



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA E A
FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES PENAS**

Mestrando: Bernardo Lajus dos Santos
Orientador: Professor Doutor Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Florianópolis (SC), julho de 2021

BERNARDO LAJUS DOS SANTOS

**O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA E A
FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES PENAIS**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-graduação em Direito *Stricto Sensu* da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Florianópolis
2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Lajus dos Santos, Bernardo

O princípio da confiança no juiz da causa e a
fundamentação das decisões penais / Bernardo Lajus dos
Santos ; orientador, Luiz Henrique Urquhart Cademartori,
2021.

271 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós
Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Hermenêutica jurídica. 3. Processo Penal.
4. Princípio da confiança no juiz da causa. 5. Fundamentação
judicial. I. Urquhart Cademartori, Luiz Henrique. II.
Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós
Graduação em Direito. III. Título.

BERNARDO LAJUS DOS SANTOS

**O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA E A FUNDAMENTAÇÃO
DAS DECISÕES PENAIS**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de "Mestre em Direito", e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis, 05 de agosto de 2021.

Prof^a Dr^a. Norma Sueli Padilha
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa
Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI

Prof. Dr. Leonard Ziesemer Schmitz

Dedico este trabalho e todos os meus esforços para ser um jurista melhor ao meu mais generoso professor de vida e eterno companheiro, meu avô Ivilten Barreto dos Santos (*in memoriam*)

AGRADECIMENTOS

Nenhuma das linhas deste trabalho é digna de leitura antes dos próximos parágrafos destinados a agradecer àqueles que me deram condição de redigi-lo. Meu muito obrigado:

Primeiramente, à minha família, alicerce para todas as minhas conquistas e superações. À minha noiva, Luiza Gonçalves, razão maior dos meus sorrisos e exemplo de dedicação, responsabilidade e amor, por me inspirar todos os dias e por não medir esforços quando se trata de nós. À minha mãe, Maria Lúcia Lajus, a quem devo absolutamente tudo e a quem jamais encontrarei palavras para traduzir o mais sublime sentimento. Ao meu pai, Ivilten Barreto dos Santos Filho, por ter me proporcionado tanto e de forma tão carinhosa. Ao meu irmão e herói, Bruno Lajus dos Santos, pelas constantes lições humanas e apoio incondicional em todos os momentos da minha vida, especialmente na elaboração e revisão deste trabalho. Aos meus avós, Ivilten Barreto dos Santos e Terezinha de Jesus Vieira dos Santos, de quem jamais esquecerei.

Aos meus tios, Luciane Vieira dos Santos Machado e André Luiz Silveira Machado, pelo ombro sempre amigo de quem exerce o papel de segunda mãe e segundo pai, e aos meus sogros, Valdemar Gonçalves e Luzia Alzira Garcia Gonçalves, por me adotarem e compreenderem as frequentes ausências em razão da formulação desta dissertação.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Luiz Henrique Cademartori, com quem a conversa é naturalmente uma aula, seja sobre hermenêutica, direito administrativo ou, e sobretudo, rock n' roll.

Ao Prof. Dr. Leonard Ziesemer Schmitz, membro da banca que tenho como o John Lennon para este texto que eu considero o meu 'Definitely Maybe'.

Ao Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa, pela paciência de me ler e avaliar tantas vezes. É sempre uma pressão enorme, mas uma honra, ser ouvido por um ícone que posso chamar de parceiro.

Aos meus sócios e faróis: Jorge Henrique Schaefer Martins e Francisco Emmanuel Campos Ferreira, pelo apoio irrestrito ao aprofundamento acadêmico e pelas diárias lições de generosidade e grandeza, e Jorge Henrique Goulart Schaefer

Martins, por elevar a amizade a um nível transcendental. Palavras são pouco para agradecer.

Ao meu companheiro de trincheira acadêmica e profissional, verdadeiro aliado e sócio, Ricardo Ávila Abraham, pela companhia nesta árdua e prazerosa tarefa de tentar ser mestre em direito.

Ao grande amigo Eduardo Roberge Goedert, pelas valiosas críticas e sugestões sem as quais eu não seria capaz de redigir esta dissertação.

Aos melhores amigos Lucas Paulo Luiz, Luiz Eduardo Simas, Thiago Chaves Mates, Lucas dos Santos Machado e Gustavo Camargo Tedesco, por perdoarem as ausências nos últimos meses e apoiarem indistintamente minhas aspirações. Na mesma esteira, aos hoje ligeiramente distantes, mas sempre presentes, Eduardo Luiz Mendonça, Tiago Iraton da Silva, Eduardo Schwinden Leal e Jorge Luís Packer Filho.

Aos meus sempre mestres Dra. Cláudia Prudêncio, Dr. Osvaldo Duncke e Lucete Eger, por muitas vezes acreditarem mais em mim do que eu mesmo e compreenderem tão bem alguns necessários sacrifícios.

Por fim, ao pagador de impostos, por ter colaborado com minha formação e com esta pós-graduação, ainda que a contragosto.

*“Nós nunca podemos dizer tudo aquilo que
gostaríamos de dizer”.¹*

*“Y sin planearlo tu acaso como que sin querer
lo bailo azul
Te vi cambiar tu paso hasta ponerlo en fase
En la misma fase que mi propio passo
Ir y venir, seguir y guiar, dar y tener, entrar y
salir de fase
Amar la trama más que el desenlace”*

Jorge Drexler – La trama y el desenlace

¹ GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 78.

RESUMO

Diante da crescente popularidade do *princípio da confiança no juiz da causa*, aplicado desde meados do Século XX até os dias atuais em incontáveis julgamentos dos mais variados recursos e áreas jurídicas, mas sobretudo no âmbito criminal, a presente dissertação busca delimitar por quais razões o *princípio da confiança no juiz da causa* não é um princípio jurídico legítimo e por quais outras razões não possui condições de ser utilizado como fundamento decisório.

Trata-se de pesquisa essencialmente qualitativa sobre o dito princípio e a fundamentação das decisões penais, em que utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo e o método de procedimento monográfico, por meio das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com a análise legislativa e doutrinária sobre o tema e, principalmente, vasta pesquisa jurisprudencial em mais de quarenta tribunais brasileiros.

O primeiro capítulo se destina à análise quali-quantitativa do objeto de estudo, apresentando o seu conceito, suas razões de origem, o raciocínio por trás da sua aplicação, examinando em que tipo de processos, recursos e área do direito é empregado e, ao final, em que medida os tribunais do país tem manejado o seu uso na fundamentação das decisões.

Nos segundo e terceiro capítulo são apresentados os referenciais filosóficos e teóricos deste trabalho, a saber: Hans-Georg Gadamer, Friedrich Müller e Ronald Dworkin, com base nos quais serão firmadas as bases para construção dos argumentos contrários à aplicação do dito princípio.

O quarto capítulo se propõe a demonstrar por que o *princípio da confiança no juiz da causa* não constitui um autêntico princípio jurídico, por meio da confrontação do seu conteúdo com a teoria de quatro autores de vertentes teóricas distintas, a fim de garantir isenção à conclusão.

Por fim, são expostos os fundamentos que evidenciam o descabimento da utilização do *princípio da confiança no juiz da causa* como fundamentação de decisões judiciais penais, sobretudo sobre o aspecto lógico, constitucional e legal.

Palavras-chaves: Princípios, Princípio da Confiança no Juiz da Causa, Fundamentação, Decisão Judicial, Processo Penal.

ABSTRACT

Given the growing popularity of the principle of trust in the judge of the case, applied since the mid-twentieth century to nowadays in countless judgments from the most varied resources and legal areas, but especially in the criminal sphere, this dissertation seeks to delimit the reasons for the principle confidence in the judge of the case is not a legitimate legal principle and for which other reasons it cannot be used as a basis for decision.

It's about a essentially qualitative research on the quoted principle and the grounds for criminal judicial decisions, in which the hypothetical-deductive approach method and the monographic procedure method were used, through bibliographic and documentary research techniques, with legislative and doctrinal on the subject and, mainly, extensive jurisprudential research in more than forty Brazilian courts.

The first chapter is intended to the qualitative-quantitative analysis of the object of study, presenting its concept, its reasons of origin, the reasoning behind its application, examining in which type of processes, resources and area of law it is used and, to the final, to what extent the country's courts have managed its use in the grounds of decisions.

The second and third chapters present the philosophical and theoretical references of this work, namely: Hans-Georg Gadamer, Friedrich Müller and Ronald Dworkin, based on which the bases for the construction of arguments against the application of the quoted principle will be established.

The fourth chapter intends to demonstrate why the principle of trust in the judge of the case does not constitute an authentic legal principle, through the confrontation of its content with the theory of four authors from different theoretical perspectives, in order to guarantee exemption to the conclusion.

Finally, the grounds that show the inappropriateness of using the principle of trust in the judge of the case as grounds for criminal court decisions are exposed, especially on the logical, constitutional and legal aspect.

Keywords: Principles, Principle of the trust in the judge of the case, Reasoning, Judicial Decision, Criminal Proceedings.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
CAPÍTULO 1 – O <i>princípio da confiança no juiz da causa</i>.....	19
1.1 CONCEITO.....	20
1.2 RAZÕES DE ORIGEM.....	26
1.3 O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA NA CONTEMPORANEIDADE.....	39
1.3.1 Aplicação no Direito Penal.....	40
1.3.2 Utilização nas demais áreas do direito.....	45
1.4 PANORAMA GERAL DOS TRIBUNAIS: OS CAMPEÕES DE APLICAÇÃO DO <i>PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA</i> EM SEGUNDO GRAU.....	50
1.5 AS POSIÇÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	53
CAPÍTULO 2 - ANTESSALA FILOSÓFICA: FIRMANDO BASES PARA O DEBATE.....	57
2.1 FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA E O SUJEITO.....	58
2.2 FILOSOFIA DA LINGUAGEM E O GIRO LINGUÍSTICO: MUDANÇA DE RUMOS.....	63
2.3 O GIRO ONTOLÓGICO-HERMENÊUTICO DE HEIDEGGER.....	66
2.4 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE GADAMER COMO BASE PARA A COMPREENSÃO.....	72
CAPÍTULO 3 – MARCO REFERENCIAL JURÍDICO-TEÓRICO: O PÓS- POSITIVISMO.....	86
3.1 POSITIVISMOS SINTÁTICO-SEMÂNTICOS E OS PRINCÍPIOS.....	87
3.2 POSITIVISMO SEMÂNTICO-SINTÁTICO DE HANS KELSEN.....	95
3.3 JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES E A CONCEPÇÃO SEMÂNTICO- PRAGMÁTICA DE ROBERT ALEXY.....	101
3.4 O PÓS-POSITIVISMO DE FRIEDRICH MULLER.....	115

3.5 RONALD DWORKIN E AS TESES DA INTEGRIDADE DO DIREITO, INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA E DA RESPOSTA CORRETA NA CONSTRUÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO.....	120
3.5.1 A resposta correta e a integridade do ordenamento frente à indeterminação do direito.....	122
3.5.2 A integridade do direito e os princípios jurídicos.....	129
3.5.3 Interpretação construtiva, romance em cadeia e o <i>princípio da confiança no juiz da causa</i>	133

CAPÍTULO 4 – POR QUE A CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA NÃO É UM PRINCÍPIO.....142

4.1 O <i>PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA</i> E AS ESPÉCIES DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS: OS APORTES NECESSÁRIOS DE RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA.....	143
4.2 <i>PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA VS</i> PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....	148
4.2.1 A acepção de Ronald Dworkin.....	148
4.2.2 A definição de Robert Alexy.....	162
4.2.3 Principais distinções entre as teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy.....	166
4.2.4 O conceito de princípio de Humberto Ávila.....	171
4.2.5 <i>Princípio da confiança no juiz da causa</i> sob a ótica teórica de Marcelo Neves.....	176
4.3 POR QUE A CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA PERMANECE SENDO APLICADA.....	182

CAPÍTULO 5 – POR QUE A CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA NÃO É UM ARGUMENTO APTO A FUNDAMENTAR UMA DECISÃO PENAL.....193

5.1 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DE UMA DECISÃO FUNDAMENTADA.....	194
5.1.1 Racionalidade da decisão: devido processo legal como integridade do ordenamento.....	199
5.1.2 A imparcialidade a independência do juiz.....	203

5.1.3 O contraditório como poder de influência.....	205
5.2 A DISTINÇÃO ENTRE MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO.....	209
5.3 POR QUE O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA NÃO SERVE COMO FUNDAMENTO PARA UMA DECISÃO JUDICIAL.....	219
5.3.1 O sofisma erístico do princípio da confiança no juiz da causa.....	220
5.3.2 A segunda faceta sofista da <i>confiança no juiz da causa</i> : a cisão entre “questões de fato” e “questões de direito”.....	231
5.3.3 Ferimento às garantias constitucionais da imparcialidade do juiz e do contraditório.....	236
5.3.4 A negativa de jurisdição e o preterimento do segundo grau de jurisdição.....	241
5.3.5 O <i>princípio da confiança no juiz da causa</i> e a transgressão ao art. 315, § 2º, III, IV e V, do Código de Processo Penal.....	244

CONCLUSÃO: CONTRA FATOS SÓ RESTAM ARGUMENTOS – A RELAÇÃO LINGUAGEM E DIREITO.....	252
--	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	257
--	------------

ANEXOS.....	266
ANEXO 1 – LISTA DE TRIBUNAIS QUE JÁ FIZERAM USO DO <i>PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA</i> COMO RAZÃO DE DECIDIR E SEUS RESPECTIVOS JULGADOS.....	266

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito brasileiro possui como fundamento central a imposição de limitações ao poder estatal, materializada, dentre outras medidas, pela tripartição do poder e pelo estrito respeito às regras e aos princípios dispostos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, ambas concebidas de maneira democrática.

Dado que a decisão judicial constitui uma das principais representações do poder estatal, é certo que a sua legitimidade depende da estrita observância das exigências contempladas na Carta Maior, dentre as quais se destaca a necessidade de manutenção da racionalidade do direito, como forma de preservação da ordem democrática, o que só é possível por meio da fundamentação das decisões.²

Decidir é, essencialmente, fundamentar. À míngua da exposição suficiente das reais razões de decidir, o pronunciamento judicial cinge-se a mero exercício de arbítrio, escolha, arbitrariedade. Mais que isso: sem fundamentação, fere-se gravemente o escopo de limitação ao poder estatal e, conseqüentemente, o próprio Estado Democrático de Direito.

A presente dissertação dedica-se justamente ao estudo dessa que constitui uma das principais garantias individuais e políticas do cidadão brasileiro: o direito de exigir a prestação jurisdicional baseada em fundamentos, positivado no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal; e, mais especificamente, da relação entre tal garantia e o princípio *da confiança no juiz da causa*.

Concebido e desenvolvido no âmbito da jurisprudência pátria há, pelo menos, mais de noventa anos, o suposto princípio compreende recurso argumentativo empregado pelos Tribunais Superiores e de segunda instância, com o escopo, em suma, de justificar a manutenção de decisões proferidas em primeiro grau. Parte-se, para tanto, da premissa de que o magistrado singular, por estar mais próximo dos

² “O poder somente está legitimado quando calcado no saber judicial, de modo que não mais se legitima por si mesmo. Isso significa uma verdadeira revolução cultural – como define IBÁÑEZ – por parte dos operadores jurídicos e dos atores processuais.

Nesse contexto, a motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado”. LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 638.

fatos, dos indivíduos envolvidos e da produção da prova, encontra-se em posição mais favorável, em comparação aos julgadores de instâncias recursais, para apreciar o caso *sub judice*, de modo que sua interpretação e conclusão a respeito da controvérsia merecem especial *confiança* no julgamento final do feito.

Tendo em conta a evidente relevância do tema, decorrente, sobretudo, da recorrência da aplicação do suposto princípio em incontáveis julgados, oriundos de praticamente todos os Tribunais brasileiros nas últimas décadas, observa-se certo desinteresse por parte da doutrina acerca da matéria, sendo poucos os autores que abordam de maneira específica e aprofundada o *princípio da confiança no juiz da causa*.

Nesse contexto, e considerando-se, outrossim, a também significativa relevância da temática atinente à fundamentação das decisões judiciais na seara penal – especialmente após a recente alteração no Código de Processo Penal, promovida pela Lei n. 13.864/2019, que concebeu o novo art. 315 do Código –, surgiu o questionamento que norteia o presente trabalho: será o princípio *da confiança no juiz da causa* argumento jurídico apto a fundamentar decisão judicial na esfera penal?

Frente a tal indagação, passou-se à extensa pesquisa jurisprudencial, doutrinária e filosófica, de modo a construir-se o arcabouço teórico necessário para se chegar à resposta mais precisa e isenta possível.

Conclui-se, ao final, que o brocardo em voga não pode ser confundido com um princípio jurídico, tampouco sequer constitui argumento idôneo, à luz da Constituição Federal, para servir como fundamento a decisões judiciais, especialmente no âmbito criminal, em que se está em jogo, basicamente, a liberdade do indivíduo acusado.

A fim de justificar tais conclusões, busca-se, em um primeiro momento, aprofundar-se na análise do princípio *da confiança no juiz da causa*, para então, a partir de sólido arcabouço filosófico e teórico, explicitar a fragilidade desta construção jurisprudencial, tanto sob o ponto de vista lógico quanto jurídico.

Salienta-se, desde já, que o presente trabalho não tem o intuito de formular qualquer crítica de cunho pessoal ou moral a qualquer magistrado, órgão, Câmara, Turma ou Tribunal. Muito pelo contrário. Nas palavras de Dworkin: “*Posso julgar que*

suas conclusões são gravemente equivocadas, mas, não obstante, aceitar que você atuou com plena responsabilidade ao desenvolvê-las".³

Trata-se, em suma, de uma análise histórica, técnica e jurídica do princípio *da confiança no juiz da causa*, voltada, aliás, ao atendimento de um dos principais objetivos da produção acadêmica: o questionamento. Pouco se teria a acrescentar com a mera exposição de conceitos, teorias, entendimentos jurisprudencial e doutrinário, etc., sem, porém, a arguição de uma fundada crítica, baseada na identificação de um problema real, como, no caso, a inaptidão do princípio *da confiança no juiz da causa* para fundamentar os pronunciamentos judiciais em grau recursal.

A propósito, como faz questão de enfatizar Lenio Streck: "Na democracia, temos que discutir o conteúdo das decisões. A doutrina deve construir meios para tentar convencer o Judiciário de que, em determinados casos, erra".⁴

Portanto, àqueles magistrados que porventura venham a ter contato com o presente estudo, reitera-se que as críticas elaboradas são todas técnicas e sem qualquer componente de foro particular ou com propósito de desabono à conduta ou profissionalismo de qualquer ator jurídico.

Para os fins explanados acima, passar-se-á, inicialmente, a apresentar: o conceito do princípio *da confiança no juiz da causa*; o raciocínio envolto a sua aplicação; as razões para a sua origem; em quais espécies de recursos e áreas do direito tem sido ele empregado atualmente; e, por fim, em que medida cada um dos tribunais brasileiros tem se utilizado desse recurso argumentativo.

Em um segundo momento, serão expostos os referenciais filosóficos a partir dos quais será levada a efeito a construção teórica do trabalho, objetivando-se, com isso, evitar incongruências teóricas, contradições ou sincretismos paradigmáticos.

Haja vista que o raciocínio por trás do suposto princípio (objeto central desta dissertação) é fortemente influenciado pela Filosofia da Consciência, iniciar-se-á o segundo capítulo com a breve abordagem desta corrente filosófica e seus principais

³ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Tradução de Elói Pedro Duarte. Coimbra: Almedina, 2016, p. 151.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar de Direito e Moral: Os problemas da interpretação e da decisão judicial**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 157.

aspectos relacionados à formação da filosofia moderna e do esquema Sujeito-Objeto (S-O), especialmente nas obras de René Descartes e Immanuel Kant.

Ainda no segundo capítulo, demonstra-se a superação desse mesmo modelo pela invasão da linguagem na construção do pensamento filosófico, bem como a introdução do esquema Sujeito-Sujeito (S-S), a contar do primeiro giro linguístico, prestando-se reverência à filosofia hermenêutica de Martin Heidegger. Ao final, é retratada a teoria que representa um dos pressupostos filosófico-teóricos do trabalho: a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer e a sua concepção do processo de compreensão/interpretação/aplicação de um texto, a *applicatio*.

O terceiro capítulo, por sua vez, é dedicado à exibição do referencial teórico-jurídico do trabalho, representado pelas obras dos pós-positivistas Friedrich Müller e Ronald Dworkin, cujos ensinamentos formam a base jurídica dos argumentos utilizados para rechaçar a validade do *princípio da confiança no juiz da causa*.

Nesse passo, uma vez que a ideia por trás do brocardo se ampara em pressupostos próprios do positivismo jurídico, inicia-se o capítulo com a descrição dessa corrente jurídica, por meio, especialmente, de resgate histórico do seu desenvolvimento, desde a Exegese Francesa ao *neoconstitucionalismo* brasileiro atual.

Destrinchadas as particularidades do positivismo, passa-se à análise das obras que alicerçam teoricamente o presente trabalho e à confrontação dos ideários positivistas e pós-positivistas, a fim de se evidenciar as razões pelas quais as teorias pragmático-semânticas e antidiscrecionárias dos autores acima nominados constituem a melhor compreensão do direito.

Estabelecidos os elementos preliminares e as bases para a sustentação dos argumentos contrários ao princípio *da confiança no juiz da causa*, chega-se ao quarto capítulo, destinado precipuamente a demonstrar que o brocardo em voga não pode ser confundido com um legítimo princípio jurídico.

Para tanto, recorre-se às teorias não apenas do já citado Ronald Dworkin, referencial teórico desta dissertação, mas também do célebre professor alemão Robert Alexy, além dos autores brasileiros Humberto Ávila e Marcelo Neves, expoentes em nosso ambiente jurídico no que toca ao tema.

A pluralidade de autores e de referenciais teóricos, em alguns pontos conflitantes entre si, justifica-se pela pretensa isenção na construção do argumento. A finalidade

é demonstrar que sob qualquer base jurídica, o princípio *da confiança no juiz da causa* não possui as qualidades necessárias para gozar do *status* de princípio jurídico.

No quinto e último capítulo, desenvolve-se a conclusão precípua do presente trabalho: a exposição das razões pelas quais o brocardo não pode ser empregado como autêntico instrumento argumentativo para a fundamentação de decisões judiciais no âmbito penal.

Por meio da análise das premissas estabelecidas e das próprias conclusões envolvendo o referido “princípio”, busca-se evidenciar as incongruências lógicas e a qualidade falaciosa da *confiança no juiz da causa*, além de demonstrar, por meio do cotejo do seu conteúdo com os textos legal e constitucional, a total incompatibilidade do seu emprego com a integridade e a coerência do direito brasileiro e toda a sua construção democrática.

Com relação à metodologia, será utilizado o método hipotético-dedutivo de abordagem e o método de procedimento monográfico, por meio das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, posto que a partir de critérios extraídos da hermenêutica filosófica e das teorias pós-positivistas, são analisadas as premissas e os argumentos que gravitam sobre o princípio *da confiança no juiz da causa*.

Os esclarecimentos metodológicos sobre a pesquisa empírico-quantitativo jurisprudencial são apresentados detalhadamente no decorrer do primeiro capítulo, sendo conveniente, desde já, destacar que foram examinados centenas de julgados provenientes dos Tribunais de Apelação de todos os Estados da Federação, dos Tribunais Regionais Federais das cinco regiões, do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal e de algumas cortes trabalhistas, eleitorais e militares. Não obstante, por seus limites temporais, humanos e tecnológicos, o presente trabalho não tem como pretensão apresentar dossiê histórico completo da aplicação do princípio *da confiança no juiz da causa*, tampouco análise quantitativa exata do seu emprego. A finalidade, reitera-se, reside em situar-se a relevância jurídica do brocardo e examinar-se qualitativamente o seu conteúdo, de modo a subsidiar as conclusões finais acerca da aptidão da *confiança no juiz da causa* para alicerçar uma decisão judicial penal.

CAPÍTULO 1 – O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA

Conforme delineado na introdução, o *princípio da confiança no juiz da causa* vem sendo empregado de maneira recorrente há quase um século na jurisprudência de todo o país, em julgamentos das mais variadas naturezas. Nos últimos anos, contudo, tal inclinação jurisprudencial tem sofrido críticas por certo segmento da doutrina especializada.⁵

Lênio Streck, referência no estudo da hermenêutica constitucional e da principiologia, censura frequentemente a invocação da “confiança no juiz da causa” como argumento decisório. Em vários de seus escritos, ao criticar a utilização de *pseudoprincípios* sem carga normativa, o autor faz referência ao brocardo objeto do presente estudo.⁶

No mesmo sentido é o discurso do juiz de direito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Juliano Rafael Bogo, que, em artigo científico publicado no ano de 2014, sustenta a seguinte crítica:

“Esse princípio não tem respaldo legal e, notadamente, constitucional. Sua utilização, como razão de decidir, viola o dever constitucional de fundamentar as decisões. Esse falso princípio funciona, na maioria das vezes, como um alibi teórico ou artifício retórico para amparar uma decisão que, na realidade, está desprovida da necessária motivação. Ou seja, utiliza-se o princípio da confiança no juiz do processo como falácia argumentativa, não raro para mascarar a subjetividade da decisão”.⁷

À luz de tais questionamentos no âmbito doutrinário, bem como da popularidade do suposto princípio na prática forense, emerge a questão central sobre a qual se

⁵ CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e Medidas Cautelares Diversas: A individualização da medida cautelar no Processo Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 170.

MARTINS, Douglas Roberto. Princípio da confiança no juiz do processo (no juiz da causa ou no juiz próximo dos fatos): análise crítica a partir da Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza. In: BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar; ROSA, Alexandre Moraes. (Org.). **Argumentação Jurídica e o Direito Contemporâneo**. Itajaí: UNIVALI, 2016, v. 1, p. 356-377, 2016. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202016%20A%20ARGUMENTA%C3%87%C3%83O%20JUR%C3%8DDICA%20E%20O%20DIREITO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>. Acesso em: 02/01/2021.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 564-565.

⁷ BOGO, Juliano Rafael. Positivismo, pós-positivismo e princípios: uma crítica ao princípio da confiança no juiz do processo (penal). **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 28, n. 1, p. 165-180, 11, dez/2014. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4836/3263>. Acesso em: 20/12/2020.

volta a presente dissertação: a *confiança no juiz da causa* é, de fato, um princípio jurídico apto a fundamentar uma decisão judicial penal?

Para elucidar a questão, antes de qualquer conclusão ou construção teórica a esse respeito, necessária a apresentação extensiva do brocardo, ainda sem juízo valorativo sobre sua validade/constitucionalidade, de modo a delimitar-se o objeto da pesquisa.

Nessa toada, serão expostos o conceito de *confiança no juiz da causa*; o raciocínio envolvendo a sua aplicação; as razões por detrás da sua origem; e, por fim, em que medida os Tribunais têm lançado mão desse instrumento argumentativo.

1.1 CONCEITO

O princípio da confiança no juiz da causa é utilizado como recurso argumentativo para justificar/motivar decisões de instâncias superiores com base no posicionamento aplicado pelo juízo *a quo*, a partir da ideia de que este último - dada a sua maior proximidade com as provas, com a comunidade e com os fatos envoltos ao suposto crime – estaria mais bem preparado para aferir a solução jurídica mais adequada ao caso, em comparação com os órgãos julgadores *ad quem*.

Ou seja, por conta dessa proximidade entre o magistrado de piso e os fatos envolvidos no processo, os defensores de tal “princípio” argumentam que deve ser conferida maior confiança ao juízo originário, de modo que a interpretação e a conclusão por ele adotadas quanto ao cenário fático devem ser prestigiadas. Por isso, a denominação “*princípio da confiança no juiz da causa*”.

É o que se extrai, por exemplo, do recente julgado do Tribunal de Justiça do Amapá:

PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS -PRISÃO PREVENTIVA - PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES - SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA - **PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ** - APLICAÇÃO - DENEGAÇÃO DA ORDEM

-1) Tem-se por justificada a prisão preventiva, quando, além da prova da materialidade e de suficientes indícios da autoria, também fica evidenciada a necessidade de garantir a ordem pública pela gravidade concreta do delito, mormente quando praticado em cidade interiorana -2) Nesses casos, por força do **princípio da confiança no juiz, impõe-se, como regra, dar credibilidade às suas fundamentadas conclusões, eis que, atuando mais próximo dos fatos, é quem melhor pode avaliar, pelo menos em tese, a**

necessidade ou não de aplicação da medida extrema -3)Ordem denegada (grifo nosso).⁸

Na parte do voto dedicada à abordagem do “princípio”, a relatora cita o fato de o magistrado de primeiro grau dispor de meios mais seguros para analisar a questão (por conta da sua propinquidade com os fatos, além de invocar julgado do ano de 2015, do mesmo TJAP, no qual também é abordada a temática. Veja-se:

Ademais, não se pode deixar de levar em conta que, em casos como o dos autos, por força do princípio da confiança que deve ser depositada no juiz do processo, impõe-se, como regra, dar credibilidade às suas conclusões, eis que, atuando mais próximo dos fatos, é quem melhor pode avaliar, pelo menos em tese, a necessidade ou não de aplicação da medida extrema.

[...]

A propósito do tema colaciona-se o seguinte precedente desta Corte:

“PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS - MUDANÇA DE ENDEREÇO SEM INFORMAR AO JUÍZO DA AÇÃO PENAL - PARALISAÇÃO DO PROCESSO POR DOIS ANOS - CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL - NECESSIDADE DE ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL - PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA - LIBERDADE PROVISÓRIA - INDEFERIMENTO JUSTIFICADO - PRIMARIEDADE, RESIDÊNCIA FIXA E OCUPAÇÃO LÍCITA - ATRIBUTOS, POR SI SÓS, INSUFICIENTES - PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ - DENEGAÇÃO DO “WRIT” - 1) Presentes os requisitos da prisão preventiva, especialmente a necessidade de garantir a instrução processual e de assegurar a aplicação da lei penal, em razão do desaparecimento do agente por longo período de tempo, correto é o indeferimento da liberdade provisória; 2) A primariedade e a circunstância do paciente ter residência fixa e ocupação lícita são atributos pessoais que, por si sós, não asseguram o direito de responder ao processo em liberdade; 3) Por força do princípio da confiança no juiz do processo, a este cabe a avaliação sobre a conveniência ou não da segregação, máxime sob o enfoque da justa causa, tendo em conta sua maior proximidade dos fatos; 4) Ordem denegada. (HABEAS CORPUS. Processo Nº 0000328-47.2015.8.03.0000, Relator Juiz Convocado MÁRIO MAZUREK, SECÇÃO ÚNICA, julgado em 26 de Março de 2015, publicado no DOE Nº 60 em 9 de Abril de 2015).

Embora em um primeiro momento possa parecer atípica a apresentação de um tema a partir da jurisprudência, e não com base em excertos literários, isto se deve ao fato de o *princípio da confiança no juiz da causa* ter sido concebido originalmente pela

⁸ AMAPÁ. Tribunal de Justiça (Seção Única). Habeas Corpus n. 0001804-47.2020.8.03.0000, Relatora: Des. Sueli Pereira Pini, Data de Julgamento: 06/08/2020, Data de Publicação: 25/08/2020. Disponível em: <http://tucujuris.tjap.jus.br/tucujuris/pages/consultar-jurisprudencia/consultar-jurisprudencia.html>. Acesso em 02/01/2021.

própria jurisprudência. Não há, vale frisar, previsão legal a esse respeito, tampouco origem em construção doutrinária, como algumas outras marcantes teorias jurídicas.⁹

Em função da sua origem e da sua notória carga jurisprudencial, a pequena parcela dos estudiosos que se debruça atualmente sobre o tema limita-se a descrever o brocardo com base em trechos de julgados que o aplicaram, como é o caso do manual *Processo Penal Didático*, de Fábio Roque Araújo e Klaus Negri Costa:

10.1.4. Princípios

A aplicação de uma medida cautelar pessoal acaba por atingir, de forma mais ou menos intensiva, a liberdade do agente. De qualquer modo, os princípios abaixo deverão **sempre ser observados**. [...]

10.1.4.5 Princípio da confiança no juiz

As medidas cautelares pessoais penais, como se estudará ao longo deste capítulo, são carregadas de forte carga persuasiva dos sujeitos processuais, que analisam, detidamente, os fatos concretos postos em análise. Se a acusação requer uma prisão preventiva, a defesa buscará argumentos contrários e, ao final, caberá ao juiz decidir a respeito.

Em razão disso, o Superior Tribunal de Justiça tem sustentado a aplicação do *princípio da confiança no juiz do processo*, da seguinte forma: “em matéria de prisão cautelar deve ser observado o princípio da confiança no juiz do processo, uma vez que está presente no local onde o crime é cometido e conhece as peculiaridades do caso concreto, sendo quem melhor pode avaliar a necessidade da decretação da segregação cautelar” (HC nº 289.373/MG, rel. Min. Marilza Maynard, j. 22.04.14). Considera-se que o juiz, porque ele está próximo dos fatos, tem melhores condições de, sopesando as nuances e circunstâncias de cada caso, avaliar a necessidade de aplicar uma medida cautelar pessoal (STJ, HC nº 29.828/SC, rel. Min. Laurita Vaz, j. 07.10.03).

Desta forma, por mais que os requisitos legais precisem ser respeitados, o juiz, que de fato tomou conhecimento com as partes e com o processo, é quem melhor conhecerá as particularidades deste, estando apto, então, a aplicar uma medida cautelar, prisional ou não.¹⁰

Tem-se, com isso, que a absorção da sua definição fica restrita às razões apresentadas pelos julgadores nos casos de aplicação do brocardo, o que prejudica ligeiramente o seu estudo, posto que, em regra, os magistrados de Cortes Superiores ou de Apelação se limitam a afirmar superficialmente que a proximidade geográfica entre o juiz de primeiro grau e os fatos apurados no processo confere àquele melhores condições para decidir. Geralmente, a afirmação se escora, outrossim, em algum

⁹ Cita-se como exemplo a teoria do domínio do fato, desenvolvida por Claus Roxin em **Autoría y dominio de hecho em derecho penal**. Madri: Marcial Pons, 2000.

¹⁰ ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Klaus Negri. **Processo penal didático**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 672.

julgado que tenha se valido da mesma justificativa, a exemplo do ocorrido no julgado acima transcrito.

A despeito do elevado número de julgados examinados na realização deste estudo, até mesmo aqueles oriundos do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal apresentam pouquíssima ou nenhuma exposição doutrinária acerca do *princípio da confiança no juiz da causa*, tampouco menção a elementos concernentes à sua origem histórica ou epistêmica.

Salvo raríssimas exceções, essas argumentações se restringem a dois ou três parágrafos de curtas linhas mencionando a existência do brocardo, como se sua aplicação fosse óbvia a ponto de não exigir maiores digressões, além, é claro, da citação de algum julgado que o tenha empregado.

Em verdade, diversamente de criações jurisprudenciais mais consistentes, hasteadas em vasta literatura nacional e internacional dedicada a seus estudos, o *princípio da confiança no juiz da causa* tem tido pouca relevância e baixa exploração específica na doutrina.

A ilustrar tal conclusão, lembra-se o exemplo da “árvore dos frutos envenenados”, que tem como marco zero o notório julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co. v. US*, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no ano de 1920, no qual foi inaugurada a tese de impossibilidade da utilização de provas obtidas direta ou indiretamente de busca ilegal. Tal construção hermenêutica foi novamente empregada no caso *Nardone v. U.S.*, em 1939, em que foi concebida a expressão “frutos da árvore envenenada” como forma de elucidar o raciocínio de que as máculas das provas originárias conspurcam aquelas que delas derivam.¹¹

Ou seja, com relação à ilicitude da prova por derivação, é possível delimitar-se a origem da tese e, inclusive, o momento em que recebeu a afamada alcunha de “teoria da árvore dos frutos envenenados”.

Isso se dá pelo fato de o entendimento em testilha ter baseado-se em teses derivadas de outras regras e princípios jurídicos do direito americano e, sobretudo, em razão da larga exploração e aprofundamento da doutrina sobre a temática.

¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 638.

Ver também: DE FARIAS, Antônio Miguel Müller. **As exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada no processo penal brasileiro**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

No Brasil, antes mesmo de ser esculpida como regra no artigo 157, § 1º, do Código de Processo Penal,¹² por meio da promulgação da Lei n. 11.690/2008, a tese de provas ilícitas por derivação já havia sido abordada pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 69.9612/RS, julgado em 1993, e recepcionada de forma definitiva pela Corte Suprema no Habeas Corpus n. 73.351/SP, em julgamento realizado no ano de 1996.

Em ambas as ocasiões, foram aventados excertos doutrinários e precedentes internacionais nos quais se tratou da teoria proveniente do direito estadunidense, investigando a origem do pensamento, as regras e princípios nele envolvidos, dentre outros aspectos caros à argumentação, os quais permitem, inclusive, delimitar fatores históricos da aplicação da tese.

O mesmo não ocorre com relação ao *princípio da confiança no juiz da causa*. Mesmo os julgados dos Tribunais Superiores são exageradamente breves na análise do brocardo, consoante se infere, por exemplo, do relativamente recente julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 73.206/ES, do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. COMPLEXIDADE DO PROCESSO. **INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA DO JUÍZO DE 1º GRAU. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM PRECEDENTES DESTA CORTE.** RECURSO DESPROVIDO.

[...]

VI - Ademais, esta Corte já afirmou que "em matéria de prisão cautelar, deve ser observado o princípio da confiança no juiz do processo, uma vez que está presente no local onde o crime é cometido e conhece as peculiaridades do caso concreto, sendo quem melhor pode avaliar a necessidade da decretação e manutenção da segregação cautelar (HC n. 289.373/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Marilza Maynard, Desembargadora Convocada do TJ/SE, DJe de 5/6/2014).

Recurso ordinário desprovido (grifo nosso).¹³

¹² Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Recurso em Habeas Corpus n. 73.206, Relator: Min. Félix Fischer, Data de Julgamento: 13/09/2016, Data de Publicação: 26/09/2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 02/01/2021.

No caso, o acórdão de segundo grau que ensejou a interposição do reclamo ao Tribunal da Cidadania já havia aplicado o referido princípio, sendo que as razões recursais (apresentadas junto à Corte Superior) arguíram como fundamento, dentre outros pontos, a inaplicabilidade da *confiança no juiz da causa*.

Não obstante, na parte do voto dedicada à análise do princípio, o relator limitou-se a colacionar a seguinte argumentação:

“Por fim, quanto ao pedido do ora recorrente para que se reconheça "a inaplicabilidade do princípio da confiança do Juízo de primeiro grau" (fl. 755), tenho que o v. acórdão atacado está em consonância com a jurisprudência desta Corte, verbis: "em matéria de prisão cautelar, deve ser observado o princípio da confiança no juiz do processo, uma vez que está presente no local onde o crime é cometido e conhece as peculiaridades do caso concreto, sendo quem melhor pode avaliar a necessidade da decretação e manutenção da segregação cautelar (HC n. 289.373/MG, Sexta Turma, Re. Min. Marilza Maynard, Des. convocada do TJ/SE, DJe de 5/6/2014)".

Tem-se, portanto, que mesmo em julgamento levado a efeito por Tribunal Superior de recurso em que foi impugnada de maneira expressa a aplicação do brocardo, não houve aprofundamento da questão ou apresentação de doutrina dedicada especificamente ao tema. Em verdade, o relator seguiu a já apontada cartilha de: a) sustentar que o juiz de primeiro grau possui melhores condições de avaliar o caso concreto em função da sua proximidade com os fatos; e b) invocar julgado anterior em que tenha sido aplicado o mesmo entendimento.

Essa efemeridade na fundamentação quanto ao emprego do *princípio da confiança no juiz da causa* se afigura como regra nesse tipo de decisão e implica carência de dados acerca dos valores históricos e epistêmicos envolvidos, o que dificulta a delimitação de um conceito sólido do “princípio”.

De toda forma, os julgados supratranscritos, e outros tantos consultados para a formação deste trabalho, fornecem elementos suficientes para que o *princípio da confiança no juiz da causa* possa ser conceituado como: o argumento jurídico desenvolvido pela jurisprudência brasileira segundo o qual as decisões de primeiro grau gozam de especial credibilidade, em razão da maior proximidade entre o magistrado singular e os fatos apurados no processo.

Este argumento culmina na conclusão de que deve ser depositada maior confiança ao togado de primeiro grau, com base nas seguintes premissas: (i) o juiz está mais próximo aos fatos analisados no processo do que os julgadores de

instâncias superiores; **(ii)** essa propinquidade lhe permite, com maior propriedade em comparação aos magistrados mais afastados, conhecer detalhes do caso, tais como: a comunidade em que o evento ocorreu, a reação popular ao fato jurídico, as peculiaridades das pessoas envolvidas no processo (acusado, vítima, autor, réu, testemunhas) e o valor probatório de certos elementos (veracidade de depoimentos, sinceridade das testemunhas, informantes e acusados, etc); **(iii)** este conhecimento mais profundo acerca dos fatos, das pessoas e das provas circundadas ao caso concreto conferem ao juiz de primeiro grau melhores condições de tomar a decisão mais correta.

Em outros termos:

(i) o juiz da causa está mais próximo dos fatos analisados no processo do que os julgadores de instâncias superiores;

(ii) estar mais próximo lhe proporciona auferir detalhes com maior exatidão;

(iii) o conhecimento mais preciso sobre estas minúcias garante ao magistrado de piso uma posição privilegiada para decidir da melhor forma;

Nesse cenário, conclui-se que o juiz de primeiro grau leva, em regra, certa vantagem sobre os julgadores recursais no que se refere à compreensão dos fatos apurados, de modo que sua interpretação/conclusão acerca do ocorrido deve gozar de especial prestígio.

Em razão, sobretudo, da recorrência da sua aplicação há pelo menos noventa anos, bem como de outras circunstâncias que serão exploradas no decorrer desta dissertação, tal argumento (prevalência do veredicto do juiz *a quo*, em virtude da sua proximidade com os fatos) recebeu o *status* de princípio jurídico, sendo comumente intitulado *princípio da confiança no juiz da causa*.

Hodiernamente, o suposto princípio vem sendo aplicado dezenas de Tribunais – estaduais, federais e superiores – em incontáveis decisões, envolvendo uma vasta pluralidade de temas, nas mais variadas áreas do direito e modalidades recursais.

1.2 RAZÕES DE ORIGEM

Como dito, ao contrário de outras teses e construções jurisprudenciais mais afamadas, o *princípio da confiança no juiz da causa* impõe substanciais barreiras à

perquirição sobre sua exata origem, especialmente no que diz respeito aos primeiros julgados que o teriam invocado como *ratio decidendi*.

Embora este tópico se destine a averiguar as razões para o surgimento do “princípio”, oportuna (para os fins que serão delineados na sequência) a apresentação dos motivos pelos quais é tão dificultosa tal investigação.

Cinco são os principais fatores a obstaculizar a identificação de um marco zero para o emprego do argumento em voga, a saber: **(i)** falta de uma nomenclatura exata que o identifique; **(ii)** variedade de Tribunais que o utilizam como razão de decidir; **(iii)** limitações dos bancos de pesquisas jurisprudenciais; **(iv)** ausência, em muitos casos, de menção expressa a seu respeito na ementa dos julgados em que é empregado; e, por fim, **(v)** raras e superficiais menções a excertos doutrinários, já sublinhada no tópico anterior.

(i) A primeira circunstância que praticamente inviabiliza a identificação dos julgados que inauguraram o emprego do *princípio da confiança no juiz da causa* é justamente a ausência de um nome específico a identificar-lhe de plano.

Embora este trabalho empregue a alcunha supracitada para designar o seu tema central, essa não é a única utilizada para o desiderato.

Tendo em conta a sinonímia entre dois dos seus termos nucleares (“juiz” e “causa”) e outros vocábulos comuns à redação forense, a depender do Tribunal, Câmara, Turma, ou até mesmo do relator do caso, é possível encontrar julgados com diversas expressões alusivas ao entendimento de que o magistrado de primeiro grau merece mais confiança por estar mais próximo dos fatos e das provas.

Assim, é comum o emprego de nomes como princípio da confiança no “juiz do processo”,¹⁴ “juiz de primeiro grau”¹⁵ ou utilizando a palavra “magistrado”.¹⁶ Além

¹⁴ ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. (Segunda Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 0002738-60.2003.8.08.0000, Relator: Des. Antônio José Miguel Feu Rosa, Data de Julgamento: 03/09/2003, Data de Publicação: 01/10/2003. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/cons_jurisp.cfm. Acesso em 03/01/2021.

¹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Oitava Câmara Criminal). Agravo em Execução Penal n. 70076577048, Relatora: Desa. Isabel Borba Lucas, Data de Julgamento: 16/05/2018, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 23/05/2018. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 03/01/2021.

¹⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (Terceira Turma Recursal Cível). Recurso Inominado n. 0004914-55.2015.8.26.0011, Relator: Dr. Rodrigo de Castro Carvalho, Data de Julgamento: 19/02/2016, Data de Publicação: 22/02/2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/consultaCompleta.do?gateway=true>. Acesso em 03/01/2021.

disso, verifica-se o uso destes vocábulos com variações de gênero e número, como “princípio da confiança nos juízes da causa”¹⁷ e “princípio da confiança na juíza do caso”,¹⁸ ou, ainda, a designação através de expressões pouco usuais como “confiança no juiz monocrático”,¹⁹ “confiança no juiz natural”²⁰ ou “confiança no juiz condutor do processo”,²¹ dentre outras.

Surge, portanto, uma multiplicação das possibilidades de consulta e, conseqüentemente, de número de resultados de uma pesquisa, ao contrário do que acontece, por exemplo, em casos de investigação sobre um instituto jurídico com alcunha característica e emblemática, como o *princípio da individualização da pena*.

Com isso, além de se prejudicar sobremaneira a delimitação exata do primeiro caso de aplicação do brocardo, inviabiliza-se qualquer tentativa de determinação da quantidade de vezes em que o *princípio da confiança no juiz da causa* foi utilizado durante a história.

(ii) Quanto à diversidade de Tribunais que, em maior ou menor medida, já o aplicaram para alicerçar julgamentos mantenedores de decisões de primeiro grau, a partir de pesquisa realizada nos portais eletrônicos de jurisprudência de todo o Brasil, inferiu-se que a “*confiança no juiz do processo*” já foi invocada em julgamentos lavrados pelos Tribunais de segunda instância de todos os Estados da Federação e do Distrito Federal e Territórios; por todos os Tribunais Regionais Federais; por cinco Tribunais Regionais do Trabalho – TRT-2, TRT-4, TRT-11, TRT-12 e TRT-13; por dois Tribunais Regionais Eleitorais – do Amazonas e de Santa Catarina; pelo Superior

¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região – Terceira Turma). Habeas Corpus n. 0067148-38.2015.4.01.0000, Relator: Des. Fed. Márcio César Ribeiro, Data de Julgamento: 14/09/2016, Data de Publicação: 03/02/2017. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/>. Acesso em 03/01/2021.

¹⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara Criminal). Recurso Criminal n. 2013.04212-28, Relator: Des. Sérgio Rizelo, Data de Julgamento: 03/09/2013. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em 03/01/2021.

¹⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 10000160-02.2.17.4000. Relator: Des. Wanderley Paiva, data do julgamento 23/02/2016, Data de Publicação: 04/03/2016. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>. Acesso em 03/01/2021.

²⁰ PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara Regional de Caruaru). Habeas Corpus n.3772745, Relator: Des. Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima, Data de Julgamento: 15/04/2015, Data de Publicação: 02/06/2015. Disponível em: <http://www.tje.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/consulta.xhtml>. Acesso em 03/01/2021.

²¹ SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região – Terceira Turma). Recurso Ordinário Trabalhista n. 0001285-59.2013.5.02.0303, de Guarujá/SP, Relatora: Desa. Ana Maria Contrucci, Data de Julgamento: 24/06/2014, Data de Publicação: 03/07/2014. Disponível em: <https://juris.trt2.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 03/01/2021.

Tribunal de Justiça; pelo Supremo Tribunal Federal; pelo Supremo Tribunal Militar; e pelo extinto Tribunal Federal de Recursos.²²

São, portanto, pelo menos quarenta e três Cortes que já lançaram mão do brocardo para motivar julgamentos mantenedores de decisão monocrática de primeira instância. Um número bastante elevado, que, por certo, torna ainda mais laboriosa a investigação do julgado inaugural deste entendimento, dada a infinidade de processos a serem analisados.

(iii) A terceira circunstância, intimamente relacionada à segunda, diz respeito à antiguidade do emprego do princípio e às limitações impostas pelas ferramentas eletrônicas de pesquisas jurisprudenciais da maioria dos Tribunais.

Dentre os julgados que aplicaram o entendimento aqui tratado, o mais longínquo do qual se teve notícia através desta pesquisa é datado de 1931.

Ainda que não invoque este raciocínio como um princípio, o Ministro Soriano de Souza, do Supremo Tribunal Federal, em seu voto no Habeas Corpus n. 24.180, aplica o raciocínio de que deve ser depositada especial confiança no magistrado de primeiro grau, no que refere à necessidade da prisão preventiva, como se extrai de doutrina publicada na década de 1960:

Estão ali arrolados acórdãos nesse sentido, dos quais separo um do Supremo Tribunal Federal e ponho em destaque esse trecho do voto:
“...geralmente deve ser deixado ao prudente arbítrio do juiz formador da culpa, o qual se acha em condições melhores para apreciar a conveniência ou necessidade de detenção preventiva ao interesse justiça (voto do Min. Soriano de Souza, no HC nº. 24.180, adotado pelo Supremo Tribunal Federal, em 25 de maio de 1931, Arquivo Judiciário, vol. 19, 1931, págs. 169-173)”²³.

Vale mencionar, ainda, o histórico exemplo do Recurso em Habeas Corpus n. 32.940/SP, do Supremo Tribunal Federal, julgado em 30 de dezembro de 1954, segundo julgado mais antigo identificado e o primeiro ao qual se teve acesso que tratou o entendimento como princípio. Fez-se menção, na ocasião, ao “*princípio da confiança no magistrado de primeira instância*”.

No julgamento em referência, o brocardo acabou não sendo utilizado como razão de decidir, uma vez que se deu provimento ao recurso, por maioria de votos, de modo

²² Anexo I.

²³ FILHO, Espínola. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, pp. 420-421.

a reformar-se completamente a decisão de origem. Contudo, em um dos votos vencidos, foi expressamente invocado o "*princípio da confiança no magistrado de primeira instância*".

Interessa notar que o prolator do referido voto vencido, Min. Orosimbo Nonato, consignou que já àquela época, tal entendimento era utilizado com frequência pela Suprema Corte. Veja-se:

“Uma vez que o delito esteja provado é ao juiz de primeira instância que, cabe diretamente o exame da ocorrência de indícios e, neste exame se a decisão não é sobranceira a qualquer recurso, tem em seu prol, entretanto **o princípio da confiança no magistrado de primeira instância como sempre temos decidido neste Supremo Tribunal.** Ele teve o primeiro contato com as provas, com as partes, com as testemunhas e tem mais meios de convicção mais seguros do que o juiz de instância superior” (grifo nosso).²⁴

Registra-se, por oportuno, que o acesso ao respectivo voto vencido só foi possível por ter sido este citado em julgado emblemático do mesmo Supremo Tribunal Federal – Recurso em Habeas Corpus n. 50.376/AL, de relatoria do Ministro Luís Galotti, julgado em 17 de outubro de 1972 –, o mais antigo dos julgados a elevar a *confiança no juiz singular* ao patamar de princípio, além de empregá-lo como fundamento já na ementa:

PRISÃO PREVENTIVA. PROVA BASTANTE DA EXISTÊNCIA DO CRIME E SUFICIENTES INDÍCIOS DE AUTORIA, PARA EFEITO DE TAL PRISÃO. NÃO SE PODE EXIGIR, PARA ESTA, A MESMA CERTEZA QUE SE EXIGE PARA A CONDENAÇÃO. **PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NOS JUIZES PROXIMOS DAS PESSOAS EM CAUSA, DOS FATOS E DAS PROVAS, ASSIM COM MEIOS DE CONVICÇÃO MAIS SEGUROS DO QUE OS JUIZES DISTANTES.** O IN DUBIO PRO REO VALE AO TER O JUIZ QUE ABSOLVER OU CONDENAR; NÃO, POREM, AO DECIDIR SE DECRETA, OU NÃO, A CUSTÓDIA PREVENTIVA. HABEAS CORPUS NEGADO²⁵ (grifo nosso).

No decorrer do seu voto, o Ministro relator, posteriormente seguido pelos demais integrantes da Turma, cita o *princípio da confiança no juiz da causa* e faz referência

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso em Habeas Corpus n. 32.940/SP, Relator: Min. Nelson Hungira, Data do Julgamento: 30/12/1954, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 14/07/1955. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur40236/false>. Acesso em 05/01/2021.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Recurso em Habeas Corpus n. 50.376/AL, Relator: Min. Luiz Gallotti, Data de Julgamento: 17/10/1972, Data de Publicação: 21/12/1972. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur41057/false>. Acesso em 05/01/2021.

ao já exposto voto do Ministro Orosimbo Nonato no Recurso em Habeas Corpus 32.940/SP:

“Entendo que não se pode exigir, para a prisão preventiva, a mesma certeza que se exige para a condenação.
E o voto do Ministro Orosimbo Nonato, no recurso de habeas corpus n. 32.940, invocou um princípio, que já tenho invocado, com o apoio deste Tribunal, o da confiança nos juízes próximos das pessoas em causa, dos fatos e das provas, assim como meios de convicção mais seguros do que os juízes distantes, como é o nosso caso” (grifo nosso).

Conquanto date de 1972, é curioso notar que o julgado tem servido como supedâneo para julgamentos até os dias atuais,²⁶ o que possibilitou, inclusive, que a ele se tivesse acesso com facilidade no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal e, a partir daí, se chegasse a um dos mais antigos julgados sobre o tema, o RHC n. 32.940/SP.

Nota-se, pois, que a confiança na interpretação/conclusão dos juízes de primeiro grau é empregada para fundamentar votos ou decisões há pelo menos noventa anos.

Ocorre, porém, que os portais virtuais de busca da maioria das Cortes nacionais não armazenam julgados tão antigos. Pelo contrário. Raros são aqueles que possuem julgados anteriores à década de 1990 em seu acervo digital.

Toma-se como exemplo o Tribunal de Justiça de Santa Catarina – um dos que empregam de maneira mais assídua a *confiança no juiz da causa* –,²⁷ cujo banco de dados digital armazena apenas julgamentos posteriores a 1990.

Dentre os julgados da Corte Catarinense que adotam o princípio como razão de decidir, o mais antigo disposto em seu site institucional é o Habeas Corpus n. 9.277, julgado em 05 de abril de 1990.²⁸

²⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça (Oitava Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 0001240-92.2018.8.19.0000, Relatora: Desa. Adriana Lopes Moutinho, Data de Julgamento: 21/12/2018, Data de Publicação: 23/02/2018. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ConsultarJurisprudencia.aspx>. Acesso em 05/01/2021.

²⁷ Em busca pela expressão “princípio da confiança no juiz” (entre aspas para limitar o resultado da pesquisa apenas aos julgados em que as palavras são empregadas juntas e nesta ordem) realizada em 13 de janeiro de 2021, encontrou-se 11.504 precedentes que citaram o princípio.

²⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 9.277, de Campos Novos. Relator: Des. Wladimir D'Ivanenko, Data do Julgamento: 05/04/1990, Data de Publicação: 27/04/1990, DJ 8.000. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em 05/01/2021.

No entanto, em outros julgamentos da época, é possível encontrar-se referência a julgados mais antigos do mesmo Tribunal, como o Habeas Corpus n. 8.541, julgado em 05 de abril de 1988.²⁹

Além disso, nesse quase um século de aplicação do brocardo, as estruturas judiciárias dos Estados da Federação e da própria União sofreram diversas mudanças, tendo sido criados e extintos tribunais ou alteradas competências.

Com uma amostragem tão estreita no âmbito virtual, restaria apenas a pesquisa analógica, de julgado em julgado. Todavia, a necessidade de se realizar tal experimento em mais de quarenta tribunais, examinando processos anteriores a 1931, torna inexequível a aferição de qual o julgado debutou o entendimento aqui analisado, ao menos para uma pesquisa de cunho jurídico (e não estritamente histórico), como a presente dissertação.

(iv) Não raramente, os relatores dos acórdãos citam o brocardo em estudo como razão de decidir apenas no corpo de seus votos ou, ainda, em votos vencidos, o que igualmente inviabiliza a verificação exata da gênese do entendimento, dado o volume de documentos a serem examinados.

Da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, verificam-se centenas de casos em que o brocardo é invocado apenas no corpo do voto, sem menção na ementa, como no recente julgamento do Habeas Corpus n. 5002348-28.2021.8.24.0000:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS E ORGANIZAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33 E 35, AMBOS DA LEI N. 11.343/06). PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. INSURGÊNCIA QUANTO À DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR DA PACIENTE. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL DIANTE DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. DECISÃO BEM FUNDAMENTADA. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. FUMUS COMISSI DELICTI E PERICULUM LIBERTATIS CARACTERIZADOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO INVESTIGADO. PRISÃO NECESSÁRIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ NATURAL DA CAUSA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO QUE NÃO SE MOSTRAM ADEQUADAS AO CASO. WRIT CONHECIDO. ORDEM DENEGADA.³⁰

²⁹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 8.541, de Chapecó. Relator: Des. Tycho Brahe, Data do Julgamento: 05/04/1988, Data de Publicação: 26/04/1988, DJ 7.506.

³⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Segunda Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 5002348-28.2021.8.24.0000. Relatora: Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho,

Embora não haja alusão ao “princípio” na súmula do julgamento, ao discorrer o seu voto, a relatora assim consignou:

Outrossim, necessário consignar que, em casos como tal, recomenda a prudência que se atente para **o princípio da confiança no juiz da causa**, o qual detém substratos mais seguros para aferir a conveniência da prisão provisória, considerando a sua maior proximidade com as partes e com os fatos relatados no inquérito e denúncia (grifo nosso).

A pesquisa revela, outrossim, outro dado curioso envolvendo o Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Em consulta realizada em 27 de fevereiro de 2021, identificaram-se 11.504 julgamentos colegiados, entre os anos de 1990 e 2021, com menção ao “*princípio da confiança no juiz da causa*” em seus votos, ao passo que em apenas 4.212 destes, tais citações ocorreram nas respectivas ementas.

Conquanto seja possível esse tipo de aferição por meio do sítio eletrônico da Corte Catarinense, não se pode dizer o mesmo sobre os canais de pesquisa da maioria dos Tribunais pátrios.

Soma-se a isso o fato já mencionado de a busca ser bastante limitada com relação às épocas longínquas.

Feito esse breve introito, com a exposição de alguns dados sobre o emprego do “princípio” em discussão na jurisprudência, é possível se inferir os aspectos fundamentais relacionados às razões de origem desse raciocínio jurídico.

Consoante exaustivamente delineado, o principal motivo pelo qual os desembargadores e ministros de tempos remotos já depositavam confiança elevada no magistrado de primeiro grau era basicamente a proximidade deste com os fatos.

Este tópico se destina justamente a compreender por que essa circunstância constituía e constitui variável tão significativa, a ponto de gerar uma credibilidade decisiva na tomada de decisão das instâncias superiores. Ou melhor: qual vantagem detinha/detém o juiz de origem sobre os julgadores de segundo grau pelo fato de estar mais próximo dos fatos.

Conforme visto, a “*confiança no juiz da causa*” é empregada como argumento decisório desde pelo menos 1931, sendo que tal aplicação se iniciou, e por muitas

décadas se limitou, a julgamentos de processos atinentes a *habeas corpus* e recursos relacionados à prisão cautelar.

É certo, pois, que tal criação jurisprudencial originou-se em uma época em que havia significativa distância entre o Supremo Tribunal Federal (sediado, então, no Rio de Janeiro), os Tribunais de Segundo Grau (localizados nas capitais dos estados) e as comarcas, especialmente as menores. Distâncias estas que se constituíam não só geográfica, mas também social e economicamente, além de serem agravadas pelo contexto legal e tecnológico daquele tempo.

Entre as décadas de 1930 e 1990, as decisões judiciais eram redigidas em máquinas de escrever. As audiências e procedimentos policiais eram todos transcritos (e não gravados em áudio e vídeo, como hoje). Além disso, a veiculação de informações era muito rudimentar, principalmente nos primeiros dois terços do século.

Ou seja, os membros de instâncias superiores do Poder Judiciário recebiam verdadeiros calhamaços de papéis amarelados para deliberar a respeito da soltura de um indivíduo de uma realidade muito distante.

Pode-se imaginar, portanto, a precariedade de informações acerca do paciente e da eventual vítima; seus perfis, suas famílias, a realidade social dos seus bairros ou cidades; a repercussão do crime na comunidade, etc. Tais fatores, aliás, eram inclusive ainda mais relevantes à época, na medida em que as deliberações judiciais sobre a segregação cautelar eram muito mais pessoalizadas.

Por conta da ignorância com relação a esses aspectos, os julgadores de segundo grau e de Tribunais Superiores optavam por recepcionar a leitura feita pelo seu colega de judicatura como a mais adequada. Acreditava-se que o juiz de primeira instância tinha acesso a esses valiosos detalhes, inalcançáveis a senhores localizados a centenas ou milhares de quilômetros de distância.

Para além disso, importante mencionar, também, que o Código de Processo Penal de 1941 não havia ainda sido promulgado na época em que concebido o raciocínio.

A Constituição de 1891, vigente nas primeiras três décadas do Século XX, delegava, em seu art. 34, § 22, ao Congresso Nacional a competência privativa para “legislar sobre direito civil, comercial e criminal da República e o processual da justiça federal”. Assim, por exclusão, cabia aos Estados da Federação legislar sobre direito processual criminal da justiça *estadual*.

Dessa forma, àquela época, havia duas hipóteses: ou o Estado possuía uma lei processual própria, como no Rio Grande do Sul, Amazonas, Bahia, Maranhão, Minas Gerais, Pernambuco, Rio de Janeiro e Santa Catarina; ou permanecia com o “Código de Processo Criminal de Primeira Instância” de 1832, promulgado durante o regime Imperial, como São Paulo, Mato Grosso, Pará, Alagoas e Goiás.³¹

Tal descentralização legislativa contribuía para que os ministros do Superior Tribunal Federal concebessem o entendimento de que deveria ser conferida maior autonomia aos magistrados de primeira instância para a análise quanto à necessidade da prisão preventiva.

Nesse contexto, embora a legislação fosse esparsa e heterogênea, é possível afirmar-se que a cultura processual penal brasileira tinha forte caráter inquisitivo, o que foi mantido no Código de Processo Penal de 1941.

O Códex autoritário, fecundado durante a ditadura de Getúlio Vargas, calca sua ideologia persecutória, ainda que sem expressa previsão legal, na *busca pela verdade real* - esta, inclusive, alçada até hoje ao nível de princípio por boa parte da doutrina³² e da jurisprudência.³³

Concediam-se ao juiz poderes de gestor da prova, como a possibilidade de: postular à autoridade policial a abertura de inquérito (art. 5º, II); determinar, de ofício, novo exame pericial em caso de incompletude do primeiro (art. 168); inquirir testemunhas não arroladas pelas partes (art. 209); ordenar, *ex officio*, a realização de busca pessoal ou domiciliar (art. 242) ou até mesmo realizar pessoalmente a busca (art. 241); presidir o interrogatório, formular perguntas e determinar, também de ofício, novo interrogatório (art. 185, 187, § 2º, e 196); produzir prova antecipada de ofício (art.

³¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do Código de Processo Penal: Uma refundação garantista? **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**, Goiânia, ano XXI, n. 34, p. 21-34, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_13/2Artigo3_final_Layout%201.pdf>. Acesso em 17 jan. 2021.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado** – 19. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 393: Atuação de ofício pelo juiz: trata-se de decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à *verdade real*, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). Habeas Corpus n. 265.329/RJ. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, DJE 27/08/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 09/01/2021.

156, I); e determinar diligências (art. 156, II, e 404). Tudo para satisfazer a busca pela verdade.

Conclui-se, destarte, que o Digesto Processual Penal, assim como, aliás, o sistema como um todo, conferiam, ainda que indiretamente, ao magistrado de primeiro grau participação de protagonismo no processo.

Dessa forma, a postura da jurisprudência, à época, de depositar confiança no juiz da causa, embora não encontrasse previsão legal, manifestava um movimento ligeiramente semelhante àquele proposto pelo Código de Processo Penal.

Salienta-se, por oportuno, que embora os dispositivos legais acima mencionados permaneçam vigentes na atualidade, a promulgação da Constituição de 1988 estabeleceu, ainda que tacitamente, a recepção do sistema acusatório, o que, por evidente, desestabilizou a sistemática inquisitória de produção da prova e, sobretudo, essa confiança exacerbada no julgador. Além disso, com a reforma do Códex Processual, promovida pela Lei n. 13.964/19, instituiu-se o art. 3º-A, a fim de se estipular explicitamente a estrutura acusatória do sistema processual penal.

Ainda no que se refere ao contexto histórico envolto à “formação” do entendimento jurisprudencial objeto do trabalho, deve ser levado em conta que nesse recorte de mais de meio século (entre 1931 a 1990), as conjunturas sociais, políticas e constitucionais eram muito distintas da presente.

Àquela época, convivia-se com uma criminalidade muito diversa da conhecida hodiernamente, com cidades de populações diminutas, em circunstâncias culturais muito diferentes das atuais. Em um país que passou por um governo provisório e dois regimes ditatoriais, esse tipo de medida “cautelosa” e “conservativa” era vista com bons olhos pelo Poder Judiciário.

De outra banda, impende reiterar que esse entendimento de *confiança no juiz da causa* se reservava aos casos de *habeas corpus* e recursos criminais relativos à prisão processual, nos quais o exame da prova é, sabidamente, muito mais superficial, por conta da natureza da ação/recurso; e, além disso, as decisões não põem fim ao processo, com aplicação de pena, mas apenas mantêm o agente preso cautelarmente, na hipótese mais rígida.

A propósito, colhe-se julgado do Supremo Tribunal Federal, exarados nos autos do Recurso em Habeas Corpus n. 59.312, datado de 20 de novembro de 1981:

Habeas Corpus. Prisão preventiva. Necessidade. A só alegação de ser o réu primário e de bons antecedentes não afasta a possibilidade de decretação da custódia preventiva no interesse da instrução criminal e na garantia da ordem pública. O juiz do processo, conhecedor do meio ambiente, próximo dos fatos e das pessoas neles envolvidos, dispõe, normalmente, de elementos mais seguros à formação de uma convicção em torno **da necessidade da prisão preventiva**. Hipótese em que o despacho está suficientemente fundamentado. Recurso desprovido (grifo nosso).³⁴

Ou seja, não se conferia ao juiz de primeiro grau o poder de decidir monocraticamente todo o destino do processo, mas apenas de averiguar a necessidade ou não de acautelar o meio social por meio da prisão preventiva. O risco de se “cometer uma injustiça”, portanto, era de certa forma atenuado por conta da provisoriedade da decisão.

Efetivamente, na visão dos julgadores da época (compartilhada, aliás, por uma grande parcela dos atuais), o processo decisório se dividia em dois “momentos”: a análise dos fatos e a aplicação da lei sobre os mesmos.

Desse modo, nessas hipóteses envolvendo segregação cautelar, dada a dificuldade em se captar minúcias relevantes, por conta da distância física com os fatos, as instâncias superiores funcionavam como uma espécie de “fiscal da aplicação da lei pelo juiz do processo”, de modo que suas análises limitavam-se às circunstâncias afeitas à literalidade da legislação, deixando o sopesamento das questões fáticas ao magistrado de piso, em verdadeira cisão entre as *questões de fato* e as *questões de direito*.

No ano de 1965, a doutrina já abordava essa prática jurisprudencial, à época ligeiramente antiga, consoante se extrai novamente dos escritos de Eduardo Espínola Filho, desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal naquele período, confesso defensor do entendimento em análise:

O que vem sendo discutido é a extensão do poder de apreciação discricionária; deixada ao critério do magistrado, em forma a permitir, ou não, se imiscua o tribunal superior, com maior ou menor liberdade, na consideração daquelas necessidades e conveniência. Acórdãos têm de tal forma reconhecido ao Juiz, com exclusividade, o arbítrio na decisão a respeito, que se encontra amiúde feita a proclamação: 'a conveniência ou não

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Recurso em Habeas Corpus n. 59.312, Relator: Min. Néri da Silveira, Data de Julgamento: 20/11/1981, Primeira Turma, Data de Publicação: 27/10/1981. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=rhc%2059312&sort=score&sortBy=desc. Acesso em 10/01/2021.

dessa prisão é matéria de exclusiva competência do juiz no processo: assim, a prisão preventiva por ele decretada não constitui constrangimento ilegal. [...]

Posta a questão nos devidos termos, urge se não invista o tribunal superior de poderes excessivos, com a perniciosa consequência de anular a ação sobre todas proveitosa do juiz, que está em contacto direto com a pessoa, de cuja prisão se cogita e, sentindo, vivamente, as exigências da causa, pode, melhor que ninguém, convencer-se da necessidade e da conveniência da respectiva prisão.³⁵

Tal posicionamento permaneceu por décadas e vige até hoje na leitura de alguns juristas.

Quase trinta anos depois da publicação do excerto supratranscrito, o professor Antônio Magalhães Gomes Filho também chamou a atenção para a mesma prática jurisprudencial, em obra destinada ao estudo da prisão cautelar, oriunda de sua tese de doutorado, concluída no fim da década de 1980 e publicada em 1991:

Todavia, é de se registrar uma certa inclinação da jurisprudência a restringir o reexame das decisões sobre prisão cautelar a questões de mera legalidade, conferindo autoridade quase absoluta ao juiz de primeiro grau no tocante ao mérito, sob o argumento de que este, por estar mais próximo dos fatos e das pessoas, dispõe de elementos mais seguros à formação de uma convicção em torno da necessidade da prisão.³⁶

Um julgado que ilustra de maneira precisa essa concepção dos julgadores e que corrobora as conclusões dos juristas supracitados, reverberante até os dias atuais, é o Habeas Corpus n. 2011.010219-5, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que, no ano de 2011, denegou a ordem, sob a seguinte justificativa:

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. LIBERDADE PROVISÓRIA. CONCESSÃO INVIÁVEL. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS QUE AUTORIZAM O ENCARCERAMENTO CAUTELAR. EXISTÊNCIA DE PROVAS DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DA AUTORIA DO DELITO. CONSTRICÇÃO QUE SE FAZ MISTER PARA GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. **PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DO PROCESSO.**

Havendo justificação para o recolhimento preventivo, inviabiliza-se a concessão da liberdade provisória.

A custódia cautelar legitima-se quando, presentes os pressupostos que a autorizam, mostre-se necessária para garantir a ordem pública.

PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES, FAMÍLIA CONSTITUÍDA, RESIDÊNCIA E TRABALHO FIXOS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO

³⁵ FILHO, Espínola. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, pp. 419-420 e 428.

³⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 83.

OBSTAM AO INDEFERIMENTO DA BENESSE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

A circunstância do paciente ser primário, ostentar bons antecedentes, possuir família constituída, residência e trabalho fixos não impede que se o mantenha segregado.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DIREITO INDIVIDUAL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

"O princípio da presunção de inocência não é óbice ao recolhimento provisório, eis que a própria Constituição o conesta em seu art. 5º, LXI, ao permitir a possibilidade de prisão em flagrante ou por ordem fundamentada e escrita da autoridade competente" (RT 701/316).

PACIENTE QUE INVOCA LEGÍTIMA DEFESA. **QUESTÃO DE FATO**. EXAME NO ÂMBITO ESTREITO DO WRIT. INADMISSIBILIDADE.

ORDEM DENEGADA.

O habeas corpus é o instrumento processual destinado a tutelar a liberdade de locomoção, descabendo o respectivo manejo com vistas ao exame aprofundado ou à discussão e valoração da prova, cujo rito angusto não comporta.³⁷

Desse modo, ainda sem qualquer juízo valorativo, à luz dos incontáveis julgados das mais diversas Cortes e épocas, é possível concluir-se que o *princípio da confiança no juiz da causa* surgiu como um instrumento argumentativo de cautela dos magistrados de instâncias superiores, que, distantes da realidade social do local dos fatos, ancoravam-se nas impressões dos juízes de primeiro grau, para decidir acerca da necessidade e legalidade das prisões preventivas.

Registra-se, por oportuno, que tais “impressões” baseavam-se, em regra, em detalhes relacionados a questões personalísticas, não raras vezes alheias aos elementos contidos nos autos, tais como: a familiaridade com a comunidade; a capacidade de avaliar a repercussão da prisão/liberação do investigado/acusado; e uma noção pessoal da localidade.

1.3 O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA NA CONTEMPORANEIDADE

A despeito da origem relacionada à proximidade entre o magistrado de primeiro grau e os fatos envolvidos, é possível afirmar-se que a redução das “distâncias” – resultante do advento da tecnologia e dos avanços legais e culturais, em especial a promulgação da Constituição da República em 1988 – não minimizou a utilização do

³⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 2010.032676-1. Relator: Des. Sérgio Paladino, Data de Julgamento: 22/06/2010. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em 11/01/2021.

princípio da confiança no juiz da causa para justificar decisões de instâncias superiores.

Pelo contrário. A partir da segunda metade da década de 1990 e início dos anos 2000, o argumento não só continuou sendo amplamente empregado, como recebeu uma nova roupagem, tendo sua aplicabilidade expandida pela jurisprudência.

Se até então o entendimento em testilha limitava-se à esfera criminal e em casos envolvendo o reexame da conveniência de prisões processuais decretadas em primeiro grau, na virada do milênio, o brocardo passou a ser utilizado para embasar decisões em diferentes campos do direito e em outras espécies de recurso, ancorando-se, inclusive, em novos pressupostos.

1.3.1 Aplicação no Direito Penal

A partir do final do Século XX e início do Século XXI, houve clara mitigação de uma das características elementares do suposto princípio: sua provisionalidade. Até então invocada para manter decisões relativas a medidas cautelares e determinações de caráter provisório, a *confiança no juiz da causa* passou a ser empregada, então, na motivação de decisões definitivas (terminativas de mérito).

Nessa toada, passaram a surgir julgamentos de apelações criminais, especialmente nos Tribunais de Justiça de Santa Catarina³⁸ e de Minas Gerais, em que se lançava mão do brocardo como motivação para a manutenção de sentenças, a maioria (porém não todas), condenatórias.

Um dos primeiros julgados nesse sentido data de 2002, proveniente da Corte Mineira. Na ocasião, ao deliberar acerca da incidência ou não do princípio da insignificância no caso, o órgão julgador conjurou o *princípio da confiança no juiz da causa* nos seguintes termos:

Efetivamente, em bem fundamentada decisão, o MM. juiz sentenciante entendeu não ser possível a aplicação do princípio da insignificância, por ser o valor de R\$ 25,00 razoável na região carente do norte de Minas, mas também porque a vítima queixa-se do furto de valor maior, R\$ 190,00. Aqui, é pertinente lembrar o princípio da confiança no Juiz. O magistrado do processo tem melhores condições de aferir a real necessidade das partes –

³⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara Criminal). Apelação Criminal n. 1997.014767-8, Relator: Des. Álvaro Wandelli, Data de Julgamento: 10/02/1998. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em 10/01/2021.

o que ocorre no caso presente, eis que situado próximo dos fatos e das partes envolvidas, capaz de melhor concluir a respeito da questão do que os magistrados distantes.³⁹

Nota-se, pois, que a proximidade com a comunidade e os meandros relacionados ao contexto social e econômico do local dos fatos passaram a exercer influência também em decisões condenatórias.

Nos dois julgados referenciados nas notas de rodapé 44 e 45, apesar da aplicação do princípio ter se dado em julgamentos de apelações criminais, os aspectos que exerciam influência na decisão eram *extraprocessuais*, isto é, a proximidade entre magistrado de primeiro grau e os fatos lhe permitia captar informações alheias aos autos para que tomasse uma decisão sobre a condenação ou absolvição.

Com efeito, a invocação do brocardo em decisões resolutivas de mérito caracteriza, apenas por si, um giro interpretativo bastante significativo, cujas consequências se afiguram bastante relevantes e distintas das observadas até então.

Não obstante, essa expansão não parou por aí. No início do Século XXI, o “princípio” em estudo atingiu outro patamar de incidência e importância no processo criminal: a confiança na leitura do juiz singular atinente a fatores *endoprocessuais*. Explica-se:

A partir de então, inaugurou-se entendimento de que a proximidade entre o magistrado de piso e os fatos lhe conferia, também, melhores condições para apreciar as provas.

Nesse norte, decidiu o Tribunal de Justiça do Amapá, no ano de 2018, em sede de apelação criminal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006 - DÚVIDA QUANTO À AUTORIA DELITIVA - APLICAÇÃO DO IN DUBIO PRO REO - ABSOLVIÇÃO - PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA - SENTENÇA MANTIDA. 1) A condenação exige certeza absoluta, devendo sempre restar demonstrada com segurança, não podendo um decreto condenatório basear-se em provas frágeis ou duvidosas;

³⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara Criminal). Apelação Criminal n. 2.0000.00.362483-1/000(1), Relator: Delmival de Almeida Campos, Data de Julgamento: 05/06/2002, Data de Publicação: 25/06/2002. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.362483-1%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 10/01/2021.

2) Havendo dúvidas quanto à autoria delitiva, a improcedência da ação se impõe, devendo ser aplicado ao caso o princípio in dúbio pro reo;

3) O art. 155 do Código de Processo Penal veda a condenação dos acusados em geral com base, exclusivamente, em prova indiciária, pois estas não são submetidas ao contraditório ou à ampla defesa no momento de sua produção, assumindo caráter meramente informativo;

4) **Outrossim, por força do princípio da confiança no Juiz da causa, nestes casos, deve prevalecer, em regra, a versão que o convenceu, porque, estando aquele julgador mais próximo dos fatos, ostenta melhores condições para avaliar o conjunto probatório, especialmente a prova testemunhal por ele colhida em audiência;**

5) Recurso conhecido e improvido⁴⁰ (grifo nosso).

Ou seja, se até então o emprego da *confiança no juiz da causa* baseava-se na proximidade do magistrado de origem com elementos *extraprocessuais* – como aspectos pessoais da vítima e do acusado ou a repercussão do crime na comunidade –, os mais recentes julgados de apelações criminais e de análise de mérito passaram a conferir maior credibilidade ao juiz singular também em razão da sua intimidade com a produção da prova judicial, isto é, da sua familiaridade com subsídios *endoprocessuais*.

Observa-se, com isso, alteração qualitativa nas premissas para aplicação do *princípio da confiança no juiz da causa* no âmbito criminal.

Inicialmente, a aplicação do argumento se ancorava em uma suposta divisão do processo decisório em “análise de fato” e “de direito”, sendo depositada confiança quase que exclusiva ao magistrado de primeiro grau na aferição das elementares fáticas a respeito da necessidade da prisão preventiva. Em um segundo momento (sobretudo nas últimas décadas), como visto, o emprego do brocardo ganhou novas facetas e consequências jurídicas, as quais relacionam a proximidade do juiz à sua capacidade de valoração dos elementos probantes judicializados.

Segundo o entendimento preponderante hodiernamente, a maior credibilidade atribuída às decisões de origem justifica-se, também, pelo fato de o magistrado de piso ter presidido a instrução processual e, por conseguinte, ter (supostamente) criado certo vínculo subjetivo com as partes e com as provas angariadas em juízo.

Além disso, essa familiaridade permitiria ao juiz aferir detalhes inalcançáveis aos Tribunais, de modo a colocá-lo em posição mais favorável para avaliar a prova.

⁴⁰ AMAPÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 0011559-97.2011.8.03.0001, Relator: Des. Manoel Brito, Data de Julgamento 21/08/2018. Disponível em: <http://tucujuris.tjap.jus.br/tucujuris/pages/consultar-jurisprudencia/consultar-jurisprudencia.html>. Acesso em 03/01/2021.

Curiosamente, como visto no julgado do Tribunal de Justiça do Amapá transcrito parágrafos acima, tal instrumento argumentativo se prestou a fundamentar também decisões absolutórias, baseadas na dúvida em benefício do acusado frente à fragilidade do conjunto probatório.

Ou seja, a proximidade do juiz com a produção da prova proporcionou-lhe credibilidade tamanha, que até mesmo a sua dúvida ou a sua falta de convicção sobre a ocorrência de um fato ou dado passou a ter valor relevante a ponto de justificar a manutenção de uma decisão.

Salienta-se, ademais, que esse último julgado mencionado não representa entendimento isolado, tratando-se, em verdade, de prática comum e atual em diversas Cortes brasileiras, como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁴¹, de Santa Catarina⁴², do Ceará,⁴³ dentre vários outros.

Em contrapartida, não obstante a popularização e o alargamento da sua aplicabilidade, o suposto princípio foi perdendo força com os anos, tendo passado a servir basicamente como argumento para reforçar uma conclusão à qual já se havia chegado, em uma espécie de justificativa secundária, subsidiária, quase nunca invocada de forma isolada para motivar uma decisão, tanto em julgamentos de recursos e ações impugnativas versando sobre encarceramento cautelar quanto em decisões terminativas de mérito, tais como apelações criminais e agravos em execução.

Colaciona-se, a título exemplificativo, o acórdão recente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, exarado nos autos da Apelação Criminal n. 0001047-33.2011.8.24.0049, em que foi conjurado o *princípio da confiança no juiz da causa* para corroborar uma argumentação já desenhada a partir da análise dos fatos:

⁴¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (Quarta Câmara Criminal). Apelação Criminal n. 0056339-02.2014.8.13.0470, Relator: Des. Doorgal Borges de Andrada, Data de Julgamento: 11/11/2020, Data de Publicação: 19/11/2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>. Acesso em 10/01/2021.

⁴² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (Primeira Turma de Recursos). Apelação Criminal n. 0006470-84.2015.8.24.0064, Relator: Dr. Laudenir Fernando Petroncini, Data de Julgamento: 30/11/2017. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em 10/01/2021.

⁴³ CEARÁ. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara Criminal). Apelação Criminal n. 0067951-44.2015.8.06.0001, Relatora: Desa. Francisca Adelineide Viana, Data de Julgamento: 02/12/2020, Data de Publicação: 02/12/2020. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/resultadosCompleta.do>. Acesso em 03/01/2021.

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE TRÂNSITO - HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 302, CAPUT, DO CTB) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DEFENSIVO.

[...]

PLEITO DE ACOLHIMENTO DO PERDÃO JUDICIAL - INVIABILIDADE - GRAVE ABALO NÃO DEMONSTRADO - INEXISTÊNCIA DE MÍNIMOS ELEMENTOS A ESSE RESPEITO - PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA, QUE ACOMPANHOU A COLHEITA DE PROVAS E TEVE CONTATO DIRETO COM O ACUSADO, NÃO IDENTIFICANDO SOFRIMENTO A PONTO DE JUSTIFICAR A APLICAÇÃO DO PERDÃO.

I - Inexistindo provas substanciais a demonstrar o abalo emocional decorrente do óbito da vítima, inviável se mostra a concessão do instituto do perdão judicial.

II - O juízo da causa, por estar mais próximo dos fatos e das pessoas envolvidas, melhor pode avaliar a necessidade da concessão do perdão judicial.⁴⁴

Na fundamentação do aresto, o relator apontou que o réu/apelante não se desincumbiu do ônus de demonstrar o abalo emocional decorrente da fatalidade, na medida em que não existiriam nos autos esclarecimentos acerca da sua relação com a vítima. Ao final da exposição, lançou mão do *princípio da confiança no juiz da causa*, para argumentar que o magistrado, na condição de presidente da instrução processual, mesmo estando próximo dos fatos e das partes, não se convenceu da tese defensiva de cabimento do perdão judicial.

Ou seja, em um primeiro momento, ao avaliar os elementos probantes relacionados ao abalo supostamente sofrido pelo réu em decorrência do óbito da vítima, o desembargador relator chegou à conclusão de que não havia provas nesse sentido nos autos, posicionando-se, com isso, de maneira coincidente com a interpretação do togado de primeiro grau.

Na sequência, o magistrado reconheceu expressamente a incidência do *princípio da confiança no juiz da causa*, tendo enfatizado que o magistrado esteve presente na instrução processual, inclusive no interrogatório, e não se convenceu da versão apresentada pelo acusado.

É plausível supor-se, portanto, a utilização do brocardo tão somente para corroborar conclusão anterior, baseada em outras motivações.

Por evidente, há, ainda, julgadores que aplicam o “princípio” nos “moldes clássicos”, como fundamento central da decisão.

⁴⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (Quarta Câmara Criminal). Apelação Criminal n. 0001047-33.2011.8.24.0049, Relator: Des. Zanini Fornerolli, Data de Julgamento: 26/07/2018. http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora. Acesso em 10/01/2021.

É o caso do recente julgamento do Recurso em Sentido Estrito n. 0009856-10.2018.8.14.0028, do Tribunal de Justiça do Pará:

RECURSO PENAL EM SENTIDO ESTRITO. CONDUTA DESCRITA NO ART. 33 DA LEI 11.343/06. LIBERDADE PROVISÓRIA COM IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.

Em sede de prisão preventiva, conforme reiteradas decisões deste e. Tribunal, vige o princípio da confiança no Juiz da causa, que, mais próximo dos fatos, tem melhores condições de averiguar a necessidade da sua decretação ou revogação. Ademais, no processo penal brasileiro a prisão cautelar, antes do trânsito em julgado, deve ser entendida como medida excepcional, sendo cabível exclusivamente quando comprovada a sua real necessidade.

DECISÃO MANTIDA - IMPROVIMENTO DO RECURSO – UNÂNIME.⁴⁵

Atualmente, contudo, esse tipo de aplicação compreende posicionamento minoritário no âmbito do direito penal. Na maior parte das vezes, a *confiança no juiz da causa* serve como reforço a fundamentos anteriores e de maior relevância, destinados a justificar a manutenção da decisão de primeiro grau.

1.3.2 Utilização nas demais áreas do direito

Como já mencionado, a expansão da aplicabilidade do *princípio da confiança no juiz da causa* não se limitou às decisões terminativas de mérito, tendo alcançado, também, outras áreas do ordenamento jurídico brasileiro.

Embora este trabalho tenha como objetivo central a relação entre o emprego da *confiança no juiz da causa* e a fundamentação das decisões judiciais penais, oportuno registrar de que forma tem sido aplicado o brocardo na justificação de decisões em outras searas.

No direito civil, a partir da metade da década de 2000, alguns Tribunais passaram a empregar o brocardo em julgamentos de apelações cíveis e agravos de instrumento.

⁴⁵ PARÁ. Tribunal de Justiça (Terceira Turma de Direito Penal). Recurso em Sentido Estrito n. 0009856-10.2018.8.14.0028, Relator: Des. Leonam Gondim da Cruz Junior, Data de Julgamento 21/03/2019, Data de Publicação: 22/03/2019. Disponível em: http://gsa-index.tjpa.jus.br/consultas/search?q=00098561020188140028&jp_search=2&client=consultas&proxysylesheet=consultas&site=jurisprudencia&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&aba=JP&entqr=3&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&filter=0&getfields=*&lr=lang_pt&partialfields=snum_cnj%3A00098561020188140028. Acesso em 03/01/2021.

Novamente, entre os percussores, estava o Tribunal de Justiça de Santa Catarina,⁴⁶ agora acompanhado das Cortes Maranhense⁴⁷ e Mato-grossense, esta última, da qual se extrai o seguinte trecho da fundamentação do acórdão:

Contudo, não se deve olvidar o entendimento do juízo a quo acerca da prova testemunhal, notadamente, porque presidiu as audiências, é conhecedor do meio ambiente e próximo dos fatos, dispondo, portanto, de elementos mais seguros à formação de uma convicção. Vale lembrar que esse crédito conferido ao entendimento do juízo a quo é amplamente utilizado no direito penal, sob o nome de princípio da confiança no juiz do processo.⁴⁸

Os casos foram se multiplicando e atualmente, a exemplo do que ocorre no âmbito penal, dezenas de Cortes brasileiras utilizam o *princípio da confiança no juiz da causa* para justificar decisões na área cível. Curiosamente, as duas facetas do brocardo observadas na jurisprudência criminal se repetem no processo civil.

Há amostras de julgados aplicando o princípio com base na proximidade do juiz com os fatos e as pessoas envolvidas, especialmente em julgamentos de agravos de instrumento, como no seguinte julgado do Tribunal de Justiça da Bahia:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERDITO PROIBITÓRIO. IRRESIGNAÇÃO QUANTO AO INDEFERIMENTO DA LIMINAR POSSESSÓRIA APÓS AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. PROBABILIDADE DO DIREITO NÃO EVIDENCIADA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Nas ações possessórias, para fins de deferimento da liminar a que alude o art. 562 do Novo Código de Processo Civil do CPC (inaudita altera parte), deve ser comprovador pelo autor, de forma cabal, o preenchimento dos requisitos do art. 561 do mesmo diploma.
2. A manutenção da decisão é medida que se impõe até que a matéria seja devidamente esclarecida durante a instrução processual, com a chegada aos autos de mais elementos de prova para uma decisão mais segura, e em homenagem ao Princípio da Confiança no Juiz da Causa, por estar mais próximo dos fatos e das partes. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.⁴⁹

⁴⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (Terceira Câmara de Direito Civil). Apelação Cível n. 1998.014181-8, Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato, Data de Julgamento: 03/09/2004. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em 11/01/2021.

⁴⁷ MARANHÃO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 009135-2006, Relator: Des. Milson de Souza Coutinho, Data de Julgamento: 03/08/2006. Disponível em: <https://jurisconsult.tjma.jus.br/#/home>. Acesso em 03/01/2021.

⁴⁸ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara Cível). Apelação Cível n. 55770/2007, Relator: Dr. José Mauro Bianchini Fernandes, Data de Julgamento: 09/06/2008, Data de Publicação: 20/06/2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta>. Acesso em 03/01/2021.

⁴⁹ BAHIA. Tribunal de Justiça (Terceira Câmara Cível). Agravo de Instrumento n. 0009028-84.2017.8.05.0000, Relator: Des. Moacyr Montenegro Souto, Data de Publicação: 26/11/2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjba.jus.br/>. Acesso em 03/01/2021.

De igual forma, é possível verificar outros tantos espécimes de julgados empregando o brocardo por conta do contato e da participação do magistrado de primeiro grau na produção da prova judicial.

Nesse viés, colaciona-se, a título ilustrativo, acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

DIREITO ADMINISTRATIVO. USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL. APELAÇÃO. PROVA ORAL. TESTEMUNHOS CONTRADITÓRIOS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ PRÓXIMO DOS FATOS DA CAUSA. PERMISSÃO OU TOLERÂNCIA. POSSE AD USUCAPIONEM. INEXISTÊNCIA.

[...]

4. Havendo radicais contradições entre a versão dos fatos narrada pelos autores e aquela sustentada pela parte ré, bem como entre os testemunhos prestados, devem prevalecer as conclusões do Juízo de origem, que sopesou diversos aspectos, **inclusive o comportamento dos informantes, partes e testemunhas na audiência de instrução e julgamento**, a coerência das afirmativas, a naturalidade com que agiam, etc. **Aplicação do princípio da confiança nos juízes próximos das pessoas em causa, dos fatos e das provas, assim com meios de convicção mais seguros do que os juízes distantes** (STF, RHC 50376/AL). 5. Pelo livre convencimento motivado, pode o juiz decidir contrariamente à prova testemunhal que não encontre apoio nos demais elementos probatórios produzidos ao longo da instrução. 6. A mera permissão ou tolerância não induz posse ad usucapionem (art. 497 do CC/1916 e art. 1.208 do CC/2002). Precedentes. 7. Apelação desprovida⁵⁰ (grifo nosso).

Inferese-se, pois, que embora muito mais recente, a aplicação do *princípio da confiança no juiz da causa* no âmbito civil afigura-se bastante similar àquela observada no processo penal. As duas “modalidades” de utilização do brocardo sobrevoam agravos de instrumento e apelações cíveis Brasil afora.

Assim como na seara penal, o suposto princípio é, na maior parte das vezes, aplicado como argumento secundário de reforço, como se observa no seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Ceará, que tratou de processo relacionado a reintegração de posse. Inferese-se, pois, que embora muito mais recente, a aplicação do *princípio da confiança no juiz da causa* no âmbito civil afigura-se bastante similar

⁵⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (2ª Região – Sexta Turma Especializada). Apelação Cível n. 0005764-65.2004.4.02.5001, Relator: Des. Guilherme Bollorini Pereira, Data de Julgamento: 17/09/2014. Disponível em: https://www10.trf2.jus.br/consultas/?entqr=3&lr=lang_pt&ie=UTF-8&oe=UTF-8&adv=1&ulang=&access=p&entqrm=0&wc=200&wc_mc=0&ud=1&filter=0&getfields=*&q=&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&site=v2_jurisprudencia&sort=date:D:S:d1&base=JP-TRF. Acesso em 03/01/2021.

àquela observada no processo penal. As duas “modalidades” de utilização do brocardo sobrevoam agravos de instrumento e apelações cíveis Brasil afora.

Assim como na seara penal, o suposto princípio é, na maior parte das vezes, aplicado como argumento secundário de reforço, como se observa no seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Ceará, que tratou de processo relacionado a reintegração de posse:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ALEGAÇÃO DE TURBAÇÃO. REQUISITOS DO ART. 561, DO NCPD, NÃO DEMONSTRADOS PELO APELANTE. POSSE DOS APELADOS. DIREITO À MANUTENÇÃO DESTES NA POSSE DO IMÓVEL CORRETAMENTE RECONHECIDO NO JUÍZO A QUO. RECURSO CONHECIDO MAS NÃO PROVIDO. [...]

III - De fato, basta uma simples análise dos depoimentos para constatar que a testemunha inquirida não ratificou a posse do autor e a turbação perpetrado pelos réus, se manifestando ainda de forma a beneficiar a tese dos apelados, descredenciando as assertivas formuladas na inicial. **Pelo princípio da confiança no Juiz da causa, o convencimento do julgador deve ser devidamente valorizado, por estar mais próximo dos fatos e das provas produzidas, de modo que possui maiores condições de avaliar com dedicação e precisão todas as provas colhidas na instrução.**⁵¹ (grifo nosso).

Embora em menor número, há, também, exemplos atuais de emprego do suposto princípio como fundamento principal da decisão, como no julgamento do Agravo de Instrumento n. 0100048-50.2018.8.26.9050, do Tribunal de Justiça de São Paulo, em cuja fundamentação consignou o Desembargador relator:

É consabido que, por força do princípio da confiança no juiz primevo que, mais perto dos fatos e das pessoas envolvidas, possui presumidamente melhores condições de valorar os elementos e as circunstâncias da causa, tendo mais capacidade de aquilatar os aspectos que envolvem a lide deve ser preservada a r. decisão de primeiro grau quando esta não for flagrantemente teratológica e quando se encontrar em consonância com os componentes colacionados aos autos.

A par disso, tem-se a aplicabilidade de um postulado correlato ao mencionado, que é o princípio da proximidade do juiz de piso que, na qualidade de responsável direto pela condução do processo e pela imediatidade do contato com as nuances que circulam a lide, reúne melhores condições de avaliar a necessidade de concessão do provimento liminar.

De outro vértice, é cediço que o exame dos requisitos para a concessão de provimento intercalar é ato de livre convencimento do juiz da causa, cuja proximidade com a realidade fática da demanda lhe permite valorar os

⁵¹ CEARÁ. Tribunal de Justiça (Quarta Câmara de Direito Privado). Apelação Cível n. 0065088-86.2016.8.06.0064, Relator: Des. Francisco Bezerra Cavalcante, Data de Julgamento: 01/09/2020, Data de Publicação: 01/09/2020. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 11/01/2021.

elementos, de modo a formar seu convencimento jurídico. Estando a decisão devidamente fundamentada, só deverá ser reformada quando evidentemente teratológica ou quando manifestamente contrária à lei ou à prova dos autos, o que não é a hipótese.⁵²

Mais recentemente, o brocardo passou a ser empregado também no âmbito do direito trabalhista.

Embora ainda de maneira tímida, alguns Tribunais Regionais do Trabalho têm utilizado a “*confiança no juiz do processo*” como justificativa para a manutenção de decisões de primeiro grau nos últimos anos.

Nessa seara, o brocardo é aplicado com maior frequência com base na proximidade do juiz de origem com a prova produzida em juízo, isto é, com fulcro em aspectos *endoprocessuais*, como no seguinte julgamento oriundo do Tribunal Regional Trabalhista da 12ª Região – Santa Catarina:

Como sobredito, tudo isso foi comprovado perante o Juiz de primeiro grau, julgador que mais se aproximou da causa e das partes, podendo perceber, especialmente no depoimento das partes, Reclamada e Reclamante, a verdade dos fatos e, conseqüentemente, pôde entender a humilhação sofrida pelo Embargante.

Nesse diapasão, o decisório ora combatido, além de omisso quanto aos pontos mencionados acima, pecou quando ofendeu o Princípio da Confiança no Juiz do Processo, pois, sem apresentar qualquer fundamento jurídico relevante, modificou o entendimento do Juiz que mais se aproximou do processo, valorando de forma totalmente diverso as provas dos autos.

Trata-se de Princípio a ser observado pelo Juízo ad quem, ainda mais em casos da espécie, é o que se depreende de reiteradas decisões que seguem, vejamos:

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CARACTERIZAÇÃO MANTIDA PELO TRIBUNAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DO PROCESSO. Analisado de forma bastante determinado aspecto da instrução do feito, que traz decorrências na solução final da causa, dele se convencendo o magistrado para declarar existente o vínculo de emprego, não deve o Tribunal, por via de regra, modificar as impressões do convencimento originário, em face do princípio da confiança no Juiz do processo, sem elementos capazes de dar nova definição jurídica ao pleito (Tribunal Regional do Trabalho. 1ª Turma, 12ª Região – Santa Catarina, ACÓRDÃO TRT 12ª / SECRETARIA DA 1ª TURMA / RO V 0030751998, destaque não original).⁵³

⁵² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (Turma Recursal Cível e Criminal). Agravo de Instrumento n. 0100048-50.2018.8.26.9050, Relator: Dr. José Alfredo de Andrade Filho, Data de Julgamento: 25/06/2018, Turma Recursal Cível e Criminal, Data de Publicação: 26/06/2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?gateway=true>. Acesso em 11/01/2021.

⁵³ AMAZONAS E RORAIMA. Tribunal Regional do Trabalho (11ª Região – Primeira Turma). Embargos de Declaração n. 0000301-98.2016.5.11.0051, Relator: Des. David Alves de Mello Junior, Data de Julgamento: 08/08/2017, Data de Publicação: 09/08/2017. Disponível em: <https://portal.trt11.jus.br/index.php/jurisprudencia1>. Acesso em 03/01/2021.

À luz do apanhado histórico apresentado, conclui-se que de um instrumento de interpretação utilizado na via estreita do *habeas corpus*, o *princípio da confiança no juiz da causa* teve sua aplicabilidade amplamente difundida, tendo alcançado não apenas espectros recursais mais profundos e complexos do processo penal, como também outros ramos do direito, como o processo civil e o trabalhista.

1.4 PANORAMA GERAL DOS TRIBUNAIS: OS CAMPEÕES DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA EM SEGUNDO GRAU

Apresentados o conceito, o raciocínio envolto à sua utilização, as razões por detrás da sua origem e a extensão da sua aplicabilidade, concentrar-se-á, nesses dois últimos tópicos, à análise pormenorizada do posicionamento dos principais Tribunais do país durante a última década, especialmente no que se refere ao grau e à frequência da aplicação do “princípio” em voga.

Como cediço, o Brasil é um país de dimensões continentais, com uma das maiores populações do mundo e um judiciário exageradamente acionado, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988.⁵⁴ Trata-se, além disso, de uma nação com vasta pluralidade de culturas, costumes e leituras, que se manifestam nas produções científicas, sociais e, por conseguinte, também nas decisões judiciais.

Diante dessa heterogeneidade, é seguro afirmar-se que no direito brasileiro há pouquíssimas unanimidades, sobretudo no que se refere a motivação de decisões judiciais. Com o *princípio da confiança no juiz da causa* não poderia ser diferente.

Embora haja registro da aplicação do brocardo em julgamentos de quarenta e três tribunais de recurso, em variadas áreas do direito, sua utilização, evidentemente, não é uniforme.

Para se aferir em que medida cada tribunal vem empregando o suposto princípio nos últimos dez anos, realizou-se busca pelas expressões “princípio da confiança no juiz”, “princípio da confiança nos juízes” e “princípio da confiança no magistrado” nos bancos de jurisprudências nos sites de cada órgão judiciário, entre 1º de janeiro de 2011 e 20 de fevereiro de 2021. Foi utilizada a técnica de pesquisa dos termos entre aspas, a fim de restringir a busca naquelas exatas grafia e ordem de vocábulos. Dessa

⁵⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 104.

forma, tentou-se abranger boa parte dos diversos nomes destinados ao brocardo, como *princípio da confiança no juiz da causa* ou “do processo” ou “de primeiro grau” ou “juiz monocrático” ou “juiz natural” ou, ainda, essas variantes acompanhadas dos termos “juízes” e “magistrado”.

Por certo, conforme já referendado, há diversas maneiras de se alcunhar o “princípio”. Este tópico, porém, não se presta a precisar com exatidão o número de vezes em que foi ele utilizado, mas de averiguar quais tribunais o aplicam em maior ou menor medida.

Em consulta aos portais de jurisprudência dos vinte e sete Tribunais de Justiça, percebeu-se que todos aplicaram o brocardo nos últimos dez anos, sendo que treze deles invocaram a “*confiança no juiz da causa*” como argumento decisório em menos de cem oportunidades.

Dentre esses, destaca-se o caso dos Tribunais de Justiça do Acre e do Rio Grande do Norte, que fizeram menção ao brocardo em um único julgado; e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que assim o fez em apenas duas ocasiões.

Ainda entre as treze cortes com menos referências ao brocardo estão os Tribunais de Justiça dos seguintes Estados da Federação: Roraima, com 7 (sete) julgados; Piauí, com 9 (nove); Pernambuco, com 16 (dezesesseis); Alagoas, com 17 (dezessete); Rondônia, com 27 (vinte e sete); Tocantins, também com 27 (vinte e sete); Paraíba, com 29 (vinte e nove); Maranhão, com 33 (trinta e três); Ceará, com 67 (sessenta e nove); e Sergipe, com 71 (setenta e um) julgados.

Nesses casos, a maioria dos julgamentos está relacionada à aferição da necessidade/razoabilidade da prisão preventiva em sede de *habeas corpus* e, em alguns casos, como dos Tribunais de Justiça de Rondônia, Paraíba, Pernambuco e Ceará, em apelações criminais. Já nas Cortes Cearense, Maranhense, Tocantinense, há registro de aplicação do brocardo em alguns recursos cíveis, de apelação e/ou agravo de instrumento.

Dos catorze Tribunais restantes, quatro fizeram uso do princípio em um número de ocasiões ligeiramente superior, uma espécie de frequência intermediária, como nas cortes dos estados: do Amapá, com 144 (cento e quarenta e quatro) julgados; do Mato Grosso do Sul, com 231 (duzentos e trinta e um); do Paraná, com 249 (duzentos e quarenta e nove); e do Amazonas, com 266 (duzentos e sessenta e seis) julgados.

A aplicação em processos de *habeas corpus* permanece como maioria, mas já há uma frequência maior de julgamentos de apelações criminais e de recursos cíveis, notadamente nos quatro Tribunais acima citados.

A completar as vinte e sete Cortes Estaduais, nas dez remanescentes, valeu-se mão do brocardo em mais de mil ocasiões na última década!

É o caso dos Tribunais de Justiça de Goiás, com 1.230 (mil, duzentos e trinta) julgados; da Bahia, com 1.320 (mil, trezentos e vinte); do Rio Grande do Sul, com 1.543 (mil, quinhentos e quarenta e três); do Espírito Santo, com 1.628 (mil, seiscentos e vinte e oito); do Rio de Janeiro, com 1.979 (mil, novecentos e setenta e nove); de São Paulo, com 2.552 (dois mil, quinhentos e cinquenta e dois); de Minas Gerais, com 2.741 (dois mil, setecentos e quarenta e um); do Mato Grosso do Sul, com 3.054 (três mil e cinquenta e quatro); de Santa Catarina, com (incríveis) 7.971 (sete mil, novecentos e setenta e um) julgados; e, liderando o *ranking*, do Tribunal de Justiça do Pará, com 8.141 (oito mil, cento e quarenta e um) julgados.

Evidentemente, dada a variedade de situações fáticas em que houve o emprego do brocardo, há julgamentos de diversas naturezas tanto na área penal quanto na cível, prevalecendo, ainda, os casos de *habeas corpus* e de análise acerca da necessidade de prisão preventiva.

Já entre os Tribunais Regionais Federais, a incidência da utilização do “princípio” é bastante reduzida.

Os Tribunais Federais da 3ª e da 5ª Região nem sequer suscitaram a “confiança no juiz da causa” como razão de decidir, ao passo que as Cortes da 2ª e da 4ª Região aplicaram o entendimento em raras ocasiões, em 6 (seis) e 4 (quatro) julgados, respectivamente.

Por mais estranho que pareça, essas últimas são as competentes para julgar processos de competência da Justiça Federal em estados como Santa Catarina, Rio Grande do Sul, São Paulo, Espírito Santo, Rio de Janeiro e Mato Grosso do Sul, nos quais os Tribunais de Justiça são recordistas de aplicação do princípio.

A única Corte de Apelação Federal a empregar o brocardo com frequência é o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com 794 (setecentos e noventa e quatro) julgados. Nesse caso, curioso, outrossim, o fato de a esmagadora maioria dos julgamentos envolver recursos cíveis, sobretudo agravos de instrumento, sendo que os Tribunais de Justiça dos entes que estão sob a sua jurisdição - especialmente os

do Amazonas, Bahia, Goiás, Minas Gerais e Pará - aplicam o brocardo predominantemente em *habeas corpus* e recursos criminais.

1.5 AS POSIÇÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Além de responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o país, o Superior Tribunal de Justiça é competente para a solução definitiva de casos civis e criminais que não envolvam matéria constitucional ou justiça especializada.

Por conta disso, é comum que sejam endereçadas àquela Corte Superior ações de *habeas corpus* ou recursos propriamente ditos, especiais ou ordinários: combatendo decisões proferidas em segundo grau nas quais houve o emprego do *princípio da confiança no juiz da causa*; ou postulando a reforma de acórdãos que tenham modificado o provimento judicial do juízo de origem, sob o argumento de impositiva aplicação do brocardo.

Em busca realizada no portal de jurisprudência do Tribunal da Cidadania, utilizando-se os mesmos parâmetros das pesquisas delineadas no tópico anterior, foram encontrados catorze acórdãos, dez deles da última década, e mais de mil decisões monocráticas, citando o brocardo. Estas últimas, contudo, não são passíveis de análise detida, uma vez que em muitas ocasiões, o termo “princípio da confiança no juiz” está presente na decisão por compor a transcrição dos atos judiciais atacados. A par disso, para o desiderato a que se propõe este capítulo, ater-se-á às deliberações colegiadas.

Os catorze acórdãos se referem, todos, à análise da necessidade da prisão preventiva e invocam o brocardo para justificar a manutenção de decisões prolatadas em primeiro grau e confirmadas em segunda instância. O mais recente desses julgados foi prolatado em 25 de maio de 2021.⁵⁵

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 633.976/BA, Relator: Min. Félix Fischer, Data de Julgamento: 25/05/2021, Quinta Turma, Data de Publicação: 31/05/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 14/01/2021.

Dada a especial relevância do entendimento dos Tribunais Superiores, refinou-se a pesquisa, com o uso de outros termos como parâmetros, tendo obtido-se outras dezenas de julgados aplicando o entendimento, mas não o erigindo à condição de princípio.

Nesses casos, o Superior Tribunal de Justiça utilizou o raciocínio em julgamentos de mérito de questões definitivas, como no recente caso do Recurso Especial n. 1.621.899/SP, em que, ao se apurar a proporcionalidade da pena fixada, ponderou-se:

8. Nessa toada, importante destacar o consignado pelo Juízo singular, mais próximo aos fatos e às partes, de que o réu é "não só portador de bons antecedentes, como inclusive elogiado por seus superiores hierárquicos, revelando-se punição em demasia e desproporcional a determinação da perda do cargo e/ou função pública" (e-STJ fl. 875).⁵⁶

Surpreendentemente, na ocasião, assim como no julgamento do Habeas Corpus n. 500.121/MG,⁵⁷ a Colenda Corte Superior restabeleceu decisão de primeiro grau, antes reformada em segunda instância, com base exatamente na confiança creditada ao magistrado singular, em razão da sua proximidade com os fatos. Tal pronunciamento se afigura raríssimo na jurisprudência, pelo que se inferiu nesta pesquisa.

Conquanto tenha feito referência expressa à *confiança no juiz da causa* apenas algumas dezenas de vezes em julgados colegiados, e em algumas delas, sem conferir ao argumento o caráter de princípio jurídico, a Corte Cidadã tem reconhecido com certa frequência a legitimidade do brocardo, sobretudo nos últimos anos, haja vista que não foram obtidas decisões rechaçando a sua legitimidade, mesmo havendo centenas de casos em que o entendimento foi utilizado como razão de decidir.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). Recurso Especial n. 1.621.899/SP, Relator: Antonio Saldanha Palheiro, Data de Julgamento: 17/11/2020, Data de Publicação: 07/12/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 14/01/2021.

⁵⁷ "No caso, não obstante as relevantes considerações realizadas pela Corte estadual a respeito da prisão do acusado, é de se ressaltar que o Juízo singular, mais próximo aos fatos, entendeu que não mais subsistiam os motivos que ensejaram a prisão cautelar, destacando que o paciente é tecnicamente primário e a pequena quantidade de droga encontrada em seu poder (7 porções de maconha prensada e 3 buchas de haxixe)". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). Habeas Corpus n. 500.121/MG, Relator: Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 05/11/2019, Data de Publicação: 19/11/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 14/01/2021).

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal tem também admitido a validade do *princípio da confiança no juiz da causa*, porém de forma mais discreta e em circunstâncias ligeiramente distintas, em comparação com décadas passadas.

Ao contrário do que se tinha nas décadas de 1970⁵⁸ e 1980,⁵⁹ em que eram frequentes os julgados colegiados aplicando o *princípio da confiança no juiz da causa* para a manutenção de decisões relacionadas à necessidade da prisão preventiva, nos últimos anos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sofreu duas substanciais alterações com relação à aplicação desse tipo de argumentação.

A primeira diz respeito à natureza dos elementos influenciados pela proximidade entre o magistrado de primeiro grau e os fatos em análise.

A exemplo do que se viu em tópico anterior com relação a algumas Cortes estaduais, vige atualmente no Excelso Pretório o entendimento de que o juiz singular, por estar mais próximo das provas e das pessoas atuantes no processo, possui melhores condições de aferir certos elementos ligados à prova, especialmente no que toca à sua higidez e aos reflexos gerados na pena.

Ou seja, a confiança na decisão do magistrado de primeiro grau, anteriormente atrelada à sua proximidade a elementos de caráter *extraprocessual*, agora se conecta com maior envergadura a fatores *endoprocessuais*, entre os quais se destacam as situações envolvendo dosimetria, como no julgado *in verbis*:

1. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. **Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas.**⁶⁰ (grifo nosso).

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 56.695, Relator: Min. Djaci Falcão, Data de Julgamento: 28/11/1978, Data de Publicação: 19/02/1979, Revista Trimestral de Jurisprudência 91/104. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur121904/false>. Acesso em 05/01/2021.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Recurso em Habeas Corpus n. 59.312, Relator: Min. Néri da Silveira, Data de Julgamento: 20/11/1981, Primeira Turma, Data de Publicação: 27/10/1981. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=rhc%2059312&sort=score&sortBy=desc. Acesso em 10/01/2021.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 142.602/SP, Relatora: Mina. Rosa Weber, Data de Julgamento: 01/09/2017, Data de Publicação: 13/09/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373305/false>. Acesso em 15/01/2021.

O mesmo se pode dizer com relação ao julgamento de casos relacionados à verificação da legalidade da prova, em que já há sedimentada jurisprudência no Supremo Tribunal Federal.

A título ilustrativo, cita-se:

A Segunda Turma conferiu expressamente ao magistrado, por estar mais próximo dos fatos e das condições concretas da ação e do acervo probatório que a sustenta, amplo espectro de liberdade decisória, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Ausência de descumprimento da decisão-paradigma.⁶¹

Já a segunda modificação na exegese da Suprema Corte envolve uma nova concepção do brocardo, não mais entendendo-o como um princípio propriamente dito, mas sim como um norte hermenêutico.

Consoante se observa nos julgados acima transcritos, não há menção a "*princípio da confiança no juiz da causa*", mas sim apenas à credibilidade conferida ao magistrado de primeira instância, em virtude da sua familiaridade com as provas produzidas na instrução processual.

Em contrapartida, embora tenha perdido força a designação de "princípio" ao brocardo, não se tem registro de qualquer julgado daquela Corte censurando decisões que tenham aplicado o referido entendimento com base em tal alcunha.

A exemplo do Superior Tribunal de Justiça, o Excelso Pretório depara-se frequentemente com pedidos liminares em que são atacadas decisões que aplicaram o dito princípio em segundo grau, sendo que não se verificam ressalvas contra o seu emprego ou reforma do entendimento.

De modo que, apesar das modificações na aplicação do brocardo nas últimas décadas, o consentimento com o seu uso continua presente no âmbito da Suprema Corte.

Assim, à luz das considerações acima, o fato de não haver manifestação contrária ao emprego do *princípio da confiança no juiz da causa*, aplicado há quase noventa anos Brasil afora, denota que este permanece vigente aos olhos das Cortes incumbidas da uniformização da jurisprudência pátria.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental na Reclamação Constitucional n. 37.474/PR, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento 22/06/2020, Data de Publicação: 26/06/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427332/false>. Acesso em 15/01/2021.

CAPÍTULO 2 - ANTESSALA FILOSÓFICA: FIRMANDO BASES PARA O DEBATE

Apresentado factualmente o objeto central do presente estudo - seu conceito, razões de origem e a forma como tem sido empregado pela jurisprudência atualmente -, os próximos capítulos serão dedicados à investigação teórica para obtenção das respostas ao questionamento norteador desta dissertação, a saber: “o princípio da confiança no juiz da causa é, de fato, um princípio jurídico apto a fundamentar decisões judiciais no âmbito penal?”.

Conforme já adiantado na introdução, a *confiança no juiz da causa* não é um princípio jurídico (Cap. 4), tampouco serve à fundamentação de uma decisão penal (Cap. 5).

Mas, para chegar às justificativas destas conclusões, é imprescindível percorrer um caminho de construção de entendimento sobre o que constitui um princípio jurídico e uma decisão judicial idônea, além de contextualizações, resgastes históricos e evoluções do pensamento filosófico.

Isto, pois, quando tratamos das ciências do espírito como o direito, usando o vocabulário *gadameriano*, a análise de qualquer tema exige certos esclarecimentos contextuais históricos e filosóficos, haja vista que argumentar/decidir/concluir exige, primeiramente, narrar, o que demanda sempre um referencial preambular.

Evidentemente, este capítulo não se destina a minuciosos levantamentos históricos sobre cada vírgula da filosofia, mas é necessário sempre situar em que degrau a discussão se dá, haja vista que, as razões aqui aventadas sobrevoam espaços cujo pano de fundo se relaciona intimamente a conceitos como linguagem, compreensão, interpretação, aplicação, discricionariedade, princípios, norma, dentre outros, que demandam certo grau de contextualização para melhor apreensão do conteúdo e exposição do pensamento do autor.

Para cumprir tal desiderato, esta trilha se inicia com a apresentação dos pressupostos que compõem o quadro referencial filosófico, a fim de evitar incongruências teóricas, contradições ou sincretismos paradigmáticos, de sorte que, num primeiro momento, apresenta-se os elementos relacionados à formação do esquema Sujeito-Objeto (S-O) pela Filosofia da Consciência, especialmente Descartes e Kant.

Posteriormente, apresenta-se a superação deste modelo pela invasão da linguagem na construção do pensamento filosófico e a introdução do esquema Sujeito-Sujeito (S-S), a contar do primeiro giro linguístico.

Em seguida, presta-se reverência à filosofia hermenêutica de Martin Heidegger, fundamental para a construção de uma compreensão da linguagem como condição de possibilidade da compreensão e da existência do homem, dando-se um passo à frente com o seu giro ontológico-hermenêutico.

Ao final do capítulo, passa-se à teoria que constitui um dos marcos filosófico-teóricos deste trabalho: a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer e a sua concepção do processo de compreensão/interpretação/aplicação de um texto, a *applicatio*.

O propósito deste segundo capítulo é demonstrar como as ideias da alteração dos paradigmas Sujeito-Objeto (S-O) e Sujeito-Sujeito (S-S) é fundamental para o reconhecimento do papel de protagonismo da linguagem na/o filosofia/direito e como o entendimento do homem como *Ser-aí* têm relação fundamental com a compreensão/interpretação/aplicação do direito, dos princípios, mais especificamente, do *princípio da confiança no juiz da causa* e da fundamentação das decisões judiciais.

2.1 FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA E O SUJEITO

Para o desenvolvimento da contextualização/construção filosófica desta dissertação, toma-se como ponto de partida a fundação da filosofia moderna,⁶² operada por René Descartes no Século XVII,⁶³ a partir da ressignificação do sentido de sujeito e o seu reposicionamento na relação cognoscitiva. Em que pese longínqua, a construção filosófica tem reflexo direto no discurso jurídico atual, mormente no processo penal brasileiro, como será demonstrado no decorrer dos três capítulos subsequentes desta dissertação.

⁶² BICCA, Luiz. **Racionalidade moderna e subjetividade**. São Paulo: Loyola, 1997, p. 145.

⁶³ “É impossível não referir que é efetivamente René Descartes que dá início à metafísica moderna. Mais do que isso, o nome de Descartes não pode ser deixado de fora de qualquer tentativa de evolução do conhecimento, da aurora da civilização aos nossos dias”. STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 142.

Descartes se desenvolveu como pensador em um ambiente histórico e geográfico de rompimentos científicos com a antiguidade e a escolástica, como o surgimento do heliocentrismo. Estimulado por desbravamentos desta natureza e sedento por apreensão de conhecimento, o francês tencionou uma libertação da filosofia da situação opressiva e dogmática que o saber escolástico imprimia nas ciências de um modo geral. Para tanto, o francês passou a buscar um método para obtenção da verdade absoluta, própria da matemática, uma compreensão que pretendia fundamentar-se a si-mesmo e que refletiu diretamente no direito natural corrente na época.

No âmbito da metafísica, até então dominado pelo paradigma essencialista cosmológico da tradição grega e pelo conhecimento escolástico teleológico cristão característico da Idade Média, Descartes passa a questionar todo e qualquer dogma, tendo na dúvida o seu principal fio condutor.

Partindo da dúvida extrema sobre todo e qualquer fenômeno, o filósofo se depara com a dúvida fundamental, aquela que diz respeito à sua própria existência, o que o leva a descobrir a imanência do seu próprio pensar e a concluir que a dúvida é uma faculdade apenas daqueles que existem (que são), raciocínio que ganhou notoriedade com a máxima: “penso, logo, existo”:

Por desejar então dedicar-me apenas a pesquisa da verdade, achei que deveria agir exatamente ao contrário, e rejeitar como totalmente falso tudo aquilo em que pudesse supor a menor dúvida, com o intuito de ver se, depois disso, não restaria algo em meu crédito que fosse completamente incontestável.

[...]

Porém, logo em seguida, percebi que, ao mesmo tempo que eu queria pensar que tudo era falso, fazia-se necessário que eu, que pensava, fosse alguma coisa. E, ao notar que esta verdade: eu penso, logo existo, era tão sólida e tão correta que as mais extravagantes suposições dos cétricos não seriam capazes de lhe causar abalo, julguei que podia considerá-la, sem escrúpulo algum, o primeiro princípio da filosofia que eu procurava.⁶⁴

A partir desta certeza matemática da sua existência, Descartes propõe uma concepção racionalista do homem, privilegiando o inteligível ao sensível, e o coloca como a figura central do pensar humano. Em outras palavras, para o francês, “antes

⁶⁴ DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução: Enrico Corvisieri. Acrópolis, 2013, p. 22.

da teoria acerca do mundo (esse sim, objeto da dúvida), deve colocar-se a teoria acerca do sujeito”.⁶⁵

Assim, o *cogito* cartesiano rompe com o paradigma aristotélico de que os sentidos estavam na essência das coisas e com a metafísica teológica, que colocava Deus como fundamento último para compreensão do mundo, haja vista que agora é o homem este elemento essencial. O sentido não está mais na essência das coisas, mas na mente do Sujeito.

Indo além, vê-se um nítido caráter matemático no pensamento de Descartes, que fica evidente pela construção de seu método analítico para obtenção da verdade⁶⁶ e que se tornou um dogma no conhecimento científico moderno.

Neste particular, é salutar sublinhar o que se quer dizer com “caráter matemático”, muitas vezes pouco compreendido nas ciências sociais, mas sobre o qual Martin Heidegger esclarece com exatidão:

“A essência do matemático não reside no número, como pura delimitação da pura quantidade, mas, ao invés, é porque o número tem uma tal essência que ele pertence ao que se pode aprender, no sentido de $\mu\theta\eta\sigma\iota\varsigma$. A nossa expressão <<<o matemático>>> tem sempre dois sentidos: significa, em primeiro lugar, o que se pode aprender do modo já referido e somente desse modo; em segundo lugar, o modo do próprio aprender e do proceder. O matemático é aquilo que há de manifesto nas coisas, em que sempre nos movimentamos e de acordo com o qual as experimentamos como coisas e como coisas de tal gênero. O matemático é a posição-de-fundo em relação às coisas na qual as coisas se propõem, a partir do modo como já foram dadas, têm de ser dadas e devem ser dadas. O matemático é, portanto, o pressuposto fundamental do saber acerca das coisas”.⁶⁷

Por influência de Descartes, há muito (e até hoje) tem-se a ilusão de que métodos matemáticos de interpretação são compatíveis com o direito, como a tentativa do estabelecimento de uma ordem jurídica imutável e universal (direito natural), a completude do ordenamento (positivismo exegético), métodos e fórmulas

⁶⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 98.

⁶⁶ DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução: Enrico Corvisieri. Acrópolis, 2013, pp. 14-15.

⁶⁷ HEIDEGGER, Martin. **O que é uma coisa**. Tradução: Carlos Mourão. Lisboa: Edições 70, 1987, pp. 81-82.

para interpretação (“pós-positivismo”⁶⁸ *alexiano* da Jurisprudência⁶⁹ de Valores), entre outros, que serão abordados neste e em outros capítulos desta dissertação.

De volta às evoluções filosóficas modernas, um século mais tarde, o racionalismo cartesiano é posto à prova, em confrontação ao empirismo de David Hume, por um dos filósofos mais influentes de sempre, Immanuel Kant, que será o responsável por questionar se o conhecimento é imanente ao Sujeito que conhece (racionalismo), ou se vem de fora, da experiência do mundo (empirismo).⁷⁰ Esta indagação dará azo a uma revolução no campo da filosofia, não tanto pelo seu resultado, mas pela forma como é colocada a pergunta.

Em sua complexa e densa *Crítica da Razão Pura*, escrito fundamental na construção da epistemologia em torno do direito até os dias atuais, Kant altera o prisma da reflexão e propõe uma revolução copernicana (analogia por ele mesmo utilizada no prefácio da segunda edição da obra), na qual a questão não é investigar se o conhecimento é dado pela razão ou pela experiência, mas quais são os limites do conhecimento ou “como são possíveis proposições sintéticas a priori?”.

Nesta pergunta, Kant procura determinar como pode o aparelho humano cognoscente, propriamente interior, afirmar ou negar algo exterior. Com efeito, a

⁶⁸ O uso de aspas junto aos vocábulos “pós-positivista” e “pós-positivismo” no decorrer de todo este texto se ancora no fato de que, para o trabalho que se pretende produzir, os termos devem aludir à teoria de Friedrich Müller, primeiro jurista a utilizá-los e a dar-lhes um sentido próprio, de modo que a mera contrariedade a alguns aspectos do positivismo jurídico são, a nosso sentir, insuficientes para que uma vertente jurídica, como a Jurisprudência dos Valores, configure, de fato, um pós-positivismo. Este raciocínio ficará mais claro no decorrer do terceiro capítulo desta dissertação.

⁶⁹ É importante destacar, de início, que o termo *Jurisprudência*, com a inicial maiúscula, será utilizado no decorrer desta dissertação em alusão à concepção latina original, cujo significado se refere ao conhecimento do direito ou ciência jurídica, tal qual a tradução dos vocábulos *Jurisprudenz*, do alemão, e *Giurisprudenza*, do italiano, ao passo que o emprego da palavra *jurisprudência*, com a inicial minúscula, remeterá à acepção mais comum na atualidade, que representa a manifestação do entendimento de um tribunal sobre determinado assunto.

⁷⁰ “As principais premissas dos empiristas: a) a origem do conhecimento está na experiência e não nas ideias inatas; a mente humana seria uma tábua rasa ou um papel em branco preenchido a partir da experiência; b) o conhecimento humano é limitado, constituindo a experiência o seu respectivo limite; c) a razão é conceituada como dependente e limitada aos dados empíricos, de forma crítica e limitada. De outro lado, os racionalistas apresentavam as seguintes premissas: a) a origem do conhecimento está na razão, a única fonte de conhecimento válido; b) a razão é capaz de extrair de si mesma verdades primeiras, fundamentadoras da realidade daí decorrente; c) a confiança na razão é absoluta desde que aplicado o método adequado de raciocínio, sendo este o matemático” MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão no Processo Penal como bricolage de significantes**. 2004. Tese (doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, p. 72.

grande questão passa a ser: como é possível estabelecer uma ponte entre consciência e mundo?⁷¹

A filosofia moderna passa, então, a se dedicar à resolução desta problemática relacionada à construção dessa conexão entre Sujeito e Objeto, de como as coisas são acessadas e de que forma lhes são atribuídos sentidos.

Se Descartes repele a crença aristotélica de que os objetos possuem uma essência a ser encontrada pelo homem, transferindo para o Sujeito esta categoria, Kant vai além, retira da “Coisa em si” o sentido, legando ao Sujeito a construção deste sentido, isto é, o mundo não está mais previamente dado, é o homem quem imprime os sentidos no mundo:

Até hoje admitia-se que o nosso conhecimento se devia regular pelos objetos; porém, todas as tentativas para descobrir a priori, mediante conceitos, algo que ampliasse o nosso conhecimento, malogravam-se com este pressuposto. Tentemos, pois, uma vez, experimentar se não se resolverão melhor as tarefas da metafísica, admitindo que os objetos se deveriam regular pelo nosso conhecimento, o que assim já concorda melhor com o que desejamos, a saber, a possibilidade de um conhecimento a priori desses objetos, que estabeleça algo sobre eles antes de nos serem dados.

[...]

No tocante aos objetos, na medida em que são simplesmente pensados pela razão — e necessariamente — mas sem poderem (pelo menos tais como a razão os pensa) ser dados na experiência, todas as tentativas para os pensar (pois têm que poder ser pensados) serão, conseqüentemente, uma magnífica pedra de toque daquilo que consideramos ser a mudança de método na maneira de pensar, a saber, que só conhecemos a priori das coisas o que nós mesmos nelas pomos.⁷²

A transcendentalidade *kantiana* responsável por eliminar a essência da coisa em si⁷³ é o que eleva sua obra à vanguarda e ao protagonismo. O conhecimento, então, passa a significar uma correlação entre o Sujeito e o Objeto, posto que o fenômeno é alcançado pela mente de acordo com as formas de conhecimento (sensibilidade e entendimento), e não mais com base na coisa em si.

⁷¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 102.

⁷² KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**, 5ª edição. Tradução: Alexandre Fradique Morujão e Manuela Pinto dos Santos. Fundação Calouste Gulbenkian: 2001, pp. 46-47.

⁷³ “Chamo transcendental a todo o conhecimento que em geral se ocupa menos dos objetos, que do nosso modo de os conhecer, na medida em que este deve ser possível a priori”. KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**, 5ª edição. Tradução: Alexandre Fradique Morujão e Manuela Pinto dos Santos. Fundação Calouste Gulbenkian: 2001, p. 79.

Portanto, Kant dá um passo à frente na teoria cartesiana, inauguradora da modernidade, instituindo a noção subjetivista de que é o Sujeito quem constrói o sentido dos Objetos, isto é, que “*assujeita*” a coisa em si. É esta qualidade do homem de constituidor de sentidos do mundo por meio da consciência que enseja a alcunha de Filosofia da Consciência a esse movimento filosófico moderno.

Por outro lado, a introdução *kantiana* da coisa em si culmina na derrocada dos fundamentos metafísicos do direito natural – tido como ideal, pautado na razão humana imutável – restando o direito histórico, real, positivo. Contudo, nem por isso a teoria do filósofo afastou o caráter matemático da racionalidade moderna, pelo contrário, para Kant “o direito e a dogmática jurídica só podem ser praticados – de maneira filosoficamente *certa* – na medida em que aí se encontre matemática”.⁷⁴

Esta matematicidade, dada a proximidade entre Kant e as ciências exatas da natureza e a certeza matemática de sua filosofia, não tardaria a influenciar o direito, especialmente o positivismo normativista de Kelsen, mais influente dos juristas do Século XX, como será visto mais adiante.

2.2 FILOSOFIA DA LINGUAGEM E O GIRO LINGUÍSTICO: MUDANÇA DE RUMOS

Em contraposição à Filosofia da Consciência, permeada pelo subjetivismo moderno e a relação Sujeito-Objeto (S-O), surge o movimento da Filosofia da Linguagem, que introduz uma profunda transformação de paradigma, ao colocar a linguagem e a intersubjetividade como motes principais do pensamento racional.

Desde Aristóteles até Kant, a linguagem era tratada de forma subsidiária, em segundo plano, sendo considerada tão somente um meio para transmissão do conhecimento ou uma terceira coisa entre Sujeito e Objeto. Para a Filosofia da Consciência, a função principal é reservada ao pensamento, enquanto que à linguagem era dispensado um papel auxiliar de mero instrumento para designação de entidades independentes da própria linguagem ou para transmissão de pensamentos pré-linguísticos, concebidos sem a sua intervenção.⁷⁵

⁷⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 107.

⁷⁵ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 143 e 152.

Este panorama se altera a partir da formação da Filosofia da Linguagem, uma corrente filosófica heterogênea que percebe na linguagem um elemento substancial do pensamento.⁷⁶

Já no final do Século XVIII e no início do Século XIX, autores como Hamann, Herder e Humboldt dão início ao movimento que coloca a linguagem como protagonista na criação dos sentidos.

Johann Georg Hamann introduz o núcleo da mudança de paradigma, da Filosofia da Consciência pela Filosofia da Linguagem, na crítica ao seu conterrâneo Immanuel Kant (nascido também em Königsberg), sobretudo na obra *Metakritik über den Purismus der Vernunft* (Metacrítica à Razão Pura), de 1784, em que problematiza a concepção da linguagem como simples acessório do pensamento ou instrumento da razão.

Oposto a Kant, Hamann localiza na linguagem a raiz comum do entendimento e da sensibilidade, conferindo-lhe uma dimensão empírica e transcendental. A experiência se encontra, portanto, determinada e constituída pela linguagem, uma vez que toda razão é linguística, o que impossibilita uma “razão pura” alheia às suas condições históricas e reais. A linguagem passa a ser “o único, o primeiro e o último órgão e critério da razão”.⁷⁷

Esta virada provocada por Hamann culminará, ainda, em outra mudança paradigmática, pois é superada a visão da linguagem apenas como instrumento e propagada a sua concepção constitutiva para o pensamento e o conhecimento, como uma espécie de condição de possibilidade tanto da objetividade da experiência quanto da intersubjetividade da comunicação.⁷⁸

⁷⁶ Classifica-se esta corrente como heterogênea dada à quantidade de autores e épocas em que teve voz, como o *Sturm und Drang*, expressivismo alemão do Século XVIII, o *neopositivismo* do Círculo de Viena no início do Século XX influenciado pela Escola Analítica de Cambridge (Frege, Russel e Wittgenstein em sua primeira fase com *Tractatus Logico-Philosophicus*), além da Escola de Oxford (Gilbert Ryle, Austin e Wittgenstein em sua segunda etapa com Investigações Filosóficas) e posteriormente outros filósofos alemães como Habermas, Heidegger e Gadamer, dentre vários outros.

A heterogeneidade fica evidente, também, na “descontinuidade” ou ausência de um desenvolvimento linear de “avanço”, uma vez que já em van Humboldt a virada linguística possui forte caráter pragmático, ao passo que um século depois a Escola Analítica tentará uma análise sintática-semântica da linguagem e, posteriormente, o giro linguístico volta a ser pragmático, em autores como Peirce, Austin e o próprio Wittgenstein em sua segunda fase.

⁷⁷ NIGRO, Rachel Barros. **Desconstrução linguagem política**. 2007. Tese (doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, pp. 69-70.

⁷⁸ LAFONT, Cristina. **Lenguaje y apertura del mundo: El giro linguístico de la hermenêutica de Heidegger**. Madrid: Alianza Editorial, 1997, pp. 22-23.

Em continuidade às ideias de Hamann, e também de Herder,⁷⁹ Wilhelm von Humboldt preconiza a indissociabilidade entre pensamento e linguagem, mas vai além e ganha especial destaque na história da filosofia, não raro lhe sendo atribuída a “criação” da linguística moderna⁸⁰ e influenciando uma variedade de filósofos que lhe sucederiam, como Heidegger e Gadamer, alicerces teóricos da presente dissertação.

Humboldt é decisivo ao creditar à linguagem o papel de instrumento humano para “abertura do mundo”, como se absorve do seguinte trecho: “a natureza da língua consiste em derramar a matéria do mundo sensível no molde dos pensamentos. Ou ainda: as línguas não são o meio para representar uma realidade já conhecida (...), mas (são o meio) para descobrir uma realidade antes desconhecida”.⁸¹

Essa definição seria vital para a superação da Filosofia da Consciência e a sua crença de que o sentido das coisas estaria na mente do Sujeito de forma isolada. É em função das ideias de Humboldt que se passa a reconhecer que a linguagem constitui uma unidade em oposição à dicotomia Sujeito-Objeto, porquanto não se descobre as coisas nem o seu sentido sem a linguagem, pois é ela o meio para a abertura do mundo.⁸²

Posteriormente, através de outra *virada linguística* operada no início do Século XX, diversos outros autores contribuiriam para a construção e robustecimento de um pensamento voltado à relação íntima entre linguagem e filosofia, podendo-se destacar os *neopositivistas* do Círculo de Viena, o pai da semiologia, Ferdinand Saussure, Charles Sander Peirce, um dos expoentes do pragmaticismo e precursor da semiótica, além de Ludwig Wittgenstein e tantos outros.

⁷⁹ “De Johann Gottfried Herder (1744-1803) são originais e inovadoras as concepções da linguagem e da história. Quanto ao primeiro tema, a língua não é algo meramente convencional, mas é expressão da natureza específica do homem; a linguagem brota da reflexão humana, que fixa o jogo móvel das sensações e dos sentimentos em uma expressão linguística: todo progresso humano ocorre com e por meio da língua, tanto que, diz Herder, o homem é a criatura da língua”. ANTISIERI, Dario; REALE, Giovanni. **História da Filosofia, 5: Do romantismo ao empiriocriticismo**. São Paulo: Paulus, 2005, p. 39.

⁸⁰ Esta designação de pai da linguística moderna, reconhecida em obras como História da Filosofia, 5: Do romantismo ao empiriocentrismo, p. 31, deve-se ao fato de Humboldt inaugurar conceitos e diferenciações para termos como “palavra”, “signo”, “significado” e “referência” muito antes de Saussure, grande expoente da Semiologia (LAFONT, Cristina. **Lenguaje y apertura del mundo: El giro linguístico de la hermenêutica de Heidegger**. Madrid: Alianza Editorial, 1997, pp. 25-26). Este pioneirismo de Humboldt é vital para o reconhecimento de sua importância na construção de uma Filosofia da Linguagem, ainda que tal ponto não seja o foco do presente trabalho.

⁸¹ ANTISIERI, Dario; REALE, Giovanni. **História da Filosofia: Do romantismo até nossos dias**. São Paulo: Paulus, 1991, p. 387.

⁸² STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 158.

A partir daí, conforme se extrai do escólio de Leonard Ziesemer Schmitz:

Instaurou-se definitivamente a “invasão” da linguagem na filosofia, e foi possível concluir que, como o tema da comunicação é sempre intersubjetivo, o esquema simplório de Sujeito e Objeto (SO), isolados do mundo, parecia não dar conta de explicar como descobrimos a verdade dos sentidos das coisas. Há uma perceptível substituição dessa ideia por outra, na qual a intersubjetividade (Sujeito e Sujeito, e não Sujeito e Objeto) é responsável, através da linguagem, pela constituição de sentidos das coisas (o esquema S-O, portanto, é substituído pelo esquema “S-S”).⁸³

Para a reflexão a que se propõe este trabalho, importa ressaltar que, a contar desta “invasão” da filosofia pela linguagem e do giro linguístico, a linguagem deixa de ser uma terceira coisa entre o objeto e o pensamento, como um instrumento precário para a ideia ser “traduzida” em palavras, e passa a constituir o meio pelo qual se absorve a realidade, torna-a compreensível e comunicável, restando claro o seu caráter intersubjetivo e constitutivo, além do novo esquema Sujeito-Sujeito (S-S) em detrimento do antigo Sujeito-Objeto (S-O).

Em outras palavras, a linguagem constrói o pensamento, pois é o meio de compreensão do mundo. Sendo assim, tudo, desde o “*assujeitamento*” das coisas (até aquele momento), a descoberta dos sentidos e toda formulação de pensamento, passa pela linguagem, pois não há um “fora” da linguagem ou pensamentos “pré-linguísticos”, como tentara fazer crer a Filosofia da Consciência.

2.3 O GIRO ONTOLÓGICO-HERMENÊUTICO DE HEIDEGGER

Em que pese revolucionária, a valorização da linguagem promovida pelos giros linguísticos dos Séculos XVIII, XIX e XX não atacou suficientemente alguns aspectos filosóficos com raízes no subjetivismo próprio da Filosofia da Consciência, especialmente no que diz respeito a como a mente tem acesso ao mundo.

É neste contexto e contra esta última problemática que se insere Martin Heidegger e a sua virada ontológico-hermenêutica, essencial para a compreensão de alguns dos temas sobre os quais se debruça o presente trabalho, a saber: a

⁸³ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de resposta no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 37.

hermenêutica jurídica e a fundamentação de decisões judiciais no âmbito penal, ainda que Heidegger não tenha dedicado seus escritos diretamente ao direito.

Segundo o Filósofo da Floresta Negra, o grande equívoco da metafísica desde a Grécia Antiga até o Século XX é a errônea busca do ente enquanto ente e o esquecimento ou negligência com relação à busca pelo sentido do *ser*.⁸⁴ Heidegger nota que toda tradição anterior pensou a ontologia alheia ao homem, tendo-o apenas como um objeto desta ontologia da coisa, de essências, de objetos em si mesmos, dirigindo-se ao ente e não ao *ser* do ente, isto é, reservando a um plano ôntico (ente) uma questão que é necessariamente ontológica (*ser*).

Em função disso, o autor procura deixar para trás o conhecimento metafísico de distinção entre Sujeito e Objeto e opera uma virada filosófica no plano ontológico, ao deslocar o homem para dentro desta ontologia, recolocando a questão de Kant relacionada ao “o que é o homem?” sob um plano ontológico e existencial, passando a explicar não o *que é* mas *como é* o homem.⁸⁵

Esta recolocação é posta a partir da análise do ente e do *ser*, em uma busca estrutural pelo *sentido do ser*, que se manifesta no seguinte arranjo tripartite: o perguntado ou o que se pergunta (o sentido do *ser*), o questionado ou sobre o que/quem se faz a pergunta (o *ser*) e o interrogado ou a que/quem se pergunta (o ente).⁸⁶

Neste contexto, é bom frisar que a diferença entre Sujeito e Objeto não é a mesma entre *ser* e *ente*, pois todo sujeito e todo objeto são entes que *possuem* um *ser*. Esta distinção entre *ser* e *ente* recebe de Heidegger o nome de *diferença ontológica* e é justamente a não percepção dela que culminou nos equívocos cometidos pela metafísica e na *objetificação* do sujeito.

“*Ente*”, segundo Heidegger, é tudo aquilo sobre o que se pode falar, compreender, tocar ou se relacionar, isto é, qualquer objeto, coisa, animal, pessoa,

⁸⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005, pp. 27-30.

⁸⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 143-145.

⁸⁶ Vê-se já neste esquema tripartite que a pergunta pelo sentido do *ser* é destinada ao ente, portanto, o homem pergunta ao ente pelo sentido do *ser*, para compreender o *ser*. Pergunta-se algo (sentido do *ser*), sobre algo (*ser*) para alguém (ente). HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005, pp. 30-32.

etc. Já o “*ser*” está inserido naquilo que *é* e *como é*, na realidade, no teor e recurso, no valor e validade, no “há”.⁸⁷

Ocorre que, elaborar a questão do *ser* significa tornar transparente um ente – aquele que questiona – em seu *ser*, o homem. Por ser o único dotado de linguagem e capaz de *compreender*, é somente ao homem que é facultado questionar. É por esta razão que a pergunta pelo sentido de qualquer *ser* (um objeto, um texto, um conceito) acaba por inserir o homem no centro da investigação, afastando-o da visão metafísica clássica e caracterizando a *ontologia fundamental* de Heidegger, que possibilitará todas as outras ontologias (ciências).

Em outros termos, na busca do sentido de qualquer *ser*, é o próprio homem que interroga e é interrogado antes de tudo, uma vez que é a única criatura capaz de compreender esta interrogação, que se dá por meio da linguagem, condição de possibilidade desta compreensão. A esta figura, o homem, Heidegger dá o nome de *Dasein*,⁸⁸ termo alemão traduzido como *Ser-aí* ou *Pre-sença*.⁸⁹

Assim, a compreensão do sentido do *ser* se interliga ao entendimento do homem enquanto *Ser-aí*, ou seja, o sentido do *ser* é entendido como o *ser* do ente que compreende (o homem). Esta justaposição entre *ser* e ente, que só pode ser compreendida pelo *Ser-aí* em sua singularidade, em sua *existência*, é o que se chama de *círculo hermenêutico* (conceito fundamental de Heidegger), brilhantemente elucidado por Lenio Streck:

Didaticamente, podemos dizer: o fato de podermos dizer que algo é, já pressupõe que tenhamos dele uma compreensão, ainda que incerta e mediana. E mais! Só nos relacionamos com algo, agimos, direcionamos nossas vidas na medida em que temos uma compreensão do ser. Ao mesmo

⁸⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 32.

⁸⁸ “Caso a questão do ser deva ser colocada explicitamente e desdobrada em toda a transparência de si mesma, sua elaboração exige, de acordo com as explicitações feitas até aqui, a explicação da maneira de visualizar o ser, de compreender e apreender conceitualmente o sentido, a preparação da possibilidade de uma escolha correta do ente exemplar, a elaboração do modo genuíno de acesso a esse ente. Ora, visualizar, compreender, escolher, aceder a são atitudes constitutivas do questionamento e, ao mesmo tempo, modos de ser de um determinado ente, *daquele* ente que nós mesmos, os que questionam, sempre somos. Elaborar a questão do ser significa, portanto, tornar transparente um ente – o que questiona – em seu ser. Como modo de *ser* de um ente, o questionamento dessa questão se acha essencialmente determinado pelo que nela se questiona – pelo ser. Esse ente que cada um de nós somos e que, entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar, nós o designamos com o termo *pre-sença*”. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 33.

⁸⁹ Neste trabalho será adotado o termo *Ser-aí* para designação do *Dasein*.

tempo, só podemos compreender o ser na medida em que já nos compreendemos em nossa faticidade. [...]

Essa estrutura circular é o Círculo Hermenêutico, não mais ligado à interpretação de textos, mas à compreensão da faticidade e existência do Ser-aí. É preciso notar que o homem só compreende o ser na medida em que pergunta pelo ente. Vejamos o nosso caso: colocamos em movimento uma reflexão sobre o processo na perspectiva de que, ao final, possamos dizer algo sobre o seu ser (uma definição sobre o processo começaria com: o processo é...). Mas ninguém negaria que o processo se trata de um ente. Um ente que é interrogado em seu ser, pois toda pergunta pelo processo depende disso: O que é processo? Como é o processo? Assim, embora o ser e o ente se deem numa unidade que é a compreensão que o homem (Ser-aí) tem do ser, há entre eles uma diferença. Esta diferença Heidegger chama de diferença ontológica e se dá pelo fato de que todo ente só é no seu ser. Em outras palavras, a pergunta se dirige para o ente, na perspectiva de o compreendermos em seu ser.⁹⁰

O Dasein, ou *Ser-aí*, é um ente que não apenas é, mas compreende que é,⁹¹ ou seja, a sua compreensão de que é, de que tem um *ser*, é o que lhe permite existir e se desenvolver através da sua faticidade e historicidade.

É por esta razão que, para Heidegger, o Objeto (as coisas) não existe(m), apenas *subsiste(m)*,⁹² sendo visto(s) na perspectiva do *Ser-aí* e da sua faticidade (história) como *ser-no-mundo*. O permanente *estar-no-mundo* do *Ser-aí* significa estar inserido junto a outros *seres-aí* e a esses entes intramundanos subsistentes (pedras, árvores, carros), os quais, por seu turno, não podem ser considerados *seres-no-mundo*, porque o mundo é vertido em linguagem e apenas o *Ser-aí* tem a capacidade de compreendê-lo/*existir-nele*, por ser o único capaz de fazer/compreender linguagem.

Por outro lado, isto não significa que o homem é um Sujeito afastado que “*assujeita*” os Objetos, como aduzia a Filosofia da Consciência, pelo contrário, a teoria de Heidegger opera o rompimento com esta pretensão cartesiana/*kantiana*:

Não há uma ponte entre consciência e mundo. Aquilo que era reivindicado por Kant foi desmistificado por Heidegger no momento em que o filósofo descobriu o vínculo entre homem e ser. Não há uma ponte entre consciência

⁹⁰ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 193.

⁹¹ O Dasein é definido por Paul Ricouer como “um ser cujo ser consiste em compreender”, conforme anota Georges Abboud em **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 261.

⁹² “Quanto a isso, é preciso esclarecer que a afirmação de que *apenas* o *Dasein existe* não significa que os demais *entes* não sejam reais ou efetivos. Apenas que a existência é um modo de ser próprio, e, portanto, exclusivo do homem, estranho aos demais *entes*, que por isso não existem, apesar de serem”. LIMA, Lucas Rodrigues. **A interpretação-aplicação do direito na construção da resposta correta**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Espírito Santo, p. 29.

e mundo porque desde sempre já estamos no mundo compreendendo o ser. Ou seja, há um vínculo entre ser-aí e uma co-originalidade entre ser e mundo. Não há primeiro o ser-aí e depois o mundo ou vice-versa. O ser-aí é ser-no-mundo e sua faticidade é estar-jogado-no-mundo; sua existência é ter-que-ser-no-mundo, sendo que, desde sempre, está junto aos entes. (grifo nosso)⁹³

Portanto, a contar da filosofia *heideggeriana* o *ser* não está mais isolado, como se constituísse o mundo de forma apartada. Não há o homem depois o mundo, ou vice-versa, o *Ser-aí está-no-mundo*, traz consigo a sua faticidade, sua história e, com isso, o mundo inteiro, o que põe em xeque a ideia subjetivista de “*assujeitamento*” do Objeto e as dicotomias típicas da metafísica clássica entre sujeito/objeto e entre consciência/mundo, além de superar a intersubjetividade ainda rudimentar da viragem linguística.

Aliás, a fenomenologia hermenêutica de Heidegger afasta não só essas polarizações fundamentais da metafísica clássica, mas também de outras ontologias, ao contestar a ideia de que um movimento dedutivo/silogístico poderia explicar como o Sujeito enxerga e compreende o Objeto, ou como o homem poderia interpretar o significado das coisas e, principalmente, dos *textos*.

A contar deste giro operado pelo filósofo alemão, fica para trás a visão matemática/metodocista⁹⁴ de busca pela verdade universal através de um método matemático de compreensão, com raízes nas ciências naturais, propagado por Descartes e sofisticada por Kant.

Ocorre, a partir de Heidegger, o “declínio de um modelo matemático de fundamentação do pensamento e a ascensão de um modelo histórico que dê conta do problema da fundamentação nas chamadas *ciências do espírito*”.⁹⁵

Isso porque a compreensão se dá através da faticidade (história) do *Ser-aí* e da linguagem, de sorte que linguagem e história são condições de possibilidade, não métodos. Quando um homem tem contato com um texto, a leitura não se desenvolve de forma teorizada, programada, pois o homem, *Ser-aí*, não se desvincula nunca de sua faticidade.

⁹³ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 151.

⁹⁴ Destacadas no item 2.1, nota de rodapé 67, p. 61.

⁹⁵ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: RT, 2013, p. 408.

Aí se retorna ao círculo hermenêutico⁹⁶ em arranjo tripartite,⁹⁷ uma vez que: a compreensão de um texto (o sentido do *ser* - perguntado) passa pela pergunta ao ente (interrogado), que só é compreendido se houver compreensão sobre o *ser* (texto), e o *Ser-aí* só compreende o *ser* do texto se houver compreendido sua própria faticidade, sua história. Esta leitura, imersa em história, faz com que o intérprete, mesmo que inconscientemente, busque a antecipação do sentido do texto.⁹⁸

Em função disso, inverte-se o paradigma metafísico anterior (Sujeito-Objeto), fundado na ideia de que o sujeito interpreta um objeto ou uma realidade para depois compreendê-lo(a) através de um método matemático. Com Heidegger, temos que não interpretamos para compreender, mas compreendemos para interpretar, a interpretação é um projetar da compreensão que o *Ser-aí* tem dos entes.⁹⁹

Vemos claramente, desta forma, como Heidegger eleva o problema da hermenêutica de um patamar ôntico, atrelado à compreensão de textos, ao seu caráter ontológico, como compreensão do sentido do *ser*, ou o *ser-do-ente*. É este o grande giro ontológico-hermenêutico promovido por Heidegger a caracterizar sua hermenêutica filosófica, através da *ontologia fundamental*, do *círculo hermenêutico* e do descobrimento da compreensão e da linguagem como condições de possibilidade.

Com efeito, a reformulação dos mais básicos conceitos da filosofia permitiu a Heidegger redesenhar as possibilidades de conhecimento de outras ciências, como história, psicologia, economia, etc. No direito esta fina filosofia terá importância imensurável, por derruir mitos ancorados no paradigma da Filosofia da Consciência,

⁹⁶ Transcrição constante na nota de rodapé 90, página 70.

⁹⁷ Descrição na página 68, com referência à nota de rodapé 86.

⁹⁸ “A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que ‘está’ no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já ‘põe’, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia” HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 207.

⁹⁹ “Na compreensão, a pre-sença projeta seu ser para possibilidades. Esse *ser para possibilidades*, constitutivo da compreensão, é um poder-ser que repercute sobre a pre-sença as possibilidades enquanto aberturas. O projetar da compreensão possui a possibilidade própria de se elaborar em formas. Chamamos de *interpretação* essa elaboração. Nela, a compreensão se torna ela mesma e não outra coisa. A interpretação se funda existencialmente na compreensão e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão” (grifo nosso). HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 207.

como completude do ordenamento, lei como única fonte do direito, cisão entre questão de fato/questão de direito, entre interpretação/aplicação, entre decidir/fundamentar, entre “*easy cases*” e “*hard cases*”, dentre outras tantas.¹⁰⁰

Isto ficará ainda mais claro a partir do próximo tópico, em que analisamos a hermenêutica filosófica de Gadamer, o mais festejado aluno de Heidegger, que, com os aportes de seu professor, revolucionou a interpretação como um todo, sobretudo no direito, tornando-se um dos pensadores mais relevantes do Século XX.

2.4 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE GADAMER COMO BASE PARA A COMPREENSÃO

Indo além da estrutura *heideggeriana* sobre a compreensão, surgem os estudos paradigmáticos de um de seus alunos: Hans-Georg Gadamer, com a hermenêutica filosófica, presente em seu aclamado “Verdade e Método”, de 1960, principal base para o raciocínio que se pretende construir.

A teoria hermenêutica de Gadamer desponta como oposição à hermenêutica clássica, vista como técnica pura de interpretação ou de tradução da essência de um texto, em clara alusão à crença no sistema Sujeito-Objeto, que no direito se manifestou nas eras positivistas e “pós-positivistas” (Positivismo Exegético, Jurisprudência dos Conceitos, Positivismo Normativista, Realismo Jurídico e Jurisprudência dos Valores) e desenvolveu diferentes métodos de interpretação: gramatical, lógico, sistemático, histórico e sociológico ou teleológico.¹⁰¹

Em total contrariedade a essa mentalidade metodocista, Gadamer rejeita a utilização de técnicas e procedimentos pré-concebidos, próprios de ciências naturais, como forma de produção de conhecimento das “ciências do espírito” (*Geisteswissenschaften*),¹⁰² aqui entendidas como as ciências sociais: filosofia, história, economia, direito, etc.

¹⁰⁰ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de resposta no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 41-46.

¹⁰¹ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 25-26.

¹⁰² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 1999. Petrópolis: Vozes, p. 45.

É bem verdade que Gadamer escreve sua obra com forte inspiração em seu professor Martin Heidegger, principalmente na segunda fase do Filósofo da Floresta Negra, e isto será algumas vezes ressaltado nesta exposição, no entanto, para que não caiamos em perigosas simplificações e equívocos epistemológicos, é importante mencionar que há substanciais distinções entre a fenomenologia hermenêutica de Heidegger e a hermenêutica filosófica de seu aluno, especialmente no que diz respeito ao processo de constituição da compreensão e da história.^{103 e 104}

Indo em diante, temos que para Gadamer a hermenêutica não é uma teoria, tampouco um método ou metodologia, mas deve ser entendida como o fenômeno transcendental próprio da compreensão e da interpretação adequada ao que foi entendido.¹⁰⁵ Em outras palavras, a hermenêutica filosófica de Gadamer é a arte da compreensão interpretativa-ontológica, um paradigma de entendimento universal voltado à reflexão de como ocorre o processo que leva à compreensão.¹⁰⁶

¹⁰³ “Heidegger somente entra na problemática da hermenêutica e das críticas históricas com a finalidade ontológica de desenvolver, a partir delas, a pré-estrutura da compreensão. Já nós, pelo contrário perseguimos a questão de como, uma vez liberada das inibições ontológicas do conceito de objetividade da ciência, a hermenêutica pôde fazer jus à historicidade da compreensão”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 1999. Petrópolis: Vozes, p. 400

¹⁰⁴ “A fenomenologia tem, como hermenêutica da facticidade e da existência, a tarefa de preparar uma nova compreensão do ser, a partir de um conceito de tempo repensado a partir da temporalidade e da historicidade.

Ao contrário desse desenvolvimento de Heidegger, o pensamento de Gadamer não se propunha a tarefa de acompanhar Heidegger no seu modo de usar a fenomenologia hermenêutica para pensar a compreensão do ser. Em *Verdade e método*, Gadamer afirma que acolheu o conceito de facticidade, mas, deixando de lado a questão transcendental, o aplicaria ao todo da cultura e da história. Portanto, e o conceito de compreensão de Heidegger visava a chegar ao problema do ser, no nível da transcendentalidade como a compreendia a analítica existencial, *a compreensão em Gadamer é desenvolvida no contexto de um projeto que procurar recuperar a cultura e do mundo vivido*”. STEIN, Ernildo. Gadamer e a Consumação da Hermenêutica. In: **Hermenêutica e Epistemologia: Os 50 anos de Verdade e Método**. STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.14.

¹⁰⁵ “A hermenêutica aqui desenvolvida não é, por conseguinte, uma metodologia das ciências humanas, mas a tentativa de compreender o que as ciências humanas são na verdade, para além da sua auto-consciência metodológica, e o que as liga à totalidade da nossa experiência no mundo”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 1999. Petrópolis: Vozes, p. 34.

¹⁰⁶ “A hermenêutica é, como vimos, um *aspecto universal de filosofia* e não somente a base metodológica das chamadas ciências do espírito”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 1999. Petrópolis: Vozes, p. 688.

Sendo a compreensão aspecto elementar do *Ser-aí*,¹⁰⁷ o processo de sua constituição não pode ser tido como um procedimento meramente objetivo (calculado por meio de um método “exato”, matemático ou com sentido fixo), tampouco subjetivo (totalmente livre e independente de limites), mas *intersubjetivo*.

Frente a isso e ancorado na ideia *heideggeriana* de antecipação dos sentidos, Gadamer explica que o processo de compreensão se dá através de um círculo hermenêutico, construído sob perspectiva ligeiramente distinta daquela idealizada por seu ilustre professor, ainda que com forte influência dele.

Para absorção do círculo hermenêutico de Gadamer, assim como em Heidegger, é necessário ter permanentemente em conta os dois elementos que dão vida a qualquer compreensão: a linguagem e a história.

Em Gadamer, a linguagem é elevada ao mais alto patamar filosófico, pois é ela quem determina o próprio objeto hermenêutico, como prescrevem suas célebres frases: “ser que pode ser compreendido é linguagem”¹⁰⁸ e “todo conhecimento humano do mundo é mediado pela linguagem”.¹⁰⁹

A história, por sua vez, também tem papel fundamental nesta constituição, em razão de a tradição, a faticidade e a consciência histórica de seus efeitos serem o *locus* da pré-compreensão, condição da possibilidade de qualquer interpretação e elemento constituidor de todo horizonte do círculo hermenêutico.¹¹⁰

Todo sujeito é envolto pela linguagem e pela história, de modo que ninguém é uma página em branco, isto é, estamos todos mergulhados em *pré-conceitos*, ou elementos de *pré-compreensões* de um sentido prévio que antecede o *conceito*, adquiridos durante a nossa própria história por meio da linguagem. De igual forma,

¹⁰⁷ “Compreender perfaz a mobilidade de fundo da existência humana”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução de Enio Paulo Giachini, 2002. Petrópolis: Vozes, p. 125.

¹⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica..** Tradução de Flávio Paulo Meurer. 1999. Petrópolis: Vozes, p. 687.

¹⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução de Enio Paulo Giachini, 2002. Petrópolis: Vozes, p. 136.

¹¹⁰ “A hermenêutica de que fala Gadamer é realizada por um sujeito histórico, que parte de condições espaciais e temporalmente dadas, contando também com estruturas prévias de pré-compreensão, ou seja, em todo o processo de compreensão se parte de pressupostos ou pré-juízos – no sentido etimológico de juízos prévios - que viabilizam e constituem uma certa memória cultural presente em teorias, mitos, tradições, etc. Significa dizer que o sujeito que compreende não parte do zero, mas, ao contrário, conta com toda uma história que lhe caracteriza e mesmo o define como sujeito”. GESTA LEAL, Rogério. **Hermenêutica e Direito**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2002, p. 144.

todo e qualquer texto é concebido e interpretado de acordo com linguagem e o contexto histórico e de tradição.¹¹¹

Os sujeitos, portanto, necessariamente precisam fazer uso dos seus *pré-conceitos* (aqui sem a carga semântica negativa de discriminação) para poderem revisar tudo aquilo que transformarão em conceitos através da atividade mental-interpretativa. Esta pré-compreensão é o elemento formador da antecipação de sentidos, que requer constante revisão:

Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido apenas se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido. [...] A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade.¹¹²

Por outro lado, dirá Gadamer, é essencial que aquele que queira compreender um texto deixe o texto lhe dizer algo, ou seja, há de haver receptividade, sem que isso represente uma (impossível) neutralidade. O intérprete obrigatoriamente precisa se dar conta de suas próprias antecipações, para que possa confrontá-las à alteridade do texto, caso contrário, os preconceitos não percebidos o dominam e tornam-no “surdo” para o que diz o texto e a própria tradição.

O desafio, portanto, é identificar o que é a melhor interpretação, sem padecer a absurdos hermenêuticos de exageradas liberdades interpretativas¹¹³ como a

¹¹¹ Um caso curioso a demonstrar esta percepção de Gadamer é a carta enviado por Marco Polo à Coroa Espanhola, em que o navegador veneziano narra o seu encontro com um “unicórnio”, descrevendo-o e como uma figura bestial, robusto e de aspecto “horível”, ao contrário da crença de uma criatura esbelta e pura. Em verdade, o explorador havia se deparado com um rinoceronte, animal inexistente na Europa do Século XIII e, por isso, desconhecido por Marco Polo, que, ao avistar imenso mamífero, associou a imagem ao seu conceito de unicórnio por conta do chifre sobre a cabeça. ECO, Umberto. **Kant e o Ornitorrinco**. Rio de Janeiro: Record, 1998, p. 55.

¹¹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 1999. Petrópolis: Vozes, p. 402-403.

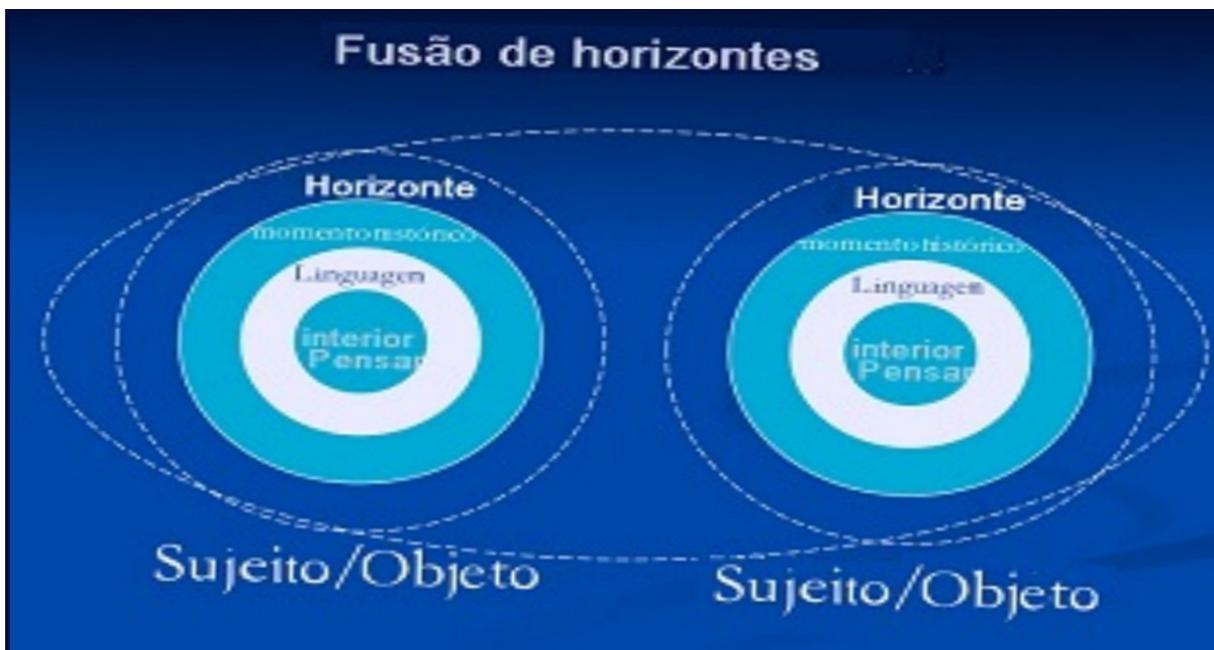
¹¹³ Como os famosos mitos *kelseneanos* ainda vigentes na doutrina brasileira do “livre convencimento” (seja ele motivado ou não) ou da “decisão como ato de vontade (liberdade)”, defendidos por correntes como a instrumentalidade processual e em recentes e relevantes obras como: BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

superinterpretação, conceituada por Umberto Eco,¹¹⁴ quando o intérprete realiza projeções que ultrapassam os limites semânticos-hermenêuticos do texto. É necessário ter sempre em mente que toda obra é finita e toda obra é construída a partir de determinado horizonte, o qual é intransponível, assim como os horizontes de pré-conceitos do intérprete.

Dito isso, o círculo hermenêutico é marcado por um conjunto de camadas formado pelos momentos históricos vivenciados pelo sujeito e pelo objeto (indivíduo e texto), a linguagem que eles fazem uso e as suas estruturas psíquicas de pensamento.

A compreensão, então, tomará forma a partir da fusão dos horizontes destas camadas de cada um dos atores desta relação, intérprete e texto, em um processo circular de constante contraste entre o sentido construído pelos pré-conceitos do intérprete, o conteúdo do texto e a confrontação com a ideia de tradição, a coerência histórica compartilhada culturalmente através da linguagem, como demonstra o seguinte esquema:

Figura 1 - Círculo Hermenêutico de Gadamer¹¹⁵



¹¹⁴ ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 26.

¹¹⁵ MUCHERONI, Marcos Luiz. **Verdade & Método e sua hermenêutica**. Disponível em: <https://marcosmucheroni.pro.br/blog/?p=15398#.YLdhuLdKhdg>. Acesso em 10/05/2021.

Neste ínterim, tendo em conta que o texto é um ser inanimado, cabe ao intérprete caminhar em direção ao horizonte do texto, emergindo neste universo do ente para a sua compreensão. É só quando o sujeito é capaz de fundir seu horizonte ao horizonte da obra, por meio de um mergulho nesta perspectiva, que conseguirá compreendê-la em sua magnitude e amplitude, ao passo que poderá também rever todos os elementos da etapa pré-interpretativa ao longo da sua interpretação.

De outra banda, tal fusão de horizontes enfrenta como “obstáculo” a distância insuperável e necessária entre os tempos, as culturas, as classes, ou até mesmo entre as pessoas, caracterizando um momento supra-subjetivo que confere tensão e vida a todo compreender. A transposição desta distância entre os horizontes é promovida por meio da linguagem, a realidade fundamental capaz de mediar este processo intersubjetivo. Nela o intérprete traz novamente à fala o que compreendeu e exercita a aplicação em convívio com outros intérpretes, outros *Seres-aí*.¹¹⁶

Nesta esteira, Gadamer sustenta que este processo interpretativo é eternamente circular, mas não em um círculo vicioso, haja vista que um indivíduo que sai do seu ponto e vai até a obra e retorna, acaba voltando um outro indivíduo.¹¹⁷ Este mesmo sujeito lerá a obra com outros olhos, caso faça uma segunda ou terceira leitura, sendo capaz de absorver novos elementos e formular uma nova compreensão, haja vista que a ninguém é facultado ter exatamente a mesma experiência hermenêutica ou a mesma interpretação acerca da mesma obra por mais de uma oportunidade.

Isto fica muito claro em uma reflexão sobre a hipótese de se assistir um mesmo filme pela segunda ou terceira vez, por exemplo. É evidente que o indivíduo passará a fazer novas perguntas e receber novas respostas da obra, a partir da percepção de novos detalhes, da absorção de novos significados advindos de outras experiências (uma resenha sobre a película ou uma conversa com outra pessoa sobre a mesma obra, etc.).

Pode-se dizer, ainda, que é possível haver interpretação correta e paradigmática a partir de um concurso de interpretações nas quais os seus intérpretes, lendo a

¹¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução de Enio Paulo Giachini, 2002. Petrópolis: Vozes, pp. 132-133.

¹¹⁷ “Uma interpretação definitiva parece ser uma contradição em si mesma. A interpretação é algo que sempre está em marcha, que não conclui nunca. A palavra interpretação faz, pois, referência à finitude do ser humano e a finitude do conhecimento humano”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 1999. Petrópolis: Vozes, p. 430.

realidade do texto/obra, criam consensos e paradigmas distintos do interesse inicial do próprio autor, uma vez que este é só mais um intérprete da própria obra e a obra é do mundo.¹¹⁸

Um icônico exemplo desta constatação é o episódio envolvendo o consagrado hit “*Alive*” da banda de *rock n’ roll* americana *Pearl Jam*. A canção, lançada no primeiro álbum do grupo, “*Ten*”, de 1991, narra a história biográfica do compositor e vocalista Eddie Vedder, que na adolescência é informado que o homem que ele imaginava ser seu pai era apenas seu padrasto e que seu verdadeiro pai havia falecido anos antes. Inconformado, Vedder compôs a canção, cujo refrão é a frase “*I’m still alive*” (eu ainda estou vivo), como um lamento pelo fato de permanecer vivo.

Anos depois, vivenciando o sucesso da música e a histeria dos fãs que entoavam o refrão da canção como um grito de libertação, superação, euforia e resistência, Vedder passou a ter outra interpretação da própria canção, segundo seu relato em uma apresentação realizada em Nova Iorque no ano de 2006 para a série “*Storytellers*” do canal americano VH1.¹¹⁹

Isto endossa o que Gadamer sustentou já em 1960, quando afirmou que o autor é capaz de compreender que o intérprete pode ler a sua obra melhor do que ele mesmo, não há um monopólio interpretativo e as concepções acerca dos sentidos podem mudar a partir de uma construção histórico-linguística.

Portanto, verificamos que há uma etapa pós-interpretativa que é o consenso a partir desta fusão de horizontes com aquilo com o que Gadamer chama de efeito da história, que vai formar uma tradição de interpretação. Quando há o estabelecimento de uma tradição há um consenso acerca dos argumentos que faz com que seja possível afirmar ou negar algo a partir das melhores razões.

A relação entre texto e intérprete não é, portanto, objetiva (com um sentido fixo), tampouco é subjetiva, pois não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa.

¹¹⁸ RICOUER, Paul. *What is a text? Explanation and Understanding in Hermeneutics and the Human Sciences: Essays on Language, Action and Interpretation*, trad. John Thompson, Londres: Cambridge University Press, 1981, p. 149, *apud* DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Tradução de Elói Pedro Duarte. Coimbra: Almedina, 2016, p. 138.

¹¹⁹ A FEW HUNDRED LUCKY FANS PACKED INTO NEW YORK’S AVALON ON WEDNESDAY NIGHT TO WITNESS PEARL JAM TAP AN EPISODE OF THE VH1 SERIES “STORYTELLERS”, WHICH WILL PREMIERE JULY 1 ON THE MUSIC CHANNEL. **Billboard**. 02 de jun. de 2006. Disponível em: <https://tecnoblog.net/247956/referencia-site-abnt-artigos/>. Acesso em 02/05/2021.

Vídeo do relato com legenda em português disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=St4qctt4oAY>. Acesso em 02/05/2021.

Ela é intersubjetiva, uma vez que depende de uma construção entre diversos sujeitos analisando o texto, ainda que alguns destes sujeitos estejam física ou temporalmente distantes, a permitir que hipóteses sejam levantadas e embasem a leitura da obra sob a melhor luz, o que fornecerá condições de compreensão desta interpretação artística.

É neste ponto que Gadamer dá um passo adiante com relação à base propalada por Heidegger e onde reside a sua maior contribuição para a hermenêutica: a percepção de que o processo hermenêutico não é, nem poderia ser, a mera reprodução ou extração de sentidos (*Auslegung*), mas sim uma produção intersubjetiva e histórica de sentidos (*Sinngebung*) através da linguagem, que não consiste mais em um instrumento para compreensão, mas o aparato de constituição do sentido ou o meio para a *applicatio*.

Assim, o sentido não é obtido pelo intérprete por meio de um método ou procedimento como queria a hermenêutica clássica, isto é, não há fases *subtilitas intelligendi*, depois, *sibtilitas explicandi*, e, por último, *subtilitas applicandi*, mesmo porque é impossível partir de um grau zero de sentido. Compreensão, interpretação e aplicação se dão em um único processo, uma síntese hermenêutica produtiva: a *applicatio*.¹²⁰

De igual forma, o sentido não é criado pelo sujeito de forma autoritária em um “*assujeitamento*” do objeto, em que a essência das coisas é montada a partir da subjetividade do observador/intérprete. Como nos lembra Gadamer, é preciso deixar que o texto/objeto nos diga algo, pois não nos é facultada a atribuição arbitrária de sentidos a textos, obras e leis. O sentido não está na mente do sujeito, como sugeria a Filosofia da Consciência, admitir isso seria conceber que cada um impõe o seu sentido ao que quiser e da forma que julgar mais prudente, ignorando a história e a linguagem, dando início a uma anarquia de racionalidade.

Neste sentido, como sustenta Humberto Ávila, a interpretação é uma atividade constitutiva (de reconstrução) dos sentidos, mas nunca de sentido arbitrário alheio ao texto legal:

Daí se dizer que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, por que manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim

¹²⁰ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, pp. 209.

dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.

A conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito reconstroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. Compreender “provisória” como *permanente*, “trinta dias” como *mais de trinta dias*, “todos os recursos” como *alguns recursos*, “ampla defesa” como *restrita defesa*, “manifestação concreta de capacidade econômica” como *manifestação provável de capacidade econômica*, não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos. Essa constatação explica por que a doutrina tem tão efusivamente criticado algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (sublinhas nossas).¹²¹

Assim, deitado nos pressupostos de Heidegger (círculo hermenêutico/antecipação de sentidos e diferença ontológica), Gadamer opera um salto de uma epistemologia da interpretação para a ontologia da compreensão e revoluciona o pensamento hermenêutico e filosófico.

Trazendo esta concepção para o campo jurídico, em “Verdade e método II”, Gadamer trata a hermenêutica jurídica especificamente como uma disciplina normativa com função dogmática de complemento jurídico, por desempenhar a indispensável função de superação do hiato insuperável entre a generalidade do direito estabelecido e a concreção do caso individual.¹²² Ou seja, a fusão dos horizontes do texto normativo e do fato a ser examinado através da linguagem é o que produz a compreensão, ou a norma jurídica, como preconiza Friedrich Muller, ou as bases para obtenção da *resposta correta*, segundo Dworkin, como veremos no capítulo seguinte.

Neste ponto Gadamer contrapõe, de forma bastante acurada, o entendimento de que a interpretação de textos ou leis se dê através de um processo de uma *via de mão única*, em que a mensagem do autor é absorvida pelo intérprete, como quem assiste uma palestra, de forma a captar a intenção do emissor, ou seja, não há um *sentido em si* do texto determinado por seu autor.

Mais tarde Ronald Dworkin classificará este método de *interpretação conversacional*, na qual a pretensão não é explicar os sons emitidos pelo emissor da

¹²¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2019, pp. 53-54.

¹²² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução de Enio Paulo Giachini, 2002. Petrópolis: Vozes, pp. 129.

frase, como cientistas que estudam as características do sonar de um morcego, mas de atribuir significados com base nos motivos, intenções e preocupações do locutor.

Segundo o professor norte-americano, algumas teorias jurídico-hermenêuticas trabalham erroneamente a interpretação jurídica na modalidade conversacional, como se as leis, os precedentes e a doutrina fossem uma espécie de conversa entre o autor do texto e o intérprete, de tal modo que o diálogo não se materializa em um debate, mas em um *monólogo* em que o autor fala e o intérprete tem que entender aquilo que o autor quer passar.¹²³ Esta aplicação da interpretação conversacional, uma modalidade em que o intérprete desvela o sentido voluntário da mensagem transmitida pelo autor, é defendida por setores positivistas, que Dworkin denomina originalistas, e que tem como modelo a tese do hermeneuta, teólogo e filósofo alemão Friedrich Schleiermacher,¹²⁴ que sustenta a existência de um círculo hermenêutico da interpretação, que chega ao fim (implode) quando a interpretação atinge a intenção do autor do texto.

Schleiermacher foi o pai da hermenêutica moderna e influenciou muito os escritos de Heidegger e Gadamer, contudo, a sua teoria, concebida ainda no Século XIX é primitiva, incorreta e refutada por Gadamer, porque pressupõe a possibilidade de descobrirmos a intenção do autor do texto através de uma separação entre compreensão, interpretação e aplicação.

Este posicionamento de Schleiermacher parte da premissa que o autor do texto está em uma posição hierárquica do processo interpretativo e, apesar de datada, é ainda compartilhada por setores positivistas-legalista da doutrina¹²⁵ e da

¹²³ DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 62.

¹²⁴ "Para Schleiermacher, a compreensão enquanto arte é voltar de novo a experimentar os processos mentais do autor do texto. É o reverso da composição, pois começa com a expressão já fixa e acabada e recua até a vida mental que a produziu. O orador ou autor construiu uma frase; o auditor penetra nas estruturas da frase e do pensamento". PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 93.

¹²⁵ O celebrado doutrinador penalista Guilherme de Souza Nucci, que ocupa o cargo de Desembargador no Tribunal de Justiça de São Paulo, é um dos partidários deste posicionamento, como se vê de seus recentes escritos:

"Entretanto, na segunda parte do art. 70 está previsto o concurso formal imperfeito: as penas devem ser aplicadas cumulativamente se a conduta única é dolosa e os delitos concorrentes resultam de desígnios autônomos. A intenção do legislador, nessa hipótese, é retirar o benefício daquele que, tendo por fim deliberado e direto atingir dois ou mais bens jurídicos, cometer os crimes com uma só ação ou omissão". NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, 16ª Ed. São Paulo: Forense, 2020, pp. 683-684.

jurisprudência¹²⁶ atuais que creem nos equívocos da “vontade da lei”, “espírito da lei”, “vontade do legislador”.

Para demonstrar como é equivocada esta ideia *originalista* do sentido verdadeiro como intenção do autor, denunciado até mesmo pelos positivistas da segunda metade do Século XX, podemos citar o exemplo fornecido por Hart da lei municipal de Nova York, de 1808 (ao qual voltaremos mais adiante), que proíbe o trânsito de veículos no Central Park.

Se adotássemos a teoria exegética de Schleiermacher para interpretar a regra, seria necessário retomar a intenção de quem criou esta lei, no entanto, a regra foi promulgada há mais de duzentos anos, época em que a palavra *veículo* tinha sentido distinto do empregado no momento atual, o que torna impraticável tal espécie de interpretação. Os veículos proibidos eram outros (carroças, charretes, carros-de-boi, etc.), de modo que hoje a lei tem como *propósito* a vedação do trânsito de outros meios de locomoção, como carros, caminhões, ônibus, haja vista que os passeios de charretes são, inclusive, atrações turísticas do local.

Neste contexto, Dworkin, deitado nos pressupostos de Gadamer, vai além e critica a adoção deste método interpretativo no direito pelo fato de uma regra não ser criada por uma única pessoa, mas por um conjunto de cidadãos na forma de instituições, sendo impossível distinguir exatamente qual a intenção de cada parlamentar que vota um projeto de lei ou de um magistrado em julgamento colegiado no poder judiciário, mesmo que os votos sejam no mesmo sentido. Assim, a interpretação conversacional é pobre e autoritária, porque faz com que o direito fique atrelado a um momento do passado, ignorando aspectos essenciais de convívio de uma comunidade no instante da interpretação.¹²⁷

¹²⁶ “Não há que se falar, destaque-se, em desrespeito a consciente escolha político-legislativa de restringir o cabimento do agravo de instrumento, mas, sim, de interpretar o dispositivo em conformidade com a *vontade do legislador e que é subjacente à norma jurídica*, qual seja, o recurso de agravo de instrumento é sempre cabível para as “situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”, nos termos do Parecer nº 956 de 2014, de relatoria do Senador Vital do Rego”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Recurso Especial n. 1.704.520/MT, Relatora: Mina. Nancy Andrighi, Data do Julgamento 05/12/2018, Data da Publicação 19/12/2018 DJe. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 30/03/2021.

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 384-385.

O autor norte-americano cita também o modelo de interpretação científica, que no direito foi propagado pela Escola da Livre Investigação das fontes do direito,¹²⁸ encabeçada por François Gény, no final da era exegética, que aposta no uso de um método científico capaz de permitir o acesso *verdadeiro à intenção do legislador*, como forma de preenchimento das lacunas constantes nas leis, tratando a interpretação como uma obra ou um dado autônomo do elemento humano e incorrendo no mesmo erro da interpretação conversacional, ainda que com método distinto.

Estas espécies de “métodos” interpretativos, apesar de populares até hoje no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, são rechaçadas veementemente por Gadamer já nas décadas de 1950 e 1960.

Para o filósofo, diante de um acesso hermenêutico, não se admite a interpretação como a descoberta de um conteúdo por meio da aplicação de um método à procura da intenção da lei ou do legislador, como professavam as correntes *objetivistas (voluntas legis)* ou *subjetivistas (voluntas legilatoris)* da interpretação. A norma é um produto da interpretação, que atribui o sentido através de um processo mediado pela linguagem e pela tradição (história e contexto em que o intérprete está inserido e consenso interpretativo gerado por ela/nela).¹²⁹

As ideias de Gadamer, que darão guarida a Müller e Dworkin (bases jurídico-teóricas desta dissertação), não autorizam um relativismo decisionista, como uma leitura desatenta pode sugerir. Aliás, muito pelo contrário, a hermenêutica filosófica é uma tese propalada justamente para combater a atribuição arbitrária de sentidos, sobretudo no direito, que tem sofrido diariamente com este tipo de interpretação discricionária, calcada em ideais de justiça e solipsismo¹³⁰ de matiz relativista,

¹²⁸ "Essa investigação é livre porque não se submete a uma autoridade positiva e é científica, porque pode dar bases sólidas aos elementos objetivos descobertos pela ciência jurídica. A livre investigação científica deve basear-se em três princípios: a) o da autonomia da vontade; b) o da ordem e do interesse público; c) o do justo equilíbrio ou harmonização dos interesses privados opostos, pois o aplicador deve considerar a respectiva força desses interesses, pesando-se na balança da justiça, para saber a qual deles deve dar preponderância, levando em conta as convicções sociais vigentes, resolvendo de modo que se produza o devido equilíbrio". DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 63.

¹²⁹ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 276.

¹³⁰ **Solipsismo**: (In. Solipsism- fr. Solipsisme; ai. Solipsismus; it. Solipsismo). Tese de que só eu existo e de que todos os outros entes (homens e coisas) são apenas idéias minhas. Os termos mais antigos para indicar essa tese são egoísmo (cf. WOI.FF, *Psychologia rationalis*. § 38; BAIMGARTEN. *Met.*, § 392; GANUPPI, *Saggio filosofico sulla critica della conoscenza*, IV, 3, 24, etc), egoísmo

corporizadas em dogmas como “sentença como ato de vontade ou de sentimento” (“sentença vem de *sentire*”), “íntima convicção”, “livre convencimento motivado”, princípios como soluções de “*hard cases*”, cisão entre *questões de fato* e *questões de direito* e decisões silogísticas.

Este modelo de pensamento combatido por Gadamer tem robustecido a ideia de independência total dos julgadores, dando azo a um movimento *jurisprudencialista*, por vezes os afastando do dever de submissão ao texto constitucional e/ou legal, de sorte que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência como um todo tem obtido protagonismo na constituição (ironicamente) do direito, especialmente a partir de decisões judiciais baseadas em princípios jurídicos, alguns deles criados por meio de uma leitura exacerbadamente “interpretativa” ou “criativa” da Constituição Federal.

Isto se deve à forte influência exercida pela Filosofia da Consciência no direito, desde o positivismo normativista até a doutrina de Robert Alexy, seguida com entusiasmo pela jurisprudência brasileira, como veremos mais profundamente no capítulo subsequente. Permanece muito presente, até hoje, o ideário metodocista que, ignorando a dimensão histórica do conhecimento, colocou todas as suas fichas em “métodos” e procedimentos.

Já o uso de princípios para este malfadado desiderato não é por acaso, especialmente por conta da mudança do papel de princípios a partir do “pós-positivismo” alemão da segunda metade do Século XX, em que um direito *juris* distinto da *lex* se fez necessário para superar dificuldades no posterior julgamento de crimes cometidos durante a vigência do direito nazista.

Com efeito, o racionalismo cartesiano/*kantiano*, próprio da Filosofia da Consciência e vigente em grande medida até os dias atuais, invariavelmente reduz a interpretação a um modelo matemático, mas de forma imprecisa, posto que não se tem a delimitação de qual método deve ser acolhido pelo intérprete, de maneira que se abre farto espaço para discricionariedades e dá-se espaço aos mitos discricionários supramencionados.

Neste contexto, trazendo o *princípio da confiança no juiz da causa* à baila, de tudo apresentado até o momento já se pode concluir que a sua gênese está intimamente ligada a dois fatores duramente criticados pelo modelo filosófico base

metafísico (KANT, Antr, I, § 2) ou egoísmo rancioso (SCHOPENHAUFER, Die Welt, I, § 19)”. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 917.

desta dissertação: a ideia de que o processo decisório é dividido em diferentes etapas (interpretar/compreender/aplicar) e que há possibilidade de separação entre “questões de fato” e “questões de direito”.

Além disso, o emprego e a popularidade do brocardo nas últimas décadas são consequência do derradeiro equívoco exposto, e a ser mais profundamente explorado: a exagerada discricionariedade judicial, comumente alicerçada no uso de princípios jurídicos, especialmente em *pseudoprincípios* (sem carga normativa ou previsão legal), criados pela jurisprudência solipsista em um fenômeno diagnosticado tenazmente por Lenio Streck como o *panprincipiologismo*.

E aqui se deitam razões para este *intducto* sobre a construção do pensamento filosófico desde Descartes até chegarmos ao nosso marco referencial teórico em Gadamer: vivemos uma crise judicial de fundamentação das decisões, corporizada na exagerada discricionariedade judicial, cuja a causa é a adoção da Filosofia da Consciência como paradigma e de uma mentalidade matematicista para interpretação, e que tem como uma de suas consequências a popularização de *pseudoprincípios* como o *princípio da confiança no juiz da causa*.

Desta feita, se quisermos um processo (penal) democrático e constitucional, não podemos ignorar a filosofia e o papel constitutivo da linguagem na hermenêutica jurídica. Faz-se necessário desmistificar a diferença entre o conhecimento que ocorre de forma matemática daquele que se desdobra historicamente e aplicá-la à ciência jurídica para proteger a integridade, autonomia e racionalidade do direito, em face da exagerada discricionariedade que habita a realidade brasileira.

A melhor forma de conscientizarmo-nos desta necessidade é repelir as teorias semântico-sintáticas e adotar o paradigma jurídico correto para a melhor fundamentação de uma decisão judicial e o melhor uso dos princípios, o que, para esta dissertação, encontra-se estampado nas leituras pragmático-semânticas do pós-positivismo de Friedrich Müller e da teoria de Ronald Dworkin de resposta correta.

CAPÍTULO 3 – MARCO REFERENCIAL JURÍDICO-TEÓRICO: O PÓS-POSITIVISMO

Conforme destacado na introdução, o marco teórico desta dissertação é formado pelas teses pós-positivistas de Friedrich Müller e Ronald Dworkin, restando este terceiro capítulo como exposição das razões pelas quais as obras destes autores formam as bases para construção das melhores razões que embasarão a conclusão de que o *princípio da confiança no juiz da causa* não constitui um princípio jurídico, tampouco serve à fundamentação de uma decisão judicial no âmbito penal.

Entretanto, tendo em vista que ambas teorias são destinadas a superar o positivismo jurídico, a absorção das razões aqui apresentadas exige um breve resgate histórico e teórico sobre o *juspositivismo*, razão pela qual se inicia este capítulo com uma exposição desta corrente jurídica, do início do Século XIX, desde a exegese francesa, passando pelo positivismo normativista de Hans Kelsen, pela Jurisprudência dos Valores alemã, da segunda metade do Século XX, até o *neoconstitucionalismo* brasileiro contemporâneo.

Demonstradas as incongruências paradigmáticas dessas subcorrentes, ao final, expõe-se as teorias pós-positivistas referenciais desta dissertação, especialmente o conceito de norma jurídica de Friedrich Müller e as teses *dworkineanas* de integridade do direito e da resposta correta, como forma de estabelecer os conceitos para a obtenção do questionamento central referente ao *princípio da confiança no juiz da causa*.

Além disso, servem estes apontamentos iniciais como forma de chamar a atenção para a forte influência que a Filosofia da Consciência continua a exercer no imaginário dos juristas brasileiros, desaguando em mitos como: a matematização do conhecimento jurídico; a crença na completude do ordenamento; a cisão entre norma jurídica/texto normativo; o apego à subsunção como forma de aplicação ao direito; a separação entre “questão de fato” e “questão de direito” ou, ainda, “*easy cases*” e “*hard cases*”; a utilização de silogismos discursivos e do *pan-principiologismo*, os quais se refletirão no emprego do “princípio” aqui estudado.

3.1 POSITIVISMOS SINTÁTICO-SEMÂNTICOS E OS PRINCÍPIOS

A verificação das configurações conceituais de princípio e de decisão jurídica no contexto contemporâneo passa, inevitavelmente, pela contextualização dos sentidos dos princípios nas correntes do pensamento do direito continental nos últimos dois séculos e as suas relações com o ato jurisdicional. Por isso, é necessário fazer um breve exercício de história dos significados para compreender o modo como o problema dos princípios e da decisão jurídica se desenvolveu no ambiente cultural que deu origem ao sistema brasileiro.

O uso do plural no título deste tópico não é à toa, haja vista que há diferentes culturas do positivismo espalhadas por França, Alemanha, Inglaterra, Itália e outros países europeus. Nesta esteira, embora sejam plurais e com algum grau de distinção entre si, não cabe a este trabalho um minucioso exame de cada movimento jurídico, mas a verificação das similitudes que dão corpo às reflexões que se pretende construir.

Neste sentido, em que pese haja distinções entre as escolas de pensamento positivistas dos Séculos XVIII e XIX, com amparo na obra de Norberto Bobbio,¹³¹ cita-se algumas características, que, em maior ou menor grau, são comuns a todas elas:

- (i) a cisão entre direito e moral, em que a validade do direito depende não do conteúdo que regulamenta (valor/justiça), mas da adequação aos procedimentos formais previstos no próprio ordenamento;
- (ii) a coercitividade do direito, porque o direito é uma obra do estado, que o aplica a partir do exercício da força coercitiva;
- (iii) a lei como fonte proeminente do direito, não necessariamente única;
- (iv) a imperatividade da lei e do direito;
- (v) a sistematicidade, segundo a qual o direito não é uma estrutura de normas isoladas, mas de um conjunto de normas estruturadas em um ordenamento com forte caráter de coerência e completude, isto é, não podem existir normas conflitantes, tampouco lacunas no direito, sem que o próprio ordenamento tome conta de solucioná-las;

¹³¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 131-133.

- (vi) a interpretação mecanicista do ordenamento, em que a atividade do jurista é essencialmente declarativa, sem espaço para elementos criativos ou produtivos do direito (silogismo);¹³²
- (vii) a estrita obediência à lei.

Historicamente, o positivismo jurídico surge como uma resposta ao *jusnaturalismo*, que, embora abarcasse o direito positivo (um conjunto de normas que disciplinam a convivência humana), era altamente subjetivo e relativista, baseado em ideais de justiça oriundos da razão humana, em que os princípios eram tidos como proposições supremas e universais, axiomas de justiça cuja observância independia da coerção legislativa, sem qualquer caráter de imperatividade.

Com forte influência do pensamento Iluminista e da Filosofia da Consciência, sobretudo a busca de uma certeza cartesiana, o positivismo visa a superação do *jusnaturalismo*, em função do seu caráter anticientífico, rejeitado pelo movimento intelectual e político que borbulhava na Europa Continental do Século XVIII, especialmente na França, na Itália e na Alemanha.

O propósito maior é transformar o direito em uma ciência com padrões exatos aplicados por meio de silogismos, próprios da matemática e das ciências naturais, em especial a neutralidade e a secularidade destes campos científicos, isto é, há uma tendência de autêntico afastamento dos ideais escolásticos e da justeza axiomática do *jusnaturalismo*, alicerçada na equiparação do direito à lei ou à norma, naquele contexto vistas como sinônimos.

Neste diapasão, para melhor compreensão do positivismo legalista, e todas as outras correntes a serem analisadas neste capítulo, é útil a abertura de um breve par de parênteses para recorrer a uma analogia da semiótica da linguagem aplicada ao direito.

¹³² O positivismo como um todo, mas principalmente o mais primitivo manifestado pela Exegese francesa teve forte inspiração em ideais iluministas, em que já era comum a mentalidade de decisão como ato silogístico de subsunção, antes mesmo da codificação positivo-legalista do Século XIX, como demonstra o seguinte trecho do clássico iluminista publicado originalmente em 1764, seguido até hoje por setores doutrinários e jurisprudenciais: “em cada delito, o juiz deve formular um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação em conformidade ou não com a lei: a consequência, a liberdade ou a pena”. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 46.

A semiótica divide a linguagem em três níveis: **(i)** sintático, em que a linguagem é examinada sob a lógica signo-signo, isto é, na perspectiva da estrutura dos signos apenas, sem que sejam considerados a relação do signo com o objeto a que se refere; **(ii)** semântico, em que a análise da linguagem é operada com base na determinação do sentido do signo, a partir da relação deste com o objeto; **(iii)** pragmática, em que a análise se funda sob o prisma do uso prático dos operadores da linguagem.¹³³

Em outros termos, sob uma perspectiva linguística, a sintaxe está atrelada à determinação das relações formais entre os vocábulos de uma sentença, atribuindo-lhe uma estrutura, uma ligação signo-signo. Já a semântica se associa ao sentido das palavras e da interpretação de um enunciado, enquanto que a pragmática se vincula ao sentido empregado pela prática concreta.

Introduzindo esta ótica ao direito, as correntes e os conceitos sintáticos e semânticos estão vinculados à construção teórica de um sentido, de sorte que o significado é dado previamente, um *a priori* linguístico de viés matemático (no conceito de Heidegger), ao passo que as teorias pragmáticas adotam significados a partir da comunicação, da prática, em um contexto extralinguístico.

Essas características (sintática, semântica, pragmática) quase nunca aparecem isoladas, isto é, uma corrente dificilmente será apenas sintática ou apenas semântica, de sorte que há um convívio entre elas, ainda que seja aferível a predominância de uma sobre a outra, de acordo com os pressupostos adotados.

Por exemplo, pode se dizer que o positivismo legalista é uma teoria sintático-semântica, uma vez que equipara o direito à lei, privilegiando-se as conexões sintáticas entre os componentes de um enunciado e pressupondo uma univocidade semântica destes termos.¹³⁴ Assim, o conhecimento e a análise da ciência jurídica e, principalmente, a interpretação judicial se dão através apenas dos conceitos previstos na legislação, sem que haja problematização da relação entre os conceitos e os sentidos valorativos das prescrições legais ou entre os conceitos e a concretude fática.¹³⁵

¹³³ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação jurídica**. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 19-20.

¹³⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 173.

¹³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 36.

Esses aspectos se manifestam sobremaneira na Escola da Exegese, vertente francesa do positivismo, que nasce a partir da célebre Revolução do final do Século XVIII, calcada nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, e que representa uma resposta às arbitrariedades absolutistas, com a proclamação da separação dos poderes e do protagonismo do legislativo, poder constitucional com maior autoridade por ser o representante maior dos cidadãos.

Inspirado em ideais iluministas de igualdade (vontade geral de Rousseau), segurança jurídica (Beccaria) e separação de poderes (Montesquieu), a França liberal propõe a elaboração de um corpo organizado de normas que, de tão completo, não precisaria de interpretações para ser aplicado.¹³⁶

Neste contexto, o ordenamento civil francês de 1804, conhecido como o Código de Napoleão, seguido pelos Códigos Processual Civil (1806), Comercial (1807) e Penal (1810),¹³⁷ inaugura esta tendência e constitui um marco liberal burguês com consequências sociais e jurídicas sobre toda Europa e a *civil law*, até os dias atuais.

Em face do explícito receio de discricionariedades judiciais¹³⁸ e consequentes ameaças à liberdade do indivíduo, direito e lei se tornam sinônimos, cabendo ao juiz a mera reprodução da estrita previsão legal, livre de lacunas ou defeitos, em estrita obediência ao princípio da separação dos poderes.

Assim, calcado no engessamento da autonomia judicante promovida pelo Código e na regra do *non liquet* de seu art. 4º, que proibia o juiz de se abster de julgar qualquer causa por ausência de comando legal, o exegetismo francês apostava na completude total do ordenamento.

Isto é, a aplicação do direito se dava por meio de um processo silogístico de subsunção do fato (premissa menor) à lei (premissa maior), em que a decisão, se consubstanciava na reprodução da vontade do legislador, tudo isso em clarividente alusão aos pressupostos da Filosofia da Consciência já destacados no capítulo

¹³⁶ BENTO, Milani M. **Positivismo Jurídico e Neoconstitucionalismo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 14.

¹³⁷ HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 377.

¹³⁸ A própria lei de organização judiciária da França pós-revolução (Lei n.16-24, de agosto de 1790) prevê o dever de fundamentação das decisões judiciais, como freio às arbitrariedades judicantes promovidas por uma magistratura intimamente ligada ao Antigo Regime, aristocrática e reconhecida por vender decisões e funções públicas em troca de favorecimentos reais, como apontam os estudos de Leonard Ziesemer Schmitz em **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de resposta no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 48.

anterior, como a procura pelo ente (texto) e não pelo ser (sentido), cisão entre *questões de fato* e *questões de direito* e a utilização de um método matemático (ainda que rudimentar) de “interpretação” silogística.

Dada a impossibilidade de completude absoluta de um ordenamento jurídico sistemático frente à complexidade das ações humanas, em casos de insuficiência ou silêncio da lei, o juiz deveria decidir com base na auto integração do ordenamento, a partir da busca no interior do próprio sistema legislativo (recorrendo à aplicação analógica ou aos princípios gerais do direito), o que mantém a obediência estrita à lei, visto que esta busca se dá dentro do próprio sistema.¹³⁹

Neste vértice, Warat nos abre os olhos para o contexto jurídico francês do Século XIX, seu caráter matemático e cartesiano, além do papel dos princípios à época:

A concepção que orienta o método exegético, tanto como a que inspira o método gramatical, se baseia na ideia de que as leis conformam um universo significativo autossuficiente, do qual se pode inferir por atos de derivação racional as soluções para todo tipo de conflito jurídico. Fundamentalmente supõe a figura de um juiz neutro, mecânico, não criativo. É uma crença mítica, plasmada em uma expressão retórica reiterativa, que ficou sempre no plano conceitual.

Entre as diretrizes retóricas utilizadas pela escola exegética para determinar a vontade do legislador e manter a neutralidade do juiz, é dado destacar os tradicionalmente chamados princípios gerais do direito, os aforismos, as máximas e os adágios, com os quais se aparenta uma interpretação da lei dentro do direito positivo, sem se sair de suas fronteiras, mas cujos moldes internos se completam com valores ambientais externos ao sistema jurídico estabelecido e sempre consoante com o imaginário dos novos donos do poder.¹⁴⁰

Assim, temos que os princípios jurídicos, neste contexto histórico, manifestavam-se através dos princípios gerais do direito, isto é, como meio de preenchimento de lacunas legais e como instrumento de fundamentação de decisão, com certo conteúdo pragmático.

Ainda no Século XIX, esse espécime de princípios terá ampla aplicação no modelo positivista continental, sendo, inclusive, previsto em codificações positivista-legalistas de outros países europeus, como o Código Civil da Itália recém-unificada, promulgado em 1865, que em seu art. 3º previa o seguinte mandamento:

¹³⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 74 e 215.

¹⁴⁰ WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Fabris, 1994, pp. 69-70.

Na aplicação da lei, nenhum outro sentido pode ser atribuído a ela além do manifestado pelo próprio sentido das palavras de acordo com sua conexão, e pela intenção do legislador.

Se um litígio não puder ser resolvido com uma disposição precisa de lei, ela terá em conta as disposições que regulam casos semelhantes ou questões semelhantes: se o caso permanecer duvidoso, será decidido de acordo com os princípios gerais de direito.¹⁴¹

Desta feita, verifica-se a inserção de princípios gerais do direito com natureza aplicativa como elemento de auxílio à interpretação judicial. Nesta esteira, é importante notar, também, que essa prática remete a aspectos ligados ao direito privado, haja vista que as grandes codificações se referiam às condutas humanas, em uma época em que o direito público não recebia substancial atenção dos legisladores.

Além dos princípios gerais do direito, o positivismo legalista fazia uso dos princípios em uma acepção epistemológica, como organizadores dos estudos das longas codificações, sendo oportuno destacar esta particularidade a partir da Jurisprudência dos Conceitos ou Ciência dos Pandectas, movimento positivista do final do Século XIX e início do Século XX formado na Alemanha, que, assim como a Itália, também passava pelo processo de unificação tardia e de codificação de sua legislação civil.

O Pandectismo, conforme elucida José Lamego,¹⁴² é o equivalente alemão à Exegese francesa – guardadas as devidas ressalvas quanto às particularidades de cada país –, de modo que também se caracteriza pela estreita obediência aos preceitos contidos no texto legal ou qualquer outra previsão normativa público-estatal, sendo o juiz um mero reproduzidor silogístico destes sentidos literais.¹⁴³

Por outro lado, enquanto a experiência francesa coloca ênfase na figura do legislador, dado o seu contexto histórico, político e social, a escola alemã do

¹⁴¹ **Codice Civile del Regno D'Italia, Torino, 1865:**

“Nell'applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto paleste dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.

Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o mateie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principii generali di diritto”.

¹⁴² LAMEGO, José. **Heremênutica e Jurisprudência**. Lisboa: Fragmentos, 1990, p. 30.

¹⁴³ SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Tradução de Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 286-287.

positivismo primitivo dá destaque à figura do erudito, da doutrina, em especial Puchta e Bernhard Windscheid.¹⁴⁴

Nesta esteira, ainda em comparação à sua prima gaulesa, a Jurisprudência dos Conceitos parece dar um passo à frente, apostando em um modelo mais sofisticado, no qual os códigos eram formulados de forma sistemática, em uma espécie trilha de conceitos a ser seguida partindo dos aspectos gerais aos mais específicos, os quais são agrupados na forma de uma pirâmide, estruturada de acordo com critérios lógicos formais.

Assim, o Código Civil Alemão, *Bürgerliches Gesetzbuch* ou BGB, elaborado a partir de 1874, promulgado em 1896 e com vigência a contar apenas no primeiro dia do ano de 1900, seguia uma cartilha estrutural, que ficou conhecida como “Modelo dos 5 Livros”, que inicia com o livro da parte geral e avança para as demais divisões, onde se disciplinava as matérias de: direito das obrigações, direito das coisas, direito de família e direito de sucessões, sistema adotado por diversos sistemas jurídicos da *civil law*, como os Códigos Civis da Suíça (1907), Grécia (1946) e Portugal (1966), além dos Códigos Civis brasileiros de 1916 e 2002 e o nosso Código Penal, de 1940, ainda vigente.

Nesta sistemática, os institutos jurídicos eram construídos conforme o avanço da leitura do Código, em uma composição claramente matemática, na qual a solução para a lide estaria desde sempre assentada na estrutura piramidal-sistemática da lei, sem margem para criação dos juízes, mero reprodutores do texto a partir de um ato mecânico de conhecimento dos conceitos lógicos:

Do Código Civil alemão costuma-se dizer que é “uma máquina calculadora jurídica por excelência”, tamanho é seu grau de precisão e cuidado sistemático. As expressões são usadas ao longo de todo o texto com o mesmo sentido. Evita-se a reiteração de noções, substituindo-as por abundantes remissões a outros dispositivos legais. A linguagem é estritamente técnica e o estilo é sóbrio. Trata-se de um monumento jurídico de difícil compreensão para o leigo e até mesmo para juristas estrangeiros. Todavia, os olhos treinados do técnico não podem deixar de elogiar sua precisão.¹⁴⁵

¹⁴⁴ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: RT, 2013, pp. 367-368.

¹⁴⁵ FACCHINI NETO, Eugênio; HAEBERLIN, Martín P. O “estilo” jurídico alemão – breves considerações sobre alguns dos seus fatores determinantes. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 133, p. 245-281, mar/2014. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11459/2/O_Estilo_Juridico_Alemao_breves_consideracoes_sobre_alguns_dos_seus_fatores_determinantes.pdf. Acesso em 04/04/2021.

Assim é que em seus mais de 2.300 artigos, o *BGB* demonstra os claros e ingênuos propósitos de completude e de autossuficiência universal do ordenamento, que pretendia oferecer conceitos aplicáveis a toda e qualquer relação humana, ideais jurídicos que, evidentemente, não se concretizaram, frente à diversidade de condutas e intenções humanas.

Os princípios jurídicos, neste contexto com caráter epistemológico, serviam como diretrizes organizadoras dos códigos, disciplinando o estudo e a análise do conteúdo das leis, sem, no entanto, um caráter aplicativo ou interpretativo em decisões judiciais.

Ainda na Alemanha do início do Século XX, surge uma corrente jurídica em contrariedade ao rígido aspecto sintático-semântico do positivismo legalista dos Pandectistas, a Jurisprudência dos Interesses, primeiro movimento positivista de inspiração sociológica e com ênfase no direito público, em contramão às escolas citadas no item anterior, com seus códigos civis de caráter privatista.

Em contraposição à falácia conceitual do Pandectismo de “*que se possam deduzir logicamente as normas umas das outras, quando na realidade a dedução ocorre a partir de conceitos gerais preexistentes em quem aplica o direito*”,¹⁴⁶ a Jurisprudência dos Interesses se volta contra este reducionismo na análise do direito.

Essa vertente preconizava um estudo sociológico do direito, em que este é examinado a partir da dimensão concreta dos interesses em conflito. Em outras palavras, para suprir os espaços lacunosos da lei, os intérpretes deveriam iniciar pela análise sociológica dos interesses que ensejaram a criação da lei, sendo que, para compor estes interesses em conflito e decidir qual deveria prevalecer, o jurista deveria operar uma ponderação (*Abwägung*), método que viria a influenciar outras correntes de especial relevo no Séculos XX e XXI.

Conquanto positivista, por manter a fidelidade, em regra, à aplicação da lei (fator determinante para que o nacional-socialismo rechaçasse sua aplicação, em vias de permitir aos magistrados que decidisse de acordo com sua vontade), a Jurisprudência dos Interesses admite em casos excepcionalíssimos a prolação de decisões judiciais *contra legem*, promove uma aproximação do direito aos fatos sociais e sugere uma

¹⁴⁶ LOSANO, Mário. **Sistema e Estrutura no Direito**, vol. II. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 164.

interpretação histórica em detrimento do modelo sistemático/literal dos positivismos primitivos, o que manifesta o caráter semântico do direito nesta vertente.¹⁴⁷

Em contrapartida, esta postura propicia uma leitura cultural-valorativa do fenômeno jurídico, que o expõe à ideologia e à política, prejudicando a sua determinação científica.

3.2 POSITIVISMO SEMÂNTICO-SINTÁTICO DE HANS KELSEN

É frente a este caos epistemológico que Hans Kelsen irá professar a mais relevante das obras jurídicas do Século XX, a sua aclamada Teoria Pura do Direito, cujo ponto de partida é a necessidade de oferecer uma solução à indeterminação do direito, propagada pela leitura rigorosamente estática do Pandectismo e o baixo rigor jurídico da Jurisprudência dos Interesses.

Assim, em vias de aprimorar um ideário constituído por uma visão sintática do sistema jurídico, Kelsen oferecerá uma tese semântico-sintática para o direito/ciência do direito.

De forma muito mais elaborada e profunda, o jurista austríaco procura formular um estudo estritamente científico do direito, distante de teorizações sociológicas, psicológicas ou filosóficas que reconduzissem a fundamentos metafísicos, e o faz através de uma cisão entre direito (semântica) e ciência do direito (sintática), sua metalinguagem, em uma operação nitidamente matemática.¹⁴⁸

Nesta esteira, por pretender uma teoria afastada dos valores morais, realizando a estruturação do ordenamento sem interferência de qualquer tipo de relativismo moral ou valorativo, especialmente no que toca à produção da lei, Kelsen sustenta que a validade de uma norma não está condicionada a fatores morais ou de justiça, mas ao fato de ter sido concebida com base em normas superiores previstas no

¹⁴⁷ ABOUD, Georges. **Discricionariedade: alcance da atuação administrativa e judicial no Estado Constitucional**. 2013. Tese (doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 445.

¹⁴⁸ “La ciência del Derecho es concebida por Kelsen como uma espécie de geometria jurídica, que como fiel secuaz de la escuela de Marburgo, poniendo de lado los contenidos de las normas jurídicas y la idea de justicia, se ocupa exclusivamente de delimitar el campo de acción y las formas dentro de las cuales todo orden jurídico debe necesariamente desenvolverse”. WARAT, Luis Alberto in **Epistemologia e ensino do Direito: o sonho acabou**. Coordenadores: DAL RI JÚNIOR, Arno; MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha; ROVER, Aires José. Florianópolis: Boiteux, 2004, p. 247.

ordenamento, o que evidencia o forte caráter sintático desta parte da sua compreensão.¹⁴⁹

Sob essa perspectiva, é importante ressaltar que Kelsen oferece um conceito de norma distinto daquele oferecido pelo positivismo legalista, que a equiparava ao texto da lei, com caráter estritamente estático. O professor austríaco apresenta uma concepção semântica de norma, tendo-a como o sentido que se apreende do texto legal,¹⁵⁰ uma revolução no positivismo jurídico que terá reflexos relevantes na construção de diversas teorias subsequentes.

Assim, o direito, aqui cindido da ciência do direito, irá admitir em maior medida uma análise semântica do ordenamento, uma vez que reconhece os múltiplos significados que descendem dos conceitos que constituem o plano jurídico, ou seja, aceita que julgadores formem um conceito interpretativo e, inclusive, decidam de mais de uma maneira certo caso jurídico, desde que a aplicação deste sentido se consubstancie de forma silogística dentro da “moldura do ordenamento”.¹⁵¹

Com efeito, a questão em torno da interpretação judicial (interpretação autêntica do direito para Kelsen) é uma fusão de um ato de conhecimento, entendido como um processo cognitivo de reconhecimento do problema posto e a descoberta das várias soluções possíveis, e de um ato de vontade, tido como a escolha da mais adequada dentre as hipóteses encontradas:

Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito

¹⁴⁹ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura do direito**, v 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p 46.

¹⁵⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 393-394.

¹⁵¹ “Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 390-391.

efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicada. Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação levada a cabo pela ciência jurídica.¹⁵²

Segundo autor, o direito, em seu sentido semântico, é formado por um relativismo interpretativo inevitável. Assim, apesar de por vezes passar despercebido pela leitura superficial de sua obra, o expoente *juspositivista* não ignora a relação entre direito e valores de justiça e moral, ele apenas pretende ignorar este vínculo na formação de sua ciência do direito, estritamente sintática.

Contudo, o ilustre professor austríaco acaba por reconhecer que justiça e moral são valores inescapáveis ao direito, o que acaba por permitir que juízes inexoravelmente possam se valer das “molduras semânticas” da lei para decidirem de forma diferente, em casos análogos, acarretando em fulgente insegurança jurídica.¹⁵³

Na realidade, Kelsen era um pessimista no que concerne à aplicação do direito, já que o relativismo é, segundo ele, inevitável. Em razão disso, sua teoria é pura no que se refere à formação do sistema jurídico, mas não como teorização da decisão judicial, pois seria impossível alcançar essa pureza no momento de sua aplicação prática.¹⁵⁴

Nesta senda, vê-se que o positivismo normativista de Kelsen é evoluído se comparado aos seus predecessores, por rechaçar a ideia de sentido unívoco da lei ou a completude do ordenamento, ao passo que, em contrapartida, evita tratar de como aplicar o direito:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio

¹⁵² KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 393-394.

¹⁵³ “O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador - a determinar por qualquer forma que seja - ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 247.

¹⁵⁴ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de resposta no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 56-57.

pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.¹⁵⁵

Essa autorização para discricionariedades judiciais do positivismo normativista de Kelsen, ainda latente em nossa cultura jurídica, é oriunda das fortes influências exercidas pela Filosofia da Consciência, especialmente por Kant, e pelo *neopositivismo* do Círculo de Viena, manifestadas na sua análise semântico-sintática do direito e na crença, própria dos seus paradigmas filosóficos, que o julgador possui a liberdade de imprimir os seus conceitos ao ordenamento, em nítida alusão ao modelo Sujeito-Objeto, em que o sujeito *assujeita* o objeto em função da ideia de que o sentido está na mente do homem, e não na coisa em si.

Isto é, o juiz recebe um protagonismo subjetivo de criação, quase que literalmente, do direito (não de sua ciência). Em Kelsen, lembremo-nos, a interpretação é um ato de vontade, no qual o julgador imprime formas de acordo com que entender mais adequado, desde que a apliquei silogisticamente dentro da moldura semântica do ordenamento.

Essa discricionariedade, calcada neste paradigma filosófico equivocados – sejamos justos, ainda em vias de superação na época em que Kelsen publicou a primeira edição da Teoria Pura do Direito – é a causa maior para as deficiências da proposta *kelseneana* para o direito.¹⁵⁶

¹⁵⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 393.

¹⁵⁶ “Daí a importância da discussão do positivismo a partir dos paradigmas filosóficos. Parece indubitável que o positivismo jurídico separa o objetivo do subjetivo, pois somente dessa maneira ele pode se sustentar como positivismo. [...] Cinde o conhecimento do Direito a partir de um olhar externo-descritivo, como se a filosofia fosse o espelho da natureza. O ponto é que, ao fazer essa separação, cai em uma ilusão da qual apenas mostra a sua postura solipsista. [...] No entanto, a tentativa de descrever o mundo independentemente de valorações - pressuposto básico do positivismo - só é possível porque tal separação é feita de forma ficcional, ignorando o modo como compreendemos a realidade, como nos lembra Luís Hebeche.

Ao ignorar essa circunstância, o positivista crê estar "a salvo" em suas descrições, mas, no entanto, o que acaba fazendo, na prática, é legitimar que decisões jurídicas sejam estabelecidas de forma discricionária, sem nenhum elemento objetivo que possa constranger as suas interpretações. Assim, o positivismo (lato sensu) se agarra a uma postura descritivista porque, no plano da aplicação Direito, o subjetivismo do intérprete acaba preenchendo o espaço da normatividade, espaço do qual o próprio positivista separou o plano descritivo, justamente para poder deixá-lo "limpo das impurezas valorativas". Por isso, não deve haver nenhuma perplexidade em se acusar o positivismo contemporâneo de estar vinculado à filosofia da consciência no nível da aplicação do Direito” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 59-60.

Por fim, no que toca a essa vertente positivista, cumpre reparar duas injustiças cometidas contra Kelsen: a primeira, a de que professa um “juiz boca da lei” e a segunda, mais grave e intimamente ligada à primeira, que sua teoria serviu de amparo ao regime totalitário nazista.¹⁵⁷

O *juspositivismo* normativista, como visto, não se iguala ao positivismo legalista no que se refere ao engessamento da interpretação judicial, muito pelo contrário, o grande “calcanhar de Aquiles” da tese, na realidade, é a discricionariedade judicial, justamente o ideário defendido por autores como o próprio Luís Roberto Barroso.

Do mesmo modo, o judeu Hans Kelsen nunca teve o intuito de alicerçar despotismos e arbitrariedades nazistas, tendo sido, inclusive, criticado por juristas nazistas,¹⁵⁸ uma vez que, na realidade, a sua intenção é impedir a interferência de juízos de valor (justo ou injusto) sobre a construção de validade do ordenamento, exatamente em razão de não haver como definir o que é bom ou o que é mau.¹⁵⁹

Em verdade, a história nos mostra que o nacional-socialismo não promoveu uma revolução legislativa para implementação de sua asquerosa ideologia. Ao revés, a articulação do “regime jurídico” nazista se consubstanciou em um movimento *contra legem*.

Na Alemanha do início do Século XX, era notória a insatisfação dos juízes com as amarras legislativas, a redução dos salários e do prestígio social e jurídico. Já na primeira década dos noventa, movimentos liberais, de esquerda e a conservadora Associação dos Juízes Alemães postulavam uma maior liberdade interpretativa judicial. Com a proclamação da República de Weimar, em 1920, as tensões entre legislativo e judiciário se acentuaram, além disso, os magistrados operavam com

¹⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, t. III, 2005, p. 12.

¹⁵⁸ “Pero interesante es también señalar que va durante la época de Hitler el positivismo kelsiano había sido rechazado como opuesto a la ideología nacional-socialista. Em um livro dedicado a la Juventud Hitlerista, Hans Helmut Dietze escribía em 1936: “Con buenas razones.podria plantearse la cuestión de si el apartamento do derecho com respecto al sentimiento ético que se nota em el Pueblo, no es tanto la consecuencia del derecho natural sino de su rival, el positivismo”. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Introducción. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto (Compilador). **Derecho y filosofía**. Barcelona: Editorial Alfa, 1985, p. 6.

¹⁵⁹ “Não há nenhuma possibilidade racional de inferir, daquilo que é, aquilo que deve ser ou que deve ser feito. Uma vez que a bondade é inconcebível sem a maldade, não apenas o ser e a bondade, mas também o ser e a maldade são indissociáveis. Uma vez que, em si, o ser não contém nenhum critério que nos permita distinguir o bem do mal – o bem não é mais ou menos ‘ser’ do que o mal –, não é possível chegar ao conhecimento daquilo que devemos fazer através daquilo que somos; somos tão bons quanto maus” KELSEN, Hans. **A democracia**, A democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 383.

maior frequência o controle de constitucionalidade difusa das leis, expandindo o seu poder interpretativo.¹⁶⁰

Aliado a isso, nas décadas de 1920 e 1930, antes mesmo da tomada do poder pelos nazistas em 1933, o ambiente jurídico e social já estava tomado pela ideologia nazifascista de Hitler, sendo a doutrina e a jurisprudência complacentes com um novo modelo interpretativo de inserção de valores em face da literalidade da lei, indo na contramão dos postulados positivistas e se aproximando de um “direito natural valorativo”.¹⁶¹

Mesmo após a ascensão do regime nazista no ano de 1933 e a promulgação de leis de convergentes com a espúria ideologia, o judiciário continuava a reverberar os preceitos autoritários e antissemitas, de forma discricionária, na condição de protetores dos “valores do povo alemão”, como vemos desta passagem da brilhante obra do celebrado penalista Eugenio Raul Zaffaroni:

Estes deveres eram certamente éticos, mas se elevavam a jurídicos, porque a fonte do direito era a comunidade popular e não o Estado, e a diferença entre ética e direito não tinha desaparecido.

O juiz tinha por missão verificar em cada caso se um desses deveres havia sido violado e, em verdade, o direito escrito (o Estado) não fazia mais do que orientá-lo nessa tarefa. **Porém, se advertisse que o direito escrito o levava a uma solução que não correspondia àquilo indicado pelos deveres éticos jurídicos que marcavam as pautas emanadas da comunidade popular, devia deixar de lado o direito escrito e reger-se pelo que exigia a comunidade popular.** Por isso, não era plausível, nesta cosmovisão, o princípio da legalidade, derogado com a introdução da analogia do § 2º do código penal do *Reich* (grifo nosso).¹⁶²

¹⁶⁰ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap), n. 58, p. 183-202, 2000. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Acesso em: 18/04/2021.

¹⁶¹ “La transformación del Derecho operada de acuerdo con la ideología nacionalsocialista no fue, em amplios ámbitos del ordenamento jurídico, consecuencia de una legislación revolucionaria, sino el solo resultado de una complaciente reinterpretación del Derecho vigente. La ideología jurídica oficial del nacionalsocialismo estaba más cerca ideológicamente del pensamiento jusnaturalista que de una concepción positivista – a pesar del fuerte contraste material con los sistemas de Derecho natural tradicionales”. NEUMANN, Ulfrid. Positivismo jurídico, realismo jurídico y moralismo jurídico en el debate sobre “delincuencia estatal” en la anterior RDA. **Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho**, n. 17-18, p. 435-444, 1995. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1995-n17-18-positivismo-juridico-realismo-juridico-y-moralismo-juridico-en-el-debate-sobre-delincuencia-estatal-en-la-anterior-rda>. Acesso em 19/04/2021.

¹⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina Penal Nazista: A dogmática penal alemã entre 1933 a 1945**. Tradução e comentários de Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 62-63.

Essa posição ganhava eco na doutrina da época, sobretudo os expoentes Carl Schmitt e Karl Larenz.¹⁶³ Curiosamente, este último apregoaria, anos depois, a mesma tática de inserção de valores ao ordenamento para desfazer as atrocidades nazistas que ajudou a construir.

Assim, verifica-se que, ao contrário do que reverberado por alguns segmentos da doutrina, a imposição do regime nazista não se valeu de postulados positivistas e de estrito cumprimento à literalidade legal, tampouco da teoria exposta por Kelsen, pelo contrário, utilizou-se da discricionariedade judicial *contra legem*, com uma suposta reinserção de valores, para sedimentação da sua atroz ideologia, estratégia que seria formalmente adotada pela corrente jurídica posterior, mas com conteúdo diverso.

3.3 JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES E A CONCEPÇÃO SEMÂNTICO-PRAGMÁTICA DE ROBERT ALEXY

No contexto pós Segunda Guerra, com a derrota dos países do Eixo e a completa rejeição a qualquer relação com o nazismo, a República Federal Alemanha (nação alemã fixada na parte ocidental da divisão operada entre os países aliados) precisava reestruturar seu modelo constitucional e político, o que ensejou a promulgação da Lei Fundamental da Alemanha (*Grundgesetz*) e o surgimento da Jurisprudência dos Valores.

Embora fosse necessária uma ruptura com o modelo nazista, este rompimento epistêmico não se calcou em uma aversão ao positivismo legalista de Hitler, mesmo porque, como visto, o nacional-socialismo não tinha este jaez. Assim, em que pese muitos autores da época, como Gustav Radbruch e Karl Larenz invoquem uma necessidade de superação do arquétipo nazi-legalista, o que se tem com a Jurisprudência dos Valores é uma renovação bastante *sui generis*, que inaugura

¹⁶³ “El juez está obligado a reconocer y aplicar toda ley que entre en vigencia por la voluntad del Führer; pero tiene que aplicarla de acuerdo com el espíritu del Führer; de acuerdo com la actual voluntad jurídica, com la idea concreta del derecho de la comunidad. En el Estado popular (völkisch), el derecho no se agota em la ley ni la ley existe aisladamente. Tiene que ser colocada en el contexto total del derecho viviente y estar apoyada por la voluntad de la comunidad en la que basa su validez”. LARENZ, Karl. Em *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Tubinga, 1934, apud GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Introducción. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto (Compilador). **Derecho y filosofía**. Barcelona: Editorial Alfa, 1985, p. 10.

algumas tendências e retoma outras, principalmente da Jurisprudência dos Interesses positivista.

De início, a principal revolução jurídica da época é a constitucionalização do direito, em que a Constituição alemã opera um remapeamento global do direito público em face da força normativa dos direitos fundamentais.¹⁶⁴

Curiosamente, neste contexto, há a reinserção de um valor positivista, de que a lei, no caso a Constituição, oriunda do Estado, é a principal fonte do direito, abandonando a ideologia nazista de que a fonte do direito seria a *comunidade do povo hitlerista*.¹⁶⁵

Por outro lado, essa constitucionalização representa, também, a invasão de valores no ordenamento jurídico, principalmente da dignidade da pessoa humana, prática que guarda certa semelhança com o método formal nazista de inserção da sua ideologia, que, no direito, se deu a partir do reconhecimento de “valores do povo alemão”, com conteúdo nitidamente diverso.

Neste prisma, é necessário ressaltar que, embora a legislação volte a ter um papel de destaque, não se pode dizer que tenha retornado aos parâmetros legalistas dos novecentos, uma vez que esta inserção de valores com a finalidade de fornecer “justiça”, em um explícito retorno de elementos *jusnaturalista*, representou uma expansão do poder judicial e de sua discricionariedade, sobretudo por conta do protagonismo do Tribunal Constitucional Federal na análise da constitucionalidade das leis.

Em vista disso, sob a “fórmula de Radbruch”¹⁶⁶ e a doutrina de outros autores, como Karl Larenz, anterior expoente nazista e naquele momento respeitado jurista alemão, a Jurisprudência dos Valores apregoa a possibilidade de uma separação entre *jus* e *lex*, escorada no fundamento de que se a aplicação do direito positivo se mostrar insuportavelmente injusta, a justiça deverá prevalecer.

¹⁶⁴ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: RT, 2013, p. 375.

¹⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina Penal Nazista: A dogmática penal alemã entre 1933 a 1945**. Tradução e comentários de Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 62-61.

¹⁶⁶ “O conflito entre a justiça e a segurança jurídica poderia ser bem solucionado no sentido de que o direito positivo estatuído e assegurado pelo poder tem prevalência, ainda que por seu conteúdo seja injusto e inconveniente, salvo quando o conflito da lei positiva com a justiça alcance uma medida tão insuportável que a lei, como direito injusto, deva ceder lugar à justiça” (tradução nossa) – RADBRUCH, Gustav. **El hombre em el derecho**. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 37.

Isto se deve, dentre outros vários fatores, ao fato de que, mesmo após a promulgação da Constituição Alemã de 1949, o Tribunal Constitucional do país precisou se pronunciar com relação a conflitos ocorridos sob a égide do direito nacional-socialista, o que significaria, sob o brocardo *tempus regit actum*, aplicar leis nazistas. No entanto, em pleno período de reconstrução da democracia alemã, a reputação do país estava em jogo e uma ruptura total com o antigo regime era necessária para preservar a sua imagem no exterior.

Desta forma, para legitimar suas decisões e, ao mesmo tempo, não reafirmar as leis e valores nazistas, a Corte passou a fundamentar suas decisões em princípios axiológicos-materiais, que remetiam a fatores *extra legem* ou até *contra legem*. Em consequência disso, passam a surgir nas decisões do Tribunal Constitucional fundamentações com menções a “cláusulas gerais”, “enunciados abertos” e, em maior proporção, os “princípios”, elementos que passam a ser constitutivos da normatividade e são reconhecidos independentemente da lei ou apesar dela.¹⁶⁷

É neste contexto que a argumentação do direito passa a comportar com maior ênfase os princípios, não apenas como ou *princípios gerais do direito* ou aqueles de natureza epistemológica, mas os *princípios constitucionais*, de forte caráter pragmático-aplicativo, como orientadores da decisão judicial e alicerces do modelo constitucional, ainda não vistos até aquele momento histórico.

Nesta esteira, como forma de equalizar eventuais conflitos entre estes enunciados, a Jurisprudência dos Valores passa a adotar um mecanismo de justificação da validade dos seus princípios e valores, através de um elemento decisivo para os conceitos debatidos neste trabalho: a ponderação, um mecanismo decisório traçado para escolher o valor predominante em determinado caso jurídico, que alguns anos depois seria revisto e elevado por Robert Alexy, principal jusfilósofo desta corrente.

Apesar de partidário do âmago da Jurisprudência dos Valores, Alexy formula sua teoria em vias de combater a exagerada discricionariedade, praticamente um flerte com um relativismo *jusnaturalista*, proporcionada pelo uso de princípios e enunciados abertos no início da Jurisprudência dos Valores.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 230.

Frente aos questionamentos relacionados às manifestações jurisprudenciais deste jaez, o professor alemão concebe sua teoria com forte influência de Gustav Radbruch e de Hans Kelsen, fornecendo um novo olhar sobre a fundamentação das decisões judiciais e os conceitos de normas, regras e princípios, e visando a redução da discricionariedade judicial calcada na abertura do sistema estimulada pelos princípios.

Com elevado destaque na academia e na jurisprudência, Robert Alexy se consolidou como um expoente tardio da Jurisprudência de Valores, como é possível verificar de seus dois tratados mais significativos, a Teoria da Argumentação Jurídica (1978) e Teoria dos Direitos Fundamentais (1985), ambas influências permanentes de juristas em todo *civil law*, sobretudo o brasileiro, haja vista que o jurista alemão é, ainda, uma das maiores (senão a maior) influência doutrinária estrangeira nas cortes superiores brasileiras, razão pela qual a sua teoria merece especial relevo neste estudo.

Na obra Teoria da Argumentação Jurídica, ao tratar do discurso e da argumentação jurídica, Alexy fornece as bases para a sua compreensão da vinculação inescapável entre direito e moral, a partir da *tese de integração* (diferente da tese de integridade de Dworkin) e dos seus conceitos da *pretensão de correção* e do *caso especial*.

Reconhecendo uma insuficiência metodológica na técnica da “ponderação de valores” do Tribunal Constitucional alemão e visando enfrentar o problema da indeterminação do direito, Alexy propõe uma teoria racional da argumentação jurídica, uma atividade linguística por ele designada genericamente de “discurso”.

Segundo o professor alemão:

“os discursos são um conjunto de ações interconectadas nos quais se comprova a verdade ou a correção das proposições. Os discursos em que se trata da correção das proposições normativas são discursos práticos. O discurso jurídico, como se mostrará, pode-se conceber como um caso especial do discurso prático geral que ocorre sob condições limitadas, como a lei, a dogmática e o precedente”¹⁶⁸.

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 175.

Assim, para Alexy, o direito sempre envolverá a correção ou a *pretensão de correção* dos enunciados normativos, sendo o discurso jurídico um *caso especial* (ou uma espécie) do discurso prático geral.

Neste diapasão, os discursos jurídicos podem se apresentar de diversas formas, como: deliberações dos juízes, debates nos tribunais, tratamento de questões jurídicas nos órgãos legislativos, discussão de questões jurídicas entre estudantes, advogados ou outros juristas e até mesmo em discussões sobre problemas jurídicos nos meios de comunicação em que surjam argumentos jurídicos. Todas estas formas podem apresentar substanciais diferenças, como a institucionalização ou não do debate, a imposição ou não de limites temporais, a vinculação ou não das decisões, dentre outras, mas todas elas possuem um aspecto elementar comum: a restrição ao direito vigente (lei, dogmática, precedentes, limitações processuais do ordenamento).¹⁶⁹

Ocorre que, segundo o autor, a pretensão de correção que se coloca nos discursos jurídicos resta ameaçada por conta dessa vinculação ao direito posto e das limitações dela advindas, uma vez que o enunciado jurídico deve ser não só racional, mas racionalmente fundamentado e muitas das vezes esta fundamentação racional não é alcançável apenas por argumentos especificamente jurídicos ou normativos.

Por conta disso, nestes casos se faz necessária a união dos argumentos jurídicos aos argumentos do discurso prático em geral, o que implica em recepcionar a inserção de elementos morais, éticos e pragmáticos à argumentação jurídica, que Alexy chama de *tese da integração*.¹⁷⁰

Ou seja, para o professor alemão, os elementos valorativos não só existem (como preconiza Kelsen),¹⁷¹ mas são necessários para argumentação jurídica, posto que nem sempre a lei escrita cumpre sua função de resolver um problema jurídico de forma justa, hipóteses em que a decisão judicial deve preencher esta lacuna com base nos critérios das razões práticas e das concepções gerais de justiça consolidadas na

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 204-205.

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 34.

¹⁷¹ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de resposta no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 58.

coletividade, isto é, por argumentos baseados em valores,¹⁷² que mais tarde o autor designará como princípios, elementos de abertura do sistema fechado de regras.

Assim, o discurso prático racional geral é aplicado em vias de corrigir os desvios do discurso jurídico e de colocá-lo em rota com a racionalidade e o compromisso com valores éticos:

A pretensão de correção aparece como a entrada do discurso prático geral no discurso jurídico enquanto caso especial. É o discurso prático geral que deverá 'corrigir' os desvios do discurso jurídico. Trata-se de uma pretensão de fundamentação racional do ordenamento jurídico cujo marco de racionalidade não é dado pela razão pura, mas pela razão prática entendida numa dimensão axiológica, muito próxima àquela proposta por Gustav Radbruch e a fórmula do direito injusto.¹⁷³

Essa tentativa de racionalizar o discurso do direito para sua aplicação se manifesta através da ponderação de princípios, um juízo valorativo através do qual o discurso prático ingressa no discurso jurídico. Trata-se de um procedimento de natureza matemática, que visa mitigar a discricionariedade judicial, mas que deságua em inexoráveis decisionismos.

Apesar de se enxergar como um “pós-positivista” ou “*não positivista*”, por não acolher a máxima de separação entre direito e moral desta corrente, Alexy apresenta, com forte influência do positivismo *kelseneano*, uma definição semântico-sintático de norma, entendida como o significado de um enunciado normativo de caráter deontico de que se pode deduzir uma proibição, uma permissão ou uma ordem que confere poder para agir de determinada forma.¹⁷⁴

Além disso, a forma de aplicação dessa norma se assemelha ao silogismo positivista, também presente em Kelsen, haja vista que os conceitos semânticos são aplicados ao caso através da subsunção.

Por outro lado, as discordâncias com Kelsen e, portanto, a ruptura com o positivismo lógico-normativista reside no fato de que o jurista alemão reconhece a indeterminação do direito como um problema, isto é, há preocupação com o caráter prático (pragmático) da ciência jurídica. Neste diapasão, Alexy defende a *tese da*

¹⁷² ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 39.

¹⁷³ OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 183.

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 53-55,

vinculação, segundo a qual o direito é formado não apenas pelos elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social, mas também por elementos morais.¹⁷⁵

Assim, esse *dever-ser* da norma está vinculado a formas não só pura e logicamente deônticas, mas também a enunciados normativos de cunho axiológicos:

Para Alexy, princípios jurídicos servem como conteúdo axiológico (e, portanto, valorativo e ideológico) de “correção” do discurso jurídico. Alexy se movimenta na dinâmica do “neoconstitucionalismo” denunciado no primeiro capítulo: constata que a insuficiência do ordenamento positivista deu-se pela rigidez das regras e pela ausência de preocupação com o conteúdo, e introduz valores no Direito, sem a mesma preocupação que até mesmo Kelsen teve ao teorizar sobre o relativismo das posições axiológicas. Com isso, a teoria alexiana prevê nos princípios uma maneira de abertura do sistema (que era “fechado” até então pela ficção da completude das regras).¹⁷⁶

Neste contexto, Alexy diferencia qualitativamente as normas (gênero) em regras e princípios (espécies):

As primeiras são entendidas como mandados de definição, aplicadas de forma a definir condutas, e que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, isto é, se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Já

¹⁷⁵ Em obra ligeiramente mais recente, publicada originalmente em 1997, o jurista alemão discorre sobre os elementos de definição de direito:

“O principal problema na polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral. Apesar de uma discussão de mais de dois mil anos, duas posições fundamentais continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista.

Todas as teorias positivistas defendem a *tese da separação*. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. A tese da separação postula que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige, ou entre o direito como ele é e como ele deve ser. O grande positivista jurídico Hans Kelsen resumiu essa ideia na seguinte fórmula: ‘Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito’.

Assim, ao conceito positivista de direito restam apenas dois elementos de definição: o da legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade e o da eficácia social. As numerosas variantes do positivismo jurídico resultam das distintas interpretações e ponderações desses dois elementos de definição. Todas elas têm em comum o fato de considerarem que o que é direito depende exclusivamente do que é estabelecido e/ou eficaz. Uma correção quanto ao conteúdo, seja de que natureza for, não tem nenhuma importância.

Em contrapartida, todas as teorias não positivistas defendem a *tese da vinculação*. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais. Apesar disso, nenhum não positivista que deva ser levado a sério exclui do conteúdo de direito os elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social. O que diferencia do positivista é muito mais a concepção de que o direito deve ser definido de forma que, além dessas características que se orientam por fatos reais, inclua elementos morais” (ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, pp. 3-5).

¹⁷⁶ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de resposta no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 139.

os princípios são mandados de otimização, tomados como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, podendo ser satisfeitos em graus variados a depender das possibilidades jurídicas.¹⁷⁷

Esta distinção entre regras e princípios se mostra mais clara no caso de conflitos entre padrões normativos de mesma espécie.

Em função de estarem sujeitas à subsunção, na hipótese de haver um conflito entre duas regras, este se dará em uma dimensão de validade e comportará duas soluções possíveis de justificação interna: **(i)** ou se introduz em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou **(ii)** é declarada a invalidade de uma delas e, por conseguinte, o seu afastamento do ordenamento, posto que ou uma regra é válida ou não é. Este tipo de conflito possui nítido caráter sintático-semântico, de modo que a sua solução é formulada em um procedimento silogístico de mesma natureza.

Já a situação envolvendo os princípios é mais complexa, em razão destes coexistirem sistematicamente e se limitarem reciprocamente por possuírem o elemento de otimização. À vista disso, é comum que haja colisão entre essa espécie de normas, o que não significa que um será declarado inválido ou que seja necessária a introdução de uma cláusula de exceção, como no caso das regras.

Em verdade, a precedência de um princípio sobre o outro dependerá das condições do caso concreto, sendo possível que um princípio “x” se sobreponha a um princípio “y” em uma hipótese, e em outra ocorra o contrário, denotando o jaez semântico-pragmático do expediente de resolução do conflito. Fazendo referência ao conceito de Ronald Dworkin, embora partam de paradigmas jurídico e filosóficos distintos, Alexy afirma que a colisão entre princípios se sucede em uma dimensão de peso.¹⁷⁸

Diante desta complexidade, a solução para o caso exigirá a sua análise com base na máxima da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), que se divide

¹⁷⁷ “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios reside em que os princípios são normas ordenadoras de que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. (...) As regras, ao contrário, só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. (...) Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é uma regra, ou é um princípio” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 90-91).

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 90-91, em especial nota 31.

em três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Estes subprincípios são todas expressões da ideia de otimização, sendo que as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandados de otimização em face das possibilidades fáticas, enquanto que a proporcionalidade em sentido em face das possibilidades jurídicas.¹⁷⁹

É na aferição deste último subprincípio que se dá o procedimento da ponderação de princípios, que segue a lógica da “Lei de balanceamento ou ponderação”, traduzida em “quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro”.¹⁸⁰

Trata-se de um procedimento interpretativo-valorativo de sopesamento entre um princípio colidente e outro, que se consubstancia em um arranjo matematizante, dividido em três etapas:

Segundo a lei da ponderação, a ponderação deve realizar-se em três graus. No primeiro grau deve ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, então, da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação no sentido restrito e verdadeiro.¹⁸¹

O resultado do procedimento e da análise do conflito de princípios sob a ótica da máxima da proporcionalidade culminará em uma regra específica para o caso concreto, denominada “regra de direito fundamental adstrita”, que deverá ser aplicada, como toda regra, pelo critério da subsunção (silogismo).

Destarte, para o jusfilósofo alemão, a ponderação constitui um mecanismo de racionalização do discurso prático, voltado à redução da discricionariedade do julgador quando da aplicação de elementos normativos abertos, de alto grau de generalidade e dotados de forte carga axiológica.

Neste diapasão, pode-se dizer que a teoria *alexiana* é semântico-pragmática, uma vez que admite a interpretação sintático-semântica de *subsunção*, própria do

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 117-118.

¹⁸⁰ ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n.2, 2003. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4191688/mod_resource/content/1/Leitura%20Obrigat%C3%B3ria%20Semin%C3%A1rio%202007%20%28texto1%29.pdf> Acesso em 02/02/2021.

¹⁸¹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo – 3. ed. rev.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 68.

positivismo legalista, para os casos de aplicação de regras, ao passo que atrela o emprego dos princípios de forma pragmática, em que em cada caso haverá um procedimento para aferição de qual princípio prevalecerá e será aplicado como uma regra, novamente sintático-semanticamente.¹⁸²

Ocorre que, para Alexy, o resultado prático moral deste procedimento não é um elemento essencial à solução do caso, bastando a obediência às etapas esquemáticas, isto é, o conteúdo moral da decisão produzida e a sua correção não é aferida por esta metódica, mas apenas o cumprimento do “passo-a-passo” determinado pela teoria.

Em função desta indiferença ao caráter pragmático da decisão judicial *alexiana*, tem-se, novamente, a matematização do direito e a insistente/atrasada permanência da Filosofia da Consciência, desta vez por meio de um procedimento lógico-formal, típico do sistema jurídico romano-germânico, em que toda e qualquer resposta à discricionariedade busca numa justificação axiomática-dedutiva. Está é, inevitavelmente, matemática, por conta da naturalização do discurso jurídico e da generalização de estruturas formais em contextos semânticos-sintáticos, especialmente a aplicação silogística do direito.

Obtém-se como resultado, ao final, uma tese que visa atenuar as decisões discricionárias, mas que culmina em cancelar relativismos travestidos em fundamentação sob o manto de um procedimento matemático-dedutivo com fortes traços semântico-sintáticos, haja vista que a percepção de quais princípios ou valores estão em conflito e qual deles deve preponderar é operada por um sujeito cognoscente que *assujeita* o objeto através de um esquema procedimental primordialmente matemático.

Resta clarividente, portanto, que Alexy adota uma teoria semântico-pragmática, calcada em um paradigma filosófico ultrapassado, em detrimento de uma postura mais próxima da faticidade e da existência, isto é, pragmática-semântica,¹⁸³ como defendem Hans-Georg Gadamer e, posteriormente, Friedrich Müller e Ronald Dworkin.

¹⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 595.

¹⁸³ OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 231.

Lenio Streck, ao analisar a construção *alexiana* de interpretação, oferece preciso diagnóstico sobre os deficientes pressupostos fundantes da sua e das demais teorias da argumentação:

Veja-se, entretanto, que a herança kelseniana do decisionismo não foi superada até hoje e que a discricionariedade hartiana foi, de algum modo, reapropriada pelas teorias argumentativas, mas sob o manto de uma racionalidade argumentativa com a pretensão de dar solução ao problema de uma pós-metódica. Com efeito, a teoria da argumentação alexiana, tese que mais tem sido utilizada na tentativa de solucionar os dilemas destes tempos pós-positivistas (que hoje, em face do desgaste do termo "pós-positivismo, prefiro chamar de não positivismo)- embora seus avanços -, não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo: a discricionariedade. Esse fato, aliás, é reconhecido pelo próprio Alexy, no posfácio que compõe a edição da tradução para o português, corroborando, assim, aquilo que importantes adeptos de sua teoria da argumentação, como Prieto Sanchís e Manuel Atienza, já afirmavam/aceitavam de há muito, isto é, que a ponderação estava umbilicalmente ligada à discricionariedade judicial.¹⁸⁴

Este ideário "pós-positivista" de Alexy e da Jurisprudência dos Valores, com o passar dos anos e a recuperação da cultura e a restabilização da nação alemã como um todo, dará guarida ao constitucionalismo europeu pós-segunda guerra e, mais tarde, no Brasil, àquilo que se autodenomina *neconstitucionalismo*¹⁸⁵ ou "pós-positivismo",¹⁸⁶ como superação, em tese, do positivismo em suas duas frentes: a tese das fontes sociais do direito e a eventual desvinculação entre o direito e a moral.

Luís Roberto Barroso, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal e um dos principais expoentes dessa vertente brasileira, defende uma redefinição da relação entre regras e princípios e uma maior flexibilização à hermenêutica constitucional sob forte influência da teoria *alexiana*:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram

¹⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 269.

¹⁸⁵ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação jurídica**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 29.

¹⁸⁶ As aspas se justificam no fato de que, apesar de se intitular pós-positivista, esta corrente não se relaciona com a teoria de Friedrich Müller, percussor do termo e da mentalidade pós-positivista, como veremos à frente.

abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.¹⁸⁷

A descrição de Barroso, assim como a tese que lhe inspira, expõe uma ideia que nos parece equivocada quanto ao que é/deve ser o direito, sobretudo por supor que o positivismo seria a aplicação da “letra fria da lei” e que para ultrapassar este problema seria necessário a inserção de valores normativizados através de princípios.

Isso porque as formas mais elaboradas do positivismo normativo, principalmente aquela encabeçada por Kelsen, o mais influente dos autores positivistas do continente, não relacionavam a subsunção mecânica à lei como forma de aplicação do direito. Ademais, mesmo no positivismo, o direito sempre teve uma forte carga axiológica e valorativa, como visto no corpo deste trabalho, o próprio Kelsen admitia em sua Teoria Pura do Direito a impossibilidade de separação de direito e moral. Assim, este *neoconstitucionalismo* superou tão somente o positivismo mais primitivo, ambientado no positivismo exegético e na Jurisprudência dos Conceitos.

Na verdade, como preconiza Lenio Streck, o *neoconstitucionalismo* brasileiro se baseia em uma recepção equivocada dos ditames da Jurisprudência dos Valores, da teoria da ponderação de Robert Alexy e do sistema jurídico norte-americano:

Destarte, passadas duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse “neoconstitucionalismo” acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. [...]

Ora, sob a bandeira “neoconstitucionalista” defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, como: *neoprocessualismo* e *neopositivismo*. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo (vide,

¹⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 240, 1-42, abr/jun. 2005.

neste sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual).¹⁸⁸

Com efeito, este fenômeno jurídico brasileiro ainda em voga (e cada vez mais relevante) não supera o positivismo, pelo contrário, mantém-se sobre o mesmo paradigma da Filosofia da Consciência e do modelo Sujeito-Objeto (S-O), com o mesmo conceito semântico *kelseniano* de norma e proporcionando discricionariedades, tal qual o positivismo pré-Segunda Guerra Mundial. Em verdade, tentou-se apagar a fogueira com litros de gasolina.

Baseada nesta confusão de conceitos e recepção equivocadamente sincrética de teorias estrangeiras de culturas jurídicas distintas, o *neoconstitucionalismo* apregoa um modelo jurisprudencialista, que, ao defender a normatividade dos princípios jurídicos, a “primazia da constituição” e o deslocamento do controle jurisdicional da legalidade ao controle jurisdicional da constitucionalidade,¹⁸⁹ acaba por dar azo a um modelo nocivo à democracia, sobretudo por autorizar ativismos judiciais e decisionismos, constantes ameaças à segurança jurídica e ao postulado de igualdade constitucional.¹⁹⁰

Esse relativismo se manifesta também através de fenômenos jurídicos preocupantes no campo das decisões judiciais, como o *pan-principiologismo*, termo cunhado de forma bastante perspicaz por Lenio Streck e por ele assim definido:

Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses “princípios”) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da “afetividade”, um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de “panprincipiologismo”, caminho perigoso para um retorno à “completude” que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na “ausência” de “leis apropriadas” (a

¹⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 90.

¹⁸⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação jurídica**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.

¹⁹⁰ “Muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloqüentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.” SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Lúmen Juris, 2006, p. 200.

aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete “deve” lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um “princípio” aplicável, o próprio intérprete pode cria-lo. Em tempos de “dessa principiologia” e “textura aberta”, tudo isso propicia a que se dê um novo *status* ao velho *non liquet*. Isto é, os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto “programa normativo-vinculante”, mas, sim, em um conjunto de enunciados criados *ad hoc* (e com funções *ad hoc*), que, travestidos de princípios, constituem uma espécie de “supraconstitucionalidade”.¹⁹¹

Desta feita, a partir de uma série de percepções subjetivas, sejam elas morais, políticos ou jurídicos, julgadores invocam “princípios” sem uma devida contextualização do seu conteúdo jurídico (muitas vezes por este ser inexistente) para formar uma superioridade decisória. Os princípios passam a ser um instrumento de justificação vazia de conteúdo, mas de grande autoridade argumentativa (esta também vazia em seu âmago, mas aparentemente concreta). Na verdade, a partir de nomenclatura imponente, estes “*princípios*” se consubstanciam apenas em valores morais não necessariamente assimilados pelo ordenamento, servindo de fundamentação retórica para decisões não-jurídicas escoradas em elementos de caráter pessoal e subjetivo.¹⁹²

Trazendo o *princípio da confiança no juiz da causa* à baila, tem-se que, embora o raciocínio que o caracteriza fosse aplicado anos antes da Segunda Grande Guerra e a sua origem envolva outros contextos históricos e jurídicos e que tenha sido aplicado antes da popularização do *neoconstitucionalismo*, é certo que a explosão de julgados que o invocam e a sua expansão a outros campos do direito tiveram influência direta deste movimento de “*principiologização*” do direito, com ênfase a partir do início dos anos 2000.

A teoria principiológica e procedimentalista semântico-pragmática de Robert Alexy, tampouco o ideário *neoconstitucionalista* que inspirou, não superou as premissas básicas do positivismo e, por isso, sofrerá forte resistência teoria jurídica verdadeiramente pós-positivistas (agora sem aspas) de Friedrich Müller e Ronald Dworkin, as quais formam o quadro referencial teórico da presente dissertação e se

¹⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 564-565.

¹⁹² REGO, Eduardo de Carvalho. **O controle de constitucionalidade como principal instrumento à disposição do Judiciário em sua consolidação como superpoder**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018, p. 205.

mostram as mais adequadas à compreensão e aplicação do direito pelas razões que se passa a expor no tópico subsequente.

3.4 O PÓS-POSITIVISMO DE FRIEDRICH MULLER

Embora muitos teóricos e correntes jurídicas se auto intitulem pós-positivistas, como é o caso de Robert Alexy e os *neoconstitucionalistas*, esta alcunha está reservada à obra de Friedrich Müller,¹⁹³ sendo este, aliás, o primeiro a utilizar o termo em 1971, na obra *Juristische Methodik*.

Já a partir da década de 1970 – mas especialmente a contar de 1984, ano de publicação da sua principal obra, *Teoria Estruturante do Direito* – Müller passa a propor uma teoria que, de fato, visa superar o âmago do ideário positivista: o conceito de norma, seja ele sintático e mais primitivo, cristalizado na Exegese e na Jurisprudência dos Conceitos, que igualava lei (texto) e norma, seja a conceituação semântico-sintática do positivismo normativista *kelseneano* e da Jurisprudência dos Valores, que tinha como norma o sentido do texto, ambos ancorados no ideário da Filosofia da Consciência, conforme já exposto.

No que se refere ao positivismo primitivo exegético e conceitualista, Müller afirma que com a insistência na mera positividade do direito e reificação de conceitos jurídicos em mera existência, subtraída à realidade efetiva da vida, o positivismo aceita o preço da redução ou a perda da normatividade e sucumbe à conversão em uma metafísica de má qualidade.¹⁹⁴ Conforme repetido exaustivamente em tópicos

¹⁹³ “Vale ressaltar que a definição de *pós-positivismo* remonta a Friedrich Müller e a sua proposta de redefinição do conceito de norma – ultrapassando, assim, o conceito semântico de norma que caracterizava o positivismo normativista. Todavia, principalmente na doutrina espanhola a partir de Alberto Calsamiglia e outros argumentativistas, passou-se a caracterizar o *pós-positivismo* como uma corrente que se ocupa com questões argumentativas próprias da indeterminação do direito, o que havia sido relegado pelo positivismo. Se é certo que a problemática da indeterminação do direito e da interpretação é um problema central para as posturas pós-positivistas, entendemos que a tese de Müller é crucial para que uma teoria *pós-positivista* não caia numa armadilha comum: tentar criticar o positivismo com as mesmas ferramentas conceituais de que se valia para construir suas epistemologias jurídicas. O conceito central de todo positivismo é, certamente, o conceito (*semântico*) de *norma*. Desse modo, afirmar que o *pós-positivismo* possui uma nova teoria da norma simplesmente por “elevar” os princípios à condição de verdadeira norma jurídica, não transforma, radicalmente, o conceito de norma do positivismo. Apenas a colocação do conceito num âmbito pragmático que supere os dualismos entre direito e realidade, ser e dever-ser”. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 170.

¹⁹⁴ MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 19-20.

anteriores, o legislador não possui a capacidade de antecipar absolutamente todas as ações humanas, de modo que a completude do ordenamento constitui apenas um mito que resulta em discricionariedades judiciais.

Já com relação ao positivismo normativista, fica evidente o profundo respeito devotado pelo autor à obra de Hans Kelsen, sobretudo no que tange às questões epistemológicas. Entretanto, Müller percebe as fragilidades teóricas e metodológicas do positivismo normativista quanto à práxis jurídica de interpretação e decisão judicial, por conta da insegurança jurídica e incapacidade de concretização do direito, oriundas dos esquemas *kelseneanos* de interpretação não autêntica (enunciado normativo), comprometido apenas com uma lógica-formal (validade) sem critérios de correção quanto ao seu conteúdo, e de interpretação autêntica, tido um ato de vontade dentro da moldura semântica do dever-ser normativo também não comprometido com a correção conteudística (culminando na possibilidade de várias decisões possíveis para um mesmo problema).¹⁹⁵

Em contrapartida a isso, o jurista alemão propõe uma nova visão do direito, uma teoria “impura”, em suas próprias palavras, na qual teoria e prática andam de mãos dadas, e não cindidas, como queria o mestre de Viena e a sua *teoria pura*.¹⁹⁶

Preocupado em fornecer a possibilidade de uma leitura com maior grau de racionalidade, Müller apresenta uma teoria empírico-pragmática em que direito e realidade não aparecem mais como categorias opostas abstratas, como o “dever-ser” e o “ser” positivista, mas como elementos da ação jurídica, *pela e na* linguagem, isto é, abandona-se o modelo matemático das ciências naturais, próprio da Filosofia da Consciência e do esquema Sujeito-Objeto (S-O), e adota-se uma postura de construção histórico-fática da norma, com base na circularidade hermenêutica, como forma de abandono ao subjetivismo relativista da aplicação do direito positivista.

Com efeito, Müller classifica a ciência jurídica como uma ciência eminentemente prática, cujo principal objeto é a norma jurídica, por ele definida como o resultado da interpretação do caso fático junto ao texto normativo. Isto é, norma não é a “letra da lei”, como queria o positivismo legalista, tampouco o sentido do enunciado legal a ser

¹⁹⁵ MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 29-30

¹⁹⁶ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: Introdução à teoria metódica estruturantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 14.

aplicado silogisticamente pelo intérprete, como preconizavam Kelsen e Alexy, mas a aplicação da compreensão deste texto frente a cada caso concreto.

Segundo Müller, a lei, os precedentes judiciais, súmulas e doutrinas são apenas dados linguísticos traduzidos em textos com a capacidade de impor determinadas condutas em determinado contexto, o que lhes confere *normatividade*, entendida como um indicativo de potencial força normativa. Mas, como indicativo, estes textos funcionam somente como ponto de partida para a interpretação e formação da norma.

A norma, efetivamente, será construída a partir do fato, seja ele um caso submetido ao judiciário ou apenas um exemplo exposto por um professor em sala de aula, ou seja, formulada diante de uma facticidade concreta.¹⁹⁷

Para Müller, a norma é dividida em duas estruturas indispensáveis à sua formação: o *programa normativo* (texto) e o *âmbito normativo* (fatos), de modo que os elementos normativos (lei, jurisprudência, doutrina) e a facticidade concreta são aferidos para dar resposta jurídica a uma interrogação específica, isto é, não há direito sem prescrição normativa, mas apenas esta não basta, do mesmo modo que o fato, por si só, não configura uma norma, mas é imprescindível para a sua constituição:

Uma decisão jurídica não pode ser simplesmente deduzida da lei, nem pode ser derivada diretamente de princípios jurídicos universais ou, então, de princípios de direito natural. Assim como a decisão jurídica não resulta somente da lei ou do direito natural, também a situação concreta não traz em si, de modo desvinculado do princípio e da norma, a decisão correta no sentido de um existencialismo jurídico.¹⁹⁸

Assim, com influência da hermenêutica filosófica de Gadamer, o professor alemão formula uma concepção pragmático-semântica de norma, segundo o qual a norma jurídica é o produto da interpretação de determinado fato à luz do texto normativo (ele lei, doutrina, jurisprudência, etc.), tido como o ponto de partida do raciocínio jurídico, isto é, a norma resulta de uma decisão jurídica baseada na

¹⁹⁷ Neste ponto é interessante notar como Müller absorve o ideário filosófico da Filosofia da Linguagem e do giro ontológico-linguístico, uma vez que os dados linguísticos são, em seu entender, apenas símbolos, sem o aprisionamento de um “teor” ou “essência” pura, de modo que os significados dos textos só passam a existir com a compreensão/interpretação/aplicação junto a um fato, ainda que hipotético. A necessidade da adoção de um caso concreto para a constituição de uma norma fica clara quando, por exemplo, tentamos explicar a um indivíduo leigo o que constitui o crime de furto, tipificado no art. 155, *caput*, do Código Penal. Precisamos exemplificar, trazer um fato, para que a compreensão seja completa, a mera leitura do texto legal não é capaz de concentrar todo o sentido de uma norma.

¹⁹⁸ MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 120.

facticidade concreta e no enunciado normativo, e não em um silogismo lógico calcado em aplicações lógico-matemáticas do texto ou do seu sentido.

Afasta-se, deste modo, a equivocada visão objetivista de que a norma é expressão da vontade da lei ou do legislador (positivismo legalista) ou a ideia subjetivista de um ato de vontade do julgador (Kelsen), do sujeito *assujeitador* do objeto. Com efeito, tem-se em Müller a brilhante construção de que a norma é o produto da soma dos elementos fáticos à compreensão do julgador sobre estes e o texto legal, uma fusão circular de horizontes (utilizando-se do arcabouço *gadameriano*), uma relação *intersubjetiva*.

Leitura interessante desta concepção de Müller é a exposta pelo ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau em sua obra “Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito”, na qual o autor faz uma analogia do direito às modalidades artísticas musical e teatral.¹⁹⁹

Segundo Grau, há dois tipos de arte: as autográficas – que se concretizam apenas com o toque do autor, como a escultura e a literatura – e as alográficas, que dependem do concurso de dois personagens, o autor e o intérprete, como a música e o teatro.

Evidentemente, em ambas as espécies a interpretação é imprescindível, mas ocorre de forma distinta. No caso de um livro, basta que um indivíduo leia os escritos, compreenda-o e interprete o seu sentido, enquanto que em uma peça teatral a compreensão do espectador depende do texto escrito (roteiro) e a interpretação dos atores, de modo que a mesma peça, Hamlet, por exemplo, terá versões diferentes a depender de quem é o diretor do espetáculo, quais atores compõem o elenco, ou até do dia em que será encenado, ainda que todo o elenco seja exatamente o mesmo.

O direito, por seu turno, é alográfico, pois vai além do texto legal e da leitura do intérprete (julgador), é necessário o estabelecimento de uma relação intersubjetiva entre as partes, um verdadeiro diálogo fático de fusões de horizontes, para a formação da norma jurídica. E, tal qual uma peça de teatro ou uma apresentação musical, cada norma é diferente, ainda que possua o mesmo texto como ponto de partida, porque os fatos serão sempre diferentes.

¹⁹⁹ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 30-31.

Nesta senda, tem-se que cada norma diz respeito a uma situação concreta específica, mesmo que os casos sejam muito parecidos, quase idênticos, porque nunca serão os mesmos. Por isso, não é facultada ao magistrado a possibilidade de se ausentar da construção da norma concreta, isto é, deixar de fundamentar o porquê da atribuição de um certo sentido ao texto junto à análise fática do caso. Aliás, a simples aferição de que os casos são muito semelhantes já configura, por si só, uma interpretação, de sorte que o momento hermenêutico é sempre necessário e inevitável, o que afasta a subsunção automática a súmulas e precedentes judiciais, mesmo que guardem certa semelhança ao caso, fundamentar é imprescindível.²⁰⁰

Verifica-se, portanto, que para Müller o direito é substancialmente interpretativo e indissociável dos fatos. Entretanto, esta natureza interpretativa não confere poderes desmedidos ao intérprete, pelo contrário, é uma forma de limitar a aplicação criativa do direito, a partir da fundamentação das decisões, isto é, a leitura dos textos normativos à luz do fato concreto, por óbvio, não pode constituir uma atribuição arbitrária de sentidos. Na esteira dos preceitos oferecidos por Gadamer, Müller tem como base a ideia de que os limites são impostos pelo programa normativo e o âmbito normativo (os horizontes intransponíveis *gadamerianos*), elementos constitutivos da norma, fundidos por meio da linguagem.

Com esta concepção do que constitui uma norma jurídica, Müller afasta por completo a primitiva ideia positivista legalista de que a sentença ou decisão é uma subsunção silogística entre uma suposta premissa maior (lei) e uma premissa menor (fatos) e, desta forma, sepulta a retrógrada mentalidade de cisão do caso em “*questões de fato*” e “*questões de direito*”, em posição que já era propalada pelo mestre português António Castanheira Neves ao final da década de 1960:

Ao considerar-se a questão-de-fato está implicitamente presente e relevante a questão-de-direito; ao considerar-se a questão-de-direito não pode prescindir-se da solidária influência da questão-de-fato. Ou, numa formulação bem mais expressiva: para dizer a verdade o ‘puro fato’ e o ‘puro direito’ não se encontram nunca na vida jurídica: o fato não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar ao fato; pelo que,

²⁰⁰ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de resposta no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 67-68.

quando o jurista pensa o fato, pensa-o como matéria do direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao fato.²⁰¹

Relacionando esta concepção de norma e o arcabouço filosófico apresentado até aqui ao *princípio da confiança no juiz da causa*, fica nítido o quão equivocado é o raciocínio de que o Tribunal analisa questões de direito, enquanto os fatos devem ser analisados e delimitados pelo juiz de primeiro grau, por este estar mais próximo do local onde ocorreram.

O caráter interpretativo do direito, a circularidade do momento hermenêutico e a necessidade de fundamentação profunda de cada ato decisório ficam ainda mais clarividentes com a leitura de Ronald Dworkin, como veremos no tópico a seguir.

Embora inserido em uma cultura jurídica distinta e com concepções diferentes de Müller, Dworkin se aproxima do alemão por ter pano de fundo filosófico semelhante. Também deitado na hermenêutica filosófica de Gadamer, embora não faça muitas alusões expressas ao hermeneuta alemão, o americano constrói uma visão interpretativa do direito e é neste ponto a intersecção entre as obras dos dois autores pós-positivistas e do presente trabalho: direito é prática, é interpretação, é linguagem.

3.5 RONALD DWORKIN E AS TESES DA INTEGRIDADE DO DIREITO, INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA E DA RESPOSTA CORRETA NA CONSTRUÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO

Ronald Myles Dworkin é, sem dúvidas, um dos maiores jusfilósofos do Século XX. Com notoriedade mundial e profundo respeito na academia norte-americana, o ex-professor de Oxford e Harvard foi o segundo autor mais citado em pesquisas jurídicas na história dos Estados Unidos até o ano 2000, segundo pesquisa promovida pelo *Journal of Legal Studies* da Universidade de Chicago.²⁰² Além da popularidade das suas opiniões, o rigor técnico e metodológico em mais de meio século de

²⁰¹ CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-de-facto – Questão-de-Direito ou O Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)**. Coimbra: Almedina, 1967, pp. 55-56.

²⁰² SHAPIRO, Fred. The most-cited legal scholars. *Journal of Legal Studies*, v. 29, n. S1, Jan. 2000, disponível em <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/468080>. Acesso em 03/05/2021.

pesquisas e reflexões o credenciam como essencial a qualquer trabalho sobre filosofia e teoria do direito, seja no sistema jurídico da *common law* ou da *civil law*.

No caso do presente trabalho, a decisão²⁰³ pela adoção da sua obra como base teórica tem como justificativa maior a coerência dos argumentos apresentados pelo autor e a completude de sua tese. Dworkin constrói uma rica e complexa teoria da interpretação nas esferas do direito, ética, moral e política, todas de forma íntegras e coerentes em si. Embora não abordemos profundamente todo o seu escopo literário, estas coerência e honestidade intelectual ficarão claras na análise dos temas centrais aqui examinados: a fundamentação judicial e a principiologia jurídica.

Durante sua longa e produtiva trajetória acadêmica, Dworkin lançou diversas obras de grande relevância em variados temas ligados ao direito, à democracia e à dignidade humana, destacando-se livros como “*Taking Rights Seriously*” (Levando os Direitos a sério) e “*A Matter of Principle*” (Uma questão de princípios), ambas compilações dos seus principais artigos da época em críticas ao positivismo de H. L. A. Hart, “*Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*” (A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade), “*Is democracy possible here?*”, e suas duas obras mais substanciais “*Law’s Empire*” (Império do Direito), de 1986, e “*Justice for Hedgehogs*” (Justiça para ouriços), esta última de 2011, na qual o autor revisita diversos dos conceitos apresentados durante sua carreira e reposiciona sua teoria em alguns aspectos.

Ao que importa a esta dissertação, as fases mais significativas de Dworkin correspondem aos seus três primeiros livros com tradução para o português,²⁰⁴ de modo que focaremos a abordagem da rica teoria *dworkiniana* à tese da integridade do direito, que consiste basicamente na assunção de uma posição hermenêutica de

²⁰³ Curiosamente, iniciou-se a redação deste parágrafo com a frase “A escolha pela teoria de Dworkin...”, mas houve a necessidade de reescrevê-lo, alterando o vocábulo escolher por decidir, uma vez que, como veremos a partir deste tópico, decidir e escolher são coisas distintas e o sentido aqui empregado é, de fato, decidir. Isso porque, adotar esta teoria como base para a construção do que constitui uma decisão penal fundamentada não pode ser uma “escolha”, o verbo escolher sugere que se poderia selecionar qualquer teoria, como se houvesse opções, o que não é verdade, porque há apenas uma decisão correta apenas e essa decisão é aquela que pode ser melhor fundamentada ou, em outras palavras, a que tem os melhores argumentos como alicerce justificador. Como veremos em Dworkin, quando fazemos afirmações ou tomamos decisões desta natureza, temos a responsabilidade de fundamentar estas posições da melhor maneira possível. Trata-se de uma obrigação moral de expor por que a conclusão a que chegamos é a melhor para determinado caso. Na hipótese vertente, a adoção da tese de Dworkin é uma decisão, não uma escolha, e por isso deve ser fundamentada, sendo esta a tarefa deste tópico.

²⁰⁴ “Levando os Direitos a sério”, “Uma questão de princípios” e “Império do Direito”.

interpretação construtiva, em que o direito é um todo considerado de regras, princípios e diretrizes políticas.

3.5.1 A resposta correta e a integridade do ordenamento frente à indeterminação do direito

Como dito anteriormente, os primeiros escritos de Dworkin são dedicados a contrapor o positivismo jurídico encabeçado por seu professor na Universidade de Oxford, Herbert L. A. Hart, maior expoente positivista anglo-saxão, representando aos países da *common law* aquilo que Kelsen representa aos europeus continentais. Neste ponto, vale destacar que, apesar dos contextos distintos e das evidentes diferenças, as obras dos dois positivistas possuem consideráveis semelhanças, de modo que as críticas de Dworkin ao autor inglês certamente atingem o mestre de Viena e sua Teoria Pura do Direito, exposta em tópico anterior.

Assim como Kelsen, Hart propõe um conceito semântico-sintático de direito, tido por ele como um sistema composto por *regras*, divididas em regras primárias ou básicas e regras secundárias ou parasitárias,²⁰⁵ de sorte que se mantêm em Hart o cerne da visão positivista de identificação de normas como comandos abstratos que preveem sanções em caso de descumprimento dos preceitos primários, a imposição das normas por uma autoridade competente e o esvaziamento do conteúdo moral das regras no que se refere ao estudo da ciência do direito.²⁰⁶

Hart sustenta que as regras (normas),²⁰⁷ como toda expressão linguística, possuem um núcleo duro (*hard core*) de significação e uma *zona de penumbra* de

²⁰⁵ “Por força das regras de um tipo, que bem pode ser considerado o tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas acções, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados. As regras do primeiro tipo dizem respeito a acções que envolvem movimento ou mudanças físicas; as regras do segundo tipo tornam possíveis actos que conduzem não só a movimento ou mudança físicos, mas a criação ou alteração de deveres ou obrigações”. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 91.

²⁰⁶ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de resposta no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 134.

²⁰⁷ Nesta tradição jurídica não há uma distinção entre o sentido de regra e norma, como na *civil law* pós-Kelsen, razão pela qual algumas edições de língua portuguesa traduzem o vocábulo *rule* como

interpretação. O núcleo duro é o lugar da univocidade do sentido das expressões, isto é, em que a significação é flagrantemente aferível e, portanto, se relaciona com a aplicação da regra em um processo de subsunção, sem a necessidade de grandes debates, são os *easy cases* ou *casos fáceis*. Já a *zona de penumbra* das palavras e da lei dizem respeito à abertura dos termos, em que o sentido não se mostra de plano, exigindo uma interpretação mais acurada, o que dará azo aos *hard cases* ou *casos difíceis*.

Trazendo esta conceituação às decisões judiciais, Hart apresenta o exemplo de uma lei municipal de Nova York, promulgada no Século XIX, que proíbe a circulação de veículos no Central Park, mencionado no capítulo anterior do presente trabalho.

Segundo o autor, o núcleo duro da palavra “veículo” permite concluir que não se pode circular com automóveis, por exemplo, mas não deixa claro se a proibição abrange bicicletas ou patins. Desta forma, em um caso que discutisse a possibilidade de trânsito de bicicletas no local seria um *hard case*, em que o conteúdo da regra não estaria suficientemente claro, o que permitiria ao juiz decidir conforme sua consciência,²⁰⁸ em clara discricionariedade judicial, algo inevitável para Hart.²⁰⁹

De acordo com o professor inglês, é a textura aberta da linguagem quem acaba criando espaços vazios, os quais as regras não têm capacidade de preencher. Estas anomias geradas por esta abertura seriam, portanto, suplementadas pela discricionariedade judicial, sendo facultado ao julgador que *escolha* a melhor decisão, de modo que, ainda que esta escolha seja arbitrária ou irracional (e não necessariamente será), terá validade, porque dentro do preceito legal.²¹⁰ Uma concepção ligeiramente semelhante à moldura da norma *kelseniana*, que não submete a norma a uma análise moral.

regra ou norma, não havendo uma distinção entre texto normativo e o seu sentido, ao menos não no sentido das abordagens de Kelsen, Alexy e Müller, como vimos.

²⁰⁸ Como dito, a teoria de Hart se aproxima à de Kelsen, mas não se iguala, uma vez que o austríaco encara a decisão judicial como ato de vontade, enquanto Hart fala em *discricionariedade*, conceitos semelhantes, mas não iguais. Por isso, e por outros motivos, não se pode falar em Hart como uma “tradução inglesa” de Kelsen.

²⁰⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação jurídica**. São Paulo: Atlas, 2009. pp. 100-101.

²¹⁰ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 140.

Dworkin se opõe completamente aos modelos de Hart e de Kelsen²¹¹ e busca afastar completamente a ideia de que o juiz possa determinar qual é a solução mais adequada de forma discricionária ou baseado em suas concepções morais *pessoais*.

Embora os positivistas supracitados não apregoem uma total discricionariedade do magistrado, tal qual alguns setores do realismo jurídico, mas sustentem que as decisões devem obediência às molduras ou aos limites semânticos da norma, tal raciocínio culmina em autorizar decisões diferentes para casos muito semelhantes, o que é inadmissível para Dworkin.

Esta posição do professor norte-americano de repulsa à discricionariedade se fundamenta no consectário lógico do seu princípio da *dignidade humana*, segundo o qual todos os cidadãos possuem o direito de serem tratados com igual respeito e consideração pelos órgãos estatais, de modo que constitui uma obrigação moral de qualquer representante do estado (magistrados, legisladores, membros do executivo) buscar a melhor aplicação do direito em sociedade com o devido respeito aos direitos fundamentais do indivíduo.

Como todos merecem o mesmo tratamento do estado, os casos semelhantes devem ser julgados de forma semelhante, o que, por consequência, indica que há apenas uma única *resposta correta* para determinado caso. Indo além, Dworkin sustenta que esta obrigação não se limita apenas aos *casos fáceis*, como sugeria Hart, pois a complexidade do caso não é capaz de afastar o direito fundamental do cidadão de ser tratado de forma digna e igualitária.

Neste diapasão, segundo Dworkin, não seria democrático conceber como legítimas decisões inversas para casos praticamente idênticos, independente da sua complexidade, como ocorre de modo corriqueiro no Brasil. O direito não pode ser uma loteria, em que o caso de determinado o cidadão terá um resultado favorável se for julgado por uma Vara, Câmara ou Sessão e um resultado desvantajoso para suas pretensões se for apreciado por órgão judiciário diferente, sendo que todos julgam com base no mesmo ordenamento jurídico.

²¹¹ “Uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do direito – no ato do Tribunal, especialmente”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 391.

Outrossim, e ainda mais substancial, é o fato de que esta discricionariedade pode vir a permitir um exercício arbitrário de inovação na seara jurídica, em detrimento do próprio ordenamento.

A preocupação de Dworkin, neste ponto, é justamente com o conteúdo da decisão judicial. Para o autor, todo e qualquer julgamento, seja em um caso fácil ou difícil, deve respeitar a coerência da comunidade de *princípios* que compõem a integridade moral da sociedade como um todo.

Por isso se diz que a teoria do professor norte-americano é *normativa*, e não apenas *descritiva*, isto é, Dworkin não se limita a fazer um diagnóstico de como os juízes decidem, mas de propor *como eles devem* fazê-lo, fazendo uso da metáfora do juiz Hércules, que representa um juiz com tempo ilimitado à disposição e que é capaz de entender perfeitamente a moral da comunidade política em que está inserido, o que lhe possibilita sempre encontrar a resposta correta.

Por óbvio, Hércules é um *ideal*, um modelo a ser buscado, uma linha do horizonte judicial para alcance da melhor resposta do caso, não uma resposta pré-existente ou pré-dada, mas uma resposta *alcançável* através do respeito à comunidade de princípios, à história institucional e à integridade do direito. Por conta disso, é justo afirmar que Hércules não é o sujeito *assujeitador*, dono de uma suposta verdade matematicista, pelo contrário, é um legítimo *Ser-aí* (embora Dworkin não faça referência a Heidegger) responsável e coerente.

Como leciona Lenio Streck: “o juiz ‘Hércules’ de que fala Dworkin é apenas uma metáfora para demonstrar que *superação* do paradigma representacional (morte do sujeito solipsista da modernidade) *não significa a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto*”.²¹²

Neste diapasão, essa responsabilidade judicante de fundamentação representa o dever dos juízes de avaliarem o caso concreto de acordo com a integridade do direito, de modo a formular uma proposição jurídica (decisão) em que conste ou que derivem dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, privilegiando a

²¹² STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 304.

melhor interpretação conforme o propósito da prática social atrelada ao fato e a integridade do direito:²¹³

A integridade quer dizer: tratar a todos do mesmo modo e fazer da aplicação do direito um “jogo limpo” (fairness – que também quer dizer tratar todos os casos equanimemente). Exigir coerência e integridade quer dizer que o aplicador não pode dar o drible da vaca hermenêutico na causa ou no recurso, do tipo “seguindo minha consciência, decido de outro modo”. O julgador não pode tirar da manga do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu. Também o julgador não pode quebrar a cadeia discursiva “porque quer”(ou porque sim).²¹⁴

Assim, segundo Dworkin, é primordial que o juiz assuma a obrigação moral de buscar a melhor interpretação de um texto/obra/fato, agindo com responsabilidade para formação das suas decisões, isto é, deve alicerçar seus julgamentos nas melhores razões para obtenção da resposta correta.

Esta exigência pode parecer óbvia, haja vista que todos que possuem uma opinião sobre determinado assunto acreditam que as razões que a embasam sejam corretas, no entanto, não raramente, deparamo-nos com situações em que um jurista ou mesmo um tribunal sustenta entender que uma regra deve ser interpretada de maneira X, mas admite que pessoas possam optar por uma interpretação Y, como Kelsen, por exemplo.²¹⁵

Isto, para Dworkin e para esta dissertação, é uma ideia inconcebível, haja vista que qualquer pessoa que emite uma opinião de que uma interpretação é a melhor para determinado caso, lógica e inequivocamente está, ao mesmo tempo, sustentando que as interpretações contrárias (ou distintas) são menos adequadas, porque a sua convicção é baseada nos melhores argumentos e em valores. É um contrassenso que alguém honesto intelectualmente permaneça com uma mesma opinião após ter sido convencido de que estava equivocado.

²¹³ DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 272.

²¹⁴ ABOUD, Georges; STRECK, Lenio. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 119.

²¹⁵ “Uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do direito – no ato do Tribunal, especialmente”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 391.

Neste íterim, salienta-se que juízos interpretativos e morais não necessariamente serão certos (verdadeiros), mas devem sempre se pautar na correção da interpretação, ou seja, baseada em argumentos concretos de que aquela constatação não é apenas admissível, mas a melhor.

Reitera-se, não se pode aceitar a ideia de que é moralmente correto um juiz ou tribunal condenar alguém à prisão, mesmo que entenda que o réu poderia ser absolvido, ou vice-versa. Ou, ainda, que casos praticamente idênticos recebam respostas distintas a depender do órgão judiciário que julga o caso.

É imprescindível que a decisão judicial, seja ela qual for, esteja baseada em convicções construídas através de argumentos e que estes argumentos sejam melhores do que aqueles que se prestariam a uma decisão contrária. Trata-se de preservar uma responsabilidade moral de integridade geral, de modo que cada convicção suporte a outra numa rede de valor que é autenticamente abraçada pelo próprio indivíduo, sem que admitamos incoerências e arbitrariedades.²¹⁶

Segundo Dworkin, diferentemente das ciências naturais e matemáticas, no direito o conteúdo da fundamentação de uma decisão é tão essencial quanto a própria decisão. Para fundamentar a afirmação, o autor explica que é permitido a um físico, por exemplo, alegar que não consegue demonstrar por que motivos a natureza funciona de determinada forma e que esta é tal como é, ou seja, é admissível que o cientista apresente uma espécie de “porque sim”, haja vista que a sua busca se destina tão somente à verdade, à certeza, e não às “intenções” da natureza.

Em contrapartida, um filósofo moral ou jurista jamais poderia adotar discurso semelhante. Não se pode coadunar, por exemplo, com um discurso simplório de que a tortura deve ser proibida porque é absurda e ponto final. É inevitável o questionamento “por que é absurda?” e a consequente fundamentação por trás da alegação. É apenas através da exposição desses argumentos que calcaram a afirmação que se poderá compreendê-la, concordar ou discordar, isto é, verificar qual valor lhe confere supedâneo.

Por isso, Dworkin insiste que a exposição dos fundamentos de uma afirmação como forma de sustentá-la é a melhor forma de aferir se as razões são, de fato, as

²¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Tradução de Elói Pedro Duarte. Coimbra: Almedina, 2016, p. 109 e 134-135.

melhores e se a conclusão está correta, sendo isto uma obrigação moral de quem faz um julgamento ou emite uma opinião.

Disto podemos extrair que a conclusão *correta* não significa conclusão *certa*, pois esta última se relaciona a um aspecto de *certeza* ou *verdade*, não necessariamente de correção.²¹⁷ A certeza aritmética, característica das ciências naturais, é muitas vezes inatingível em um debate jurídico ou filosófico, o que não significa que haja uma total indeterminação nestas áreas. Em outras palavras, indeterminação e incerteza são coisas distintas e, apesar de a verdade (certeza) ser inalcançável em determinados pontos de um julgamento moral/jurídico, isto não pode nos levar a um relativismo arbitrário, uma vez que a correção é sim conseguível e a fiscalização deste alcance se dão pela avaliação das razões expostas na fundamentação da decisão.²¹⁸

Este prolegômeno serve como tentativa de afastar as injustas acusações a Dworkin, de que sua teoria sugere uma tese da resposta certa, previamente dada, como se o “gabarito” da solução estivesse disponível para quem pretenda “encontrá-lo” ou como se as leis tivessem um sentido unívoco, algoritmicamente aferível, tal qual o positivismo mais primitivo. É evidente que não. Ninguém é mais crítico ao positivismo, seja ele qual for, do que Dworkin. O autor pretende, pelo contrário, superar esta visão e o ideário positivista mais recente de que o juiz tem autonomia para decidir os casos difíceis conforme a sua vontade, sustentando que existe uma única *resposta correta* para cada hipótese e que este desfecho só pode ser desvendado a partir da interpretação e fundamentação de cada caso.²¹⁹

Dworkin não associa o direito a padrões matemáticos, como Robert Alexy ou o positivismo jurídico que tanto ataca, isto é, o professor americano não propõe uma teoria da argumentação, com regras e procedimentos, mas uma tese de interpretação construtiva, *hermenêutica*, do direito, em que história, linguagem e faticidade

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. XIII.

²¹⁸ “Ao contrário das afirmações científicas, as proposições interpretativas não podem ser simplesmente verdadeiras; só podem ser verdadeiras em virtude de uma justificação interpretativa retirada de um complexo de valores, nenhum dos quais também simplesmente verdadeiro. [...] Uma interpretação não é uma prova de algum facto. Uma proposição interpretativa é verdadeira porque as razões da sua admissão são melhores do que as razões da admissão de qualquer outra proposição interpretativa rival”. DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Tradução de Elói Pedro Duarte. Coimbra: Almedina, 2016, p. 161.

²¹⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação jurídica**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 29.

assumem papel de protagonistas para a obtenção da resposta correta, com respeito à integridade e coerência do direito.

Há, em Dworkin, uma maior preocupação com a realidade, com a faticidade, do que com a racionalização do discurso jurídico, como querem os argumentativistas e o seu mais célebre representante Robert Alexy. É por conta disso que a teoria *dworkiniana* se aproxima da perspectiva pós-positivista de Friedrich Müller, ainda que os autores estejam situados em contextos jurídicos e culturais distintos, sobretudo no que diz respeito às críticas ao silogismo:

Ninguém imagina que os juízes possam ou devam decidir os casos por meio de um algoritmo que pretenda fazê-los chegar, ao longo de um processo lógico ou formal de outra natureza, a uma decisão correta, utilizando apenas os materiais canônicos da tomada de decisões judiciais como o texto legal ou constitucional e decisões anteriores.²²⁰

Destarte, assim como em Müller, há uma clara prevalência da história em detrimento da matemática na interpretação jurídica de Dworkin em busca da resposta correta (algo próximo da norma jurídica para o professor alemão).

3.5.2 A integridade do direito e os princípios jurídicos

Além de criticar a natureza antidemocrática do positivismo jurídico discricionário, Dworkin expõe aquele que para ele é o modelo que supera este ideário autoritário.

Como contraponto ao texto de Hart, o professor americano propaga a tese de que o direito não é apenas um apanhado de regras vinculativas, mas um conjunto de três padrões normativos: as regras, os princípios e as diretrizes políticas, aptos a formar, de fato, um sistema coerente e íntegro:

No paradigma dworkiano, é impensável a solução de uma questão jurídica recorrendo-se tão somente e exclusivamente a uma única fonte jurídica. O julgador deve obrigatoriamente examinar de que forma a Constituição, lei, precedentes e súmulas regulamentam direta ou indiretamente o caso concreto. Quando o direito é visto como integridade, elimina-se qualquer referencial em que se confere a alguma fonte a identificação direta com o caso a ser julgado, como se a decisão estivesse pronta e já viria com ele.²²¹

²²⁰ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 148.

²²¹ ABOUD, Georges. **Discricionariedade: alcance da atuação administrativa e judicial no Estado Constitucional**. 2013. Tese (doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 554.

O autor, então, define as regras como *standards* aplicados no modelo ‘*tudo-ou-nada*’ ou, em suas palavras: “dados os fatos que uma regra estipula, ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.²²² Ou seja, não há possibilidade de uma regra contradizer a outra, caso isso aconteça, uma delas será afastada, revogada completamente, em obediência ao modelo de coerência e integridade do ordenamento.

Mas só as regras, ainda que o conceito de Dworkin seja distinto daquele proposto por Hart, não são suficientes para a manutenção da coerência do sistema, de sorte que a predominância deste padrão rígido e dotado de texturas abertas culminará em discricionariedades, razão pela qual Dworkin apresenta o segundo padrão normativo, responsável pelo fechamento dos espaços interpretativos, os princípios jurídicos ou *general principles of law*.

De acordo com Dworkin, regras e princípios se diferem qualitativamente na maneira como agem dentro do sistema, uma natureza lógica de distinção. No caso das regras, há maior rigidez no momento aplicativo, tendo em vista o modelo ‘*tudo-ou-nada*’, ao passo que os princípios comportam uma dimensão de peso ou importância, sendo que a aferição de preponderância de uma eventual colisão terá no caso concreto o seu fator determinante.²²³

Os princípios se consubstanciam em *standards* ou padrões normativos que serão invocados com a finalidade de fechamento da interpretação, sendo que a dimensão de peso fornecida por Dworkin é o que confere a característica de integridade e coerência do ordenamento, uma vez que, embora em determinadas situações a ação dos princípios possam colidir, jamais haverá uma colisão *a priori* do conteúdo destes princípios. O que pode acontecer em certos casos (e, de fato, ocorre com alguma frequência) é a formação de um contexto em que uma decisão privilegiará um princípio a outro, em função de circunstâncias próprias de cada hipótese, sem que a prevalência de um princípio signifique a exclusão do outro, tampouco que princípios possam ser vistos isoladamente ou que possa haver contradição entre princípios.

²²² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 39.

²²³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, pp. 42-43.

Já as diretrizes políticas são conceituadas por Dworkin como “o tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)”.²²⁴

Em verdade, o mais justo, para Dworkin, não é classificar um brocardo como regra, princípio ou diretriz política, mas classificar os argumentos.²²⁵ Os argumentos de princípios e argumentos de política se diferem na sua destinação, os primeiros se dispõem a estabelecer um direito individual de todos, enquanto que o segundo a estabelecer objetivos coletivos (econômicos, sociais, etc.) de um determinado grupo, não necessariamente de todos.²²⁶

Estes elementos, sobretudo os princípios, são responsáveis por frear discricionariedades judiciais, ao *fechar* o processo interpretativo e exigir que os casos recebam o mesmo tratamento do judiciário, conseqüência elementar da coerência e da integridade do ordenamento na teoria *dworkiniana*:

É a integridade do Direito e sua reconstrução que devem dar as condições para a resposta correta nos casos difíceis. [...] Dworkin, contrapondo-se ao formalismo legalista e ao mundo de regras positivista, busca nos princípios os recursos racionais para evitar o governo da comunidade por regras que possam ser incoerentes em princípio. É nesse contexto que Dworkin trabalha a questão dos *hard cases*, que incorporam, na sua leitura, em face das dúvidas sobre o sentido de uma norma, dimensões principiológicas, portanto, não consideradas no quadro semântico da regra.²²⁷

Nesta senda, não é admissível, aos olhos do autor, a hipótese de que a abertura textual das regras deságue em lacunas a serem preenchidas pela discricionariedade do julgador. Para Dworkin, o direito é um sistema *íntegro* e *coerente*, de modo que o juiz está atrelado não só ao enunciado de regras, mas a toda uma comunidade de princípios e uma história jurídica.

²²⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 36.

²²⁵ “A ideia de princípio em Dworkin não é materializável a priori em um texto ou enunciado emanado de um precedente, lei, ou mesmo a Constituição, mas um argumento de princípio remete à totalidade referencial dos significados destes instrumentos jurídicos” OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 216.

²²⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 141.

²²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 332.

Destarte, tendo em vista estas elementares de coerência e integridade do ordenamento, não há possibilidade de antinomias ou de conflitos/colisão entre os padrões normativos. O que se tem são conflitos de argumentos, um debate para cada caso concreto, em que as dimensões de importância dos princípios são sopesadas e um ou outros princípios se sobressaem, sem que isso resulte na exclusão de outro(s) na decisão jurídica.

A tese defendida pelo autor é de que as aberturas textuais das regras propalada por Hart, ou a indeterminação do direito, não podem ficar à mercê de concepções pessoais do julgador. É o próprio direito, a partir das regras, princípios, precedentes, doutrina, etc., quem fornece as bases para que o juiz construa a resposta correta para o caso concreto.

Conforme delineado nos tópicos anteriores, a mentalidade positivista de Hart e Kelsen é baseada na Filosofia da Consciência, firme na crença de que o sujeito (julgador) *assujeita* o objeto (direito), impondo-lhe arbitrariamente os sentidos que acredita mais conveniente. Este ideário permanece vivo através de jargões como o "livre convencimento motivado", que se diz motivado para tentar mascarar o seu viés autoritário e permite a criação de "princípios" pela jurisprudência, como se o direito pudesse ser inventado numa "canetada", que passa a ser reproduzida até virar "verdade", como é o caso do *princípio da confiança no juiz da causa*.

Dworkin, por outro lado, repele esta concepção, sustentando não ser facultado ao juiz criar um fundamento totalmente alheio à historicidade e ao ordenamento para justificar uma decisão baseada em sua vontade, eis que tal atitude é não só discricionária, mas antidemocrática.

Com efeito, como ficará mais nítido no próximo tópico, o autor parte de uma perspectiva intersubjetiva da filosofia hermenêutica, em que o juiz não estabelece o que é o direito de acordo com a sua vontade ou opinião, mas constrói o direito a partir de decisões calcadas na historicidade da comunidade de princípios e regras de um ordenamento, o que só pode ser concretizado a partir de uma leitura pragmática-semântica do direito e de uma apreciação do caso concreto como elemento nuclear de uma norma.

3.5.3 Interpretação construtiva, romance em cadeia e o *princípio da confiança no juiz da causa*

Extraídos os conceitos basilares *dworkineanos* de direito como integridade, resposta correta e princípios jurídicos, insta nos concentrarmos na sua concepção do direito como prática social interpretativa ou teoria da interpretação construtiva, calcada nos dois componentes da atitude interpretativa.

Para explicar estes pressupostos, Dworkin apresenta o exemplo uma comunidade em que é seguida uma regra de cortesia consistente no ato dos camponeses tirarem o chapéu diante dos nobres.

Esta regra pode ser tida inicialmente como um tabu, mas, com o passar do tempo, os integrantes da comunidade fatalmente desenvolvem uma atitude interpretativa com relação à cortesia.

Tal interpretação possui dois componentes: o primeiro é de que a prática não só existe, mas tem um valor, ou seja, serve a algum interesse ou reforça algum princípio, ou, ainda, que possui um sentido, uma razão de ser independente da mera descrição da regra em si. Já o segundo componente é o pressuposto de que as exigências da cortesia, ou o comportamento que ela evoca/autoriza, não são necessária ou exclusivamente uma exigência estática e imutável, mas um ato destinado a uma finalidade, de modo que a regra em si pode ser ampliada, modificada ou atenuada, de acordo com este propósito do ato.²²⁸

A contar desta atitude interpretativa, o ato cortês deixa de ser algo mecânico e passa a ter um significado e a ser reestruturada de acordo com os valores da comunidade como um todo. Assim, mantêm-se o sentido de respeito aos nobres, ainda que o ato cortês seja alterado por novas interpretações ou necessidades. Por exemplo: com o passar das décadas os camponeses param de usar chapéus, o que afastaria o ato cortês, mas, como o sentido permanece, pode ser adotado outra atitude como se agachar ou beijar a mão, etc.

Estes componentes descritos são fundamentais para que Dworkin possa elaborar a sua tese de interpretação construtiva, uma vez que a explanação se amolda a práticas sociais e também às práticas jurídicas.

²²⁸ DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 57.

Para cumprimento de tal desiderato, Dworkin equipara a interpretação de um ato social com a interpretação artística – destinada à análise crítica de obras de arte, como poemas, filmes, peças, como forma de justificar algum ponto de vista acerca do seu significado.

Assim como Gadamer, o professor norte-americano faz uso do paradigma artístico para exposição da sua tese de interpretação construtiva, partindo de um prisma interno, ou seja, do ponto de vista do intérprete, como um ator na *construção* da interpretação correta, de modo a tornar o objeto o melhor exemplo possível da forma ou do gênero ao qual se imagina que pertença.²²⁹

Dworkin se filia à tese de Gadamer de que somos seres dotados de pré-conceitos ou pré-compreensões, como um sentido prévio que antecede o conceito, e que fazemos uso destes nossos pré-conceitos para poder revisar tudo aquilo que nós vamos transformar em conceitos através da atividade mental-interpretativa. Em outras palavras, a interpretação parte sempre de alguma compreensão prévia.

Para ilustrar o raciocínio da interpretação artística exposto por Dworkin, muito assemelhado ao já apresentado no tópico destinado à análise da hermenêutica filosófica de Gadamer, utilizamos uma obra de arte como exemplo, o celebrado filme “Laranja Mecânica”, de Stanley Kubrick.

Antes mesmo de assistir ao filme, quando temos contato com sua capa, inevitavelmente fazemos algumas interpretações e arriscamos alguns palpites, ainda que mentalmente. Além da capa, há vários outros aspectos, como elenco, diretor, ano de lançamento, duração, que Dworkin chama de elementos pré-interpretativos e que comporão a nossa pré-compreensão do filme, antes mesmo da primeira cena.

Portanto, curiosamente, ao contrário do ditado “não se deve julgar um livro pela capa”, nós seres humanos irremediavelmente julgamos livros, filmes, objetos, pela “capa” ou pelas informações preliminares que obtemos antes de um contato mais concreto. É assim quando abrimos uma plataforma de *streaming* e vamos escolher um filme ou série para assistir ou quando vamos comprar um livro. Nós levamos em consideração os dados prévios sobre eles: o elenco, o diretor, a sinopse, os elementos gráficos, os prêmios que receberam, a recomendação de um amigo, etc. O mesmo

²²⁹ DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 61.

ocorre quando analisamos o currículo de algum candidato para preenchimento de uma vaga de emprego, ou um carro que pretendemos comprar, por exemplo.

Neste caminhar, a intenção é alcançar a melhor interpretação da obra/texto e, como dito, Dworkin sustenta a obrigação moral de construirmos a melhor interpretação com a apresentação dos melhores argumentos. Para a identificação do que seria este melhor, o intérprete deve se ater aos horizontes delimitados pela própria obra/texto, na mesma esteira do círculo hermenêutico *gadameriano*.

Portanto, o grande norte que afasta qualquer subjetividade na interpretação construtiva, seja ela jurídica ou artística, é o dever moral de melhor interpretação de acordo com o caso, sem que ultrapassemos os limites do objeto, como apregoava Umberto Eco.²³⁰

Voltando ao exemplo do filme “Laranja Mecânica”, depois que visualizamos a capa e algumas informações, detectamos que se trata de um filme e passamos a levantar o que Dworkin denomina *hipóteses estéticas*,²³¹ isto é, questionamo-nos: será este um filme de ação? Ou um filme erótico? Ou um drama?

O filme de Stanley Kubrick é, sem dúvidas, um filme violento, mas pode ser classificado no paradigma de filmes de ação? É um filme que tem nudez e cenas que envolvam atos sexuais, mas pode ser considerado um filme erótico? É uma obra que tem uma discussão política subjacente, mas podemos enquadrá-lo como um drama?

Esses elementos classificatórios, que fazem parte da etapa pré-interpretativa auxiliam o intérprete a buscar a melhor leitura da obra. Isso porque, se tomarmos o fato de haver cenas de nudez como parâmetro para classificá-lo como um filme erótico, certamente “Laranja mecânica” será considerado um péssimo filme erótico, porque tudo aquilo que um paradigma de um filme erótico levanta como expectativa não será cumprido.

Do mesmo modo, não se pode colocar a obra como um filme de ação pelo simples fato de possuir cenas violentas, porque isto não atenderia aos padrões de um filme de ação (efeitos especiais, grandes cenas de lutas, reviravoltas, saltos espetaculares, etc.), o que faria com que “Laranja mecânica” fosse considerado um péssimo filme de ação.

²³⁰ Nota de rodapé 114, página 77.

²³¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 221-222.

Por outro lado, se levarmos em consideração as reflexões políticas levantadas pela obra, certamente ela atenderá ao padrão estético de expectativa sobre um filme de drama, dado o conteúdo da reflexão gerada pelo filme. Ou seja, essas categorias que fazem parte, não apenas de um pré-conceito individual, mas de um pré-conceito socialmente compartilhado, compõem o conceito de paradigma para fins interpretativos.

Então, por meio da adesão a um determinado paradigma, serão esperados regras, regulamentos e padrões de comportamento, será gerada alguma expectativa. Aí sim, poderemos dizer que “Laranja mecânica” seria um péssimo filme erótico ou de ação, mas que cumpre as expectativas de um drama, esplendorosamente, diga-se.

Com base nisso, Dworkin sustenta que toda vez que o sujeito tem uma experiência estética, seja um texto, um filme, uma música, ou qualquer outra coisa, ele formulará uma hipótese estética, não necessariamente permanecerá nela, mas construirá um conceito estético, responsável pela delimitação dos horizontes da obra.

O sujeito será capaz, assim, de apresentar razões relacionadas a questionamentos acerca do objeto. No caso de um livro, por exemplo, se ele é uma ficção ou se é técnico, se é de filosofia ou de direito, se o livro se passa numa discussão atual ou ultrapassada, se o autor está certo ou errado... Serão apresentadas *razões* que respeitam os horizontes da obra, ou seja, será possível fundamentar uma interpretação sobre a obra, se o filme é bom pelos motivos A, B e C, ou se o autor está certo pelos motivos X, Y, W, ainda que haja paradigmaticamente uma relação que varie no tempo acerca da leitura com a qual o sujeito terá com o filme.

Isso decorre dos elementos pré-interpretativos (ou de pré-conceitos para Gadamer) que circundam o ser humano. Estes parâmetros de avaliação fazem parte da interpretação que o sujeito irá construir e estes parâmetros irão definir como melhor interpretar determinada obra, como fazer com que essa interpretação faça mais sucesso dentro de um paradigma. Assim, buscar-se-á convencer não o autor da obra, mas o conjunto de leitores que compartilham com o sujeito a interpretação.²³²

Este convencimento é praticado apenas por meio da linguagem e pela construção de boas razões e aqui voltamos à tese *dworkineana* da obrigação moral

²³² Aqui voltamos a fazer referência ao caso do compositor Eddie Vedder e sua canção Alive, descrito na página 79 deste trabalho, nota de rodapé 119.

da melhor interpretação, que, basicamente, é a busca pela melhor leitura de um texto/obra com base em boas razões, capazes de convencer alguém, isto é, ninguém possui uma opinião e acredita que está errado, o sujeito sempre entende que a sua opinião é a correta.

No entanto, como já alertado por Gadamer, não se pode permitir que os pré-conceitos deixem o sujeito “surdo”, sendo necessário que o indivíduo esteja disposto a reconhecer que está errado, caso esteja. Só assim ele poderá exigir que o seu interlocutor seja convencido por ele ao apresentar as suas razões, caso contrário, recair-se-á em atribuição arbitrária de sentidos, não havendo diálogo, fundamentação ou interpretação, apenas autoritarismo.²³³

Desta forma, ao assistir ao filme ou ler o livro, o intérprete identifica os padrões estéticos corretos e os horizontes da obra e, a partir deles, forma a sua compreensão sobre a obra, de modo a fundamentar a sua conclusão interpretativa com base nas melhores razões. A correção da interpretação do sujeito será obtida mediante o confronto das suas razões com as razões dos demais intérpretes, que podem apresentar conclusões diferentes e se convencerem entre si.

Trazendo estes exemplo e raciocínio ao direito, em seu exercício judicante, o juiz deve levar em consideração as hipóteses estéticas da lide, identificar qual é o conflito, de que forma o ordenamento foi transgredido e de que maneira pode dar a melhor solução jurídica ao caso dentro do paradigma que lhe foi apresentado (fato e ordenamento).

Assim, ao juiz é imposto o dever de submeter as razões apresentadas pelas partes e de admitir a possibilidade de ser influenciado por estes fundamentos, sendo, ao final, uma obrigatoriedade, moral e legal, a exposição dos motivos pelos quais aderiu a determinada tese e por quais motivos não aderiu às demais, como hoje preceituam o artigo 315, § 2º, IV, do Código de Processo Penal, e o artigo 489, § 1º, IV, do Código de Processo Civil.

Por isso, e novamente frisamos, é tão equivocada a ideia de que Dworkin legitima decisionismos e ativismos judiciais, é *exatamente* o contrário. Toda a sua teoria é baseada em interpretação e fundamentação desta interpretação, de modo que jamais se pode admitir uma decisão autoritária ou sem fundamento, o contraditório é

²³³ DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 63-64.

essencial para uma democracia, esta última um valor defendido incondicionalmente pelo autor.

Em outros termos, e aqui sempre em combate à discricionariedade, o paradigma para Dworkin não é uma opinião ou um entendimento de um juiz, mas a construção a partir de um produto de interpretações de uma “massa jurídica” (legislativo, jurisprudência, doutrina, advogados, Ministério Público) com base nas melhores razões, sujeitas ao confronto com outras razões e a fundamentação do seu posicionamento, o que, afasta de plano a possibilidade de decisões autoritárias e matematizadas, como uma mecânica invocação de precedentes de um determinado tribunal, mesmo porque a interpretação construtiva jamais pode ser embasado em um discurso de autoridade.

Esta racionalidade da decisão e a apresentação da resposta *correta* não estão ligadas a uma vontade subjetiva do julgador ou a um procedimento racionalizante, mas aos parâmetros interpretativos definidos pelo paradigma fático, aqui entendido como um pano de fundo ou aquilo que já está estabelecido em um ambiente jurídico. Não há um mero modelo de entendimentos, mas um horizonte interpretativo, do qual se extraem os sentidos.

A leitura do caso concreto, portanto, deve prestar contas à historicidade da comunidade jurídica, muito próximo do que prelecionam Gadamer e Müller (ainda que em contextos distintos), pois o direito é um sistema coerente e íntegro.

Para ilustrar esta sua construção, Dworkin fornece mais uma brilhante metáfora: o romance em cadeia,²³⁴ em que o autor propõe um exame imaginário em que tomamos o direito como um romance a ser escrito por uma equipe de escritores, de sorte que cada um ficaria incumbido de redigir um capítulo por vez.

Os romancistas teriam a responsabilidade de criar um enredo único, integrado, em vez de uma série de contos independentes com personagem de mesmo nome. Assim, o primeiro redator entrega o primeiro capítulo, o segundo lê e cria outro, preservando o âmago do enredo, ao passo que o terceiro lê os dois primeiros e mantém a construção da história e assim por diante, sempre de forma coerente com os capítulos anteriores.

²³⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 235-240.

Segundo Dworkin, “decidir casos controversos no direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário”,²³⁵ em que cada juiz atua como um romancista na corrente, lendo tudo o que outros juízes, sobretudo os de cortes superiores, escreveram no passado, a fim de absorver não só o que disseram, mas por que disseram e como fizeram coletivamente para chegar a determinada conclusão, em respeito à integridade do direito:

A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas *comunidades de princípios*, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antiética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade. Ou seja: por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, não pode ele quebrar a integridade do direito, estabelecendo um “grau zero de sentido”, como que, fosse o direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso – a morte do personagem – não fosse condição para a construção do capítulo seguinte.²³⁶

Assim, tanto no romance em cadeia quanto no direito, não se pode escrever cada capítulo como bem quiser. É necessário respeitar todo o enredo, de modo que o mocinho não pode simplesmente morrer em um capítulo sem um fundamento.

Contudo, isto não significa que o direito seja imutável ou que a história não possa assumir novos rumos, muito pelo contrário. Assim como na ficção o personagem principal pode morrer, desde que seja mantida a coerência com o restante do enredo construído anteriormente e com o que se pretende para com o futuro, no direito são possíveis mudanças de entendimento, contanto que sejam respeitados os horizontes do ordenamento e do caso concreto, bem como mantidas coerência e integridade.

No campo artístico, temos o notório exemplo do aclamado seriado televisivo “Game of Thrones”, inspirado na obra de George R. R. Martin, em que o até então protagonista Ned Stark é executado já na primeira das oito temporadas da série. Embora surpreendente, o assassinato do personagem guardou consonância com a história e alterou o enredo de forma a propiciar o melhor desenrolar da narrativa.

Inclusive, segundo um dos sete roteiristas e produtor do show, Bryan Cogman, havia uma divisão entre os roteiristas de acordo com o enredo e as temporadas, sendo

²³⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 237.

²³⁶ ABOUD, Georges; STRECK, Lenio. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 118.

incumbido a determinado redator que escrevesse as cenas de personagens específicos, enquanto outro se responsabilizava por outro setor da trama, sempre com o devido respeito aos horizontes da obra, o contexto em que se encontram e para que fins se destinavam.²³⁷ Assim, não cabia a cada um dos redatores formular um episódio de acordo com a sua vontade, “matando” ou “salvando” o personagem que mais lhe agradava. Evidentemente, todos os diálogos, cenas e destinos serviam a um conteúdo integrado e coerente.

No direito ocorre fenômeno muito semelhante. Tal qual um roteiro de cinema ou televisão, os entendimentos jurisprudenciais passam por mudanças, desde que respeitados toda a comunidade de princípios e regras, os preceitos morais de dada sociedade, a historicidade do ordenamento jurídico e a faticidade, de modo que se persiga incessantemente a *coerência* e a *integridade* do direito.²³⁸

Aliás, tais mudanças são, não só possíveis, como necessárias a depender da matéria, tendo em vista que o direito, como prática interpretativa que é, não pode ser mantido com base em argumentos de autoridade e reprodução eterna de ementas e súmulas. Os entendimentos corretos devem permanecer vigentes e os incorretos devem ser modificados, ambos a partir da fundamentação correta:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que "lei é lei", bem como o cinismo do novo "realismo". Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da

²³⁷ COLLINS, Sean T. *Blood Caffeine Sex Magic: How 'Game of Thrones' Gets Written*. **OBSERVER**, Los Angeles, 02 de abr. de 2015. Disponível em: <https://observer.com/2015/04/blood-caffeine-sex-magic-how-game-of-thrones-gets-written/>. Acesso em 01 de jun. de 2021.

²³⁸ “O segundo princípio [a integridade na aplicação judicial] [...], explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante”. DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 203.

prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer.²³⁹

Exemplo perfeito disso é o próprio *princípio da confiança no juiz da causa*, entendimento jurisprudencial vigente desde a década de 1930, empregado em dezenas de milhares de julgados Brasil afora, quase sempre invocando julgado anterior como “supedâneo” de sua aplicação, mas que, embora respeite a historicidade e os “capítulos anteriores” da jurisprudência, se mostra completamente incoerente com os demais princípios do ordenamento brasileiro, conforme será demonstrado a seguir.

A ideia é que se possa aniquilar este e demais malfadados personagens de uma trama jurisprudencial ferida por paradigmas jurídicos e filosóficos atrasados, como: (i) o *assujeitamento* do objeto por parte do intérprete, de modo a propiciar discricionariedades e decisões voluntaristas como “livre convencimento” (seja ele motivado, ou não); (ii) a matematização da interpretação e da aplicação do direito e a mesmo a cisão entre compreender/interpretar/aplicar no ato decisório; (iii) a separação entre *questões de fato* e *questões de direito* no momento interpretativo; (iv) o desrespeito aos horizontes do ordenamento jurídico e à integridade e coerência do sistema, a partir da criação de “*princípios*” em contrariedade a valores constitucionais expressos.

Neste sentido, de tudo o que foi exposto nestes dois últimos capítulos, espera-se ter ficado clara a intersecção das teorias de Gadamer, Müller e Dworkin no sentido da necessidade de uma visão interpretativa e prática da ciência jurídica, em que a história toma o lugar da matemática e em que a linguagem se mostra como condição de possibilidade primária para a construção do direito, com o devido respeito à tradição, à integridade e à coerência de um ordenamento e de uma comunidade jurídica.

Serão estes os nortes dos dois próximos capítulos, em que se pretende demonstrar por que o *princípio da confiança no juiz da causa* não constitui um princípio jurídico, tampouco tem o condão de alicerçar uma decisão judicial democrática e fundamentada.

²³⁹ DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 274.

CAPÍTULO 4 – POR QUE A CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA NÃO É UM PRINCÍPIO

Apresentados os conceitos, razões de origem e principais características da aplicação contemporânea do objeto central deste estudo, bem como expostos os quadros referenciais filosófico e teórico que nortearão as análises sobre o *princípio da confiança no juiz da causa*, passa-se à exposição das razões pelas quais este não constitui um princípio jurídico.

Para isso, buscaremos uma confrontação do seu significado (seu *ser*) às definições fornecidas por alguns dos representantes mais aclamados das doutrinas brasileira e estrangeira. Tendo em vista que a definição de princípio não é unânime na literatura jurídica, serão apresentadas as visões de alguns dos mais proeminentes autores sobre o tema, com especial destaque às doutrinas estrangeiras de Ronald Dworkin e Robert Alexy, que servem de norte para boa parte da doutrina brasileira, além das concepções de autores nacionais como Humberto Ávila e Marcelo Neves.

Neste vértice, embora a sua confrontação com a obra de Ronald Dworkin, marco teórico desta dissertação, seja suficiente à demonstração de que o *princípio da confiança no juiz da causa* não constitui um princípio jurídico, a abordagem de outros autores filiados a paradigmas filosófico-jurídicos distintos, como Robert Alexy, Humberto Ávila e Marcelo Neves, tem como finalidade reforçar tal conclusão.

A opção por este arcabouço teórico não se dá, e nem poderia, de forma aleatória ou baseada tão somente na projeção dos autores. Evidentemente, o destaque de cada um deles na realidade jurídica brasileira é fator relevante, porém, essa escolha se dá, também e especialmente, em razão de suas definições acerca dos *princípios* divergirem em muitos aspectos entre si, o que fornece certa isenção à investigação aqui tratada e maior precisão à resposta obtida.

Além disso, essa seleção se justifica, outrossim, pelo fato de as teses destes autores estarem intimamente relacionadas à fundamentação de decisões judiciais, outro tema central da presente dissertação e que será amalgamado no capítulo subsequente.

4.1 O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA E AS ESPÉCIES DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS: OS APORTES NECESSÁRIOS DE RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA

Não há dúvida de que o tema *princípios* é um dos mais estudados e debatidos no meio jurídico brasileiro, dos bancos de graduação à mais fina literatura jurídica. Esse movimento tem acentuado-se, sobretudo nas últimas décadas, em consequência, especialmente, da promulgação da Constituição da República, com sua vasta carga principiológica, e, também, da megaexposição do Supremo Tribunal Federal em casos midiáticos e paradigmáticos, com decisões não raramente ancoradas em princípios.

Em que pese os princípios sejam fundamentais ao direito e pareçam tão firmemente em nossas mãos, o seu conceito não se apresenta de plano, ou seja, pensamos sabê-lo naturalmente, mas há certa dificuldade em definir o que são princípios e como devem agir no ordenamento jurídico.

Com efeito, habitualmente a aparência de caráter de “autoevidência” do significado de *princípios* implica sincretismos e armadilhas conceituais e metodológicas, sobretudo à luz da discricionariedade e da fundamentação das decisões judiciais, tema central deste trabalho.

Isso se deve, em grande medida, ao fato de que o conceito de princípio sofre uma espécie de poluição semântica, dado que o termo em questão é articulado de maneira frequente em diferentes contextos de significados no cotidiano forense e são poucos os que identificam e delimitam essas distinções.

É fácil, por exemplo, perceber a significativa dessemelhança entre os princípios do *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (ninguém pode se beneficiar da própria torpeza), da lesividade e da dignidade da pessoa humana, ainda que todos eles digam respeito, de alguma forma, ao sistema jurídico-penal brasileiro.

Soa-nos lógico que cada um dos três brocardos constitui um princípio jurídico e, ao mesmo tempo, que não se está tratando do mesmo *tipo* de princípio. Ao mesmo tempo, contudo, afigura-se dificultoso, à primeira vista, identificar as reais diferenças entre essas “espécies”.

A propósito, bastante oportuno e elucidativo o enfoque dado ao tema por Rafael Tomaz de Oliveira em sua monografia já exaustivamente citada neste trabalho e

adotada por manuais de altíssimo quilate.²⁴⁰ Segundo o autor, há basicamente três modalidades de “princípios jurídicos” com significados distintos, a saber: a) princípios gerais do direito; b) princípios jurídico-epistemológicos; e c) princípios constitucionais ou, em outra denominação, princípios programáticos ou problemáticos.²⁴¹

Princípios gerais do direito seriam axiomas de justiça imprescindíveis, a partir dos quais é possível preencher lacunas do sistema, além de reduzir eventuais contradições entre normas legais. Estreitamente relacionados às codificações dos anos 1800 e às suas filiações à Filosofia da Consciência, caracterizam-se por condensar valores já manifestados, de forma latente ou não, no ordenamento, servindo como norte jurídico ao legislador e como mais um subsídio ao julgador para a solução de casos concretos, em que a lei que discipline a matéria se mostre insuficiente. Verifica-se, pois, forte caráter matemático, sendo classificados por Oliveira como sintático-semânticos.

Da monografia em voga, destaca-se o seguinte excerto acerca da temática:

Desse modo, nesse primeiro significado, o conceito de princípio opera com alguns pressupostos a serem destacados: 1) a radical separação entre direito e fato e, por conseguinte, a problemática relação entre universal e particular, o que implica a cisão entre teoria e metodologia jurídica; esta se volta para o momento aplicativo-operacional do direito, enquanto aquela tem lugar nos processos gnoseológicos de conhecimento da ordem jurídica; 2) um modelo de ciência jurídica que se pretende estruturar sob processos matemáticos de *definição, organização e fundamentação*; 3) uma imantação do Direito à lei, visto que, mesmo os elementos utilizados para suprir as lacunas (os princípios gerais do direito) – depois que todos os recursos endógenos fracassaram, principalmente a analogia – são conhecidos indutivamente a partir da constatação de lacunas no sistema de regras positivas e depois reduzidas a axiomas que incorporam o sistema e são aplicados por dedução. Dito de outro modo: é da própria lei que se retira o conteúdo que será articulado no argumento dos princípios.²⁴²

No Brasil, os princípios gerais do direito são mencionados na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, em seu artigo 4º, como fonte subsidiária para a

²⁴⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 282.

²⁴¹ OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49.

²⁴² OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 53.

decisão judicial em casos de omissão da lei²⁴³ e no artigo 3º do Código de Processo Penal.²⁴⁴

Como exemplo, cita-se novamente o princípio do *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (ninguém pode se beneficiar da própria torpeza), que respaldou a redação de alguns dispositivos legais brasileiros, como o artigo 565 do Código de Processo Penal²⁴⁵ e o artigo 276 do Código de Processo Civil,²⁴⁶ nos campos das nulidades; sendo, porém, aplicável a diversas outras situações, processuais ou não, em diversas áreas do direito.

A segunda faceta dos princípios exposta por Oliveira são os princípios jurídico-epistemológicos, os quais “*pretendem ser os elementos organizadores do estudo lógico-sistemático de uma disciplina jurídica especializada*”,²⁴⁷ isto é, dirigir e organizar o estudo de disciplinas como Direito Penal, Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário, etc.

Não se trata, portanto, de uma espécie aplicativa de preenchimento de vácuos legislativos, mas de pilstras que estruturam o conhecimento de dada disciplina e permitem uma comunicação direta dos conteúdos que ela estabelece, organizando de forma genérica a temática.

Neste caso, não se verifica grande repercussão normativa, isto é, dificilmente esta espécie de princípios é utilizada como padrão de validade de uma decisão judicial, pelo contrário, em regra se manifestam como um instrumento acadêmico-teórico para reger o estudo da matéria, suprimindo incoerências de forma pedagógica.

Tal qual os princípios gerais do direito, os princípios epistemológicos possuem uma feição matemática pré-dada ao jurista e um forte elo com as codificações do positivismo primitivo permeado pela Filosofia da Consciência.

²⁴³ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

²⁴⁴ Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

²⁴⁵ **Código de Processo Penal:**

“Art. 565. Nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”.

²⁴⁶ **Código de Processo Civil:**

“Art. 276. Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa”.

²⁴⁷ OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 54.

Tendo em vista este caráter matemático de pré-conhecimento ao momento aplicativo e implicação na ordem jurídica como organizadores sistêmicos, além de uma maior fluidez na relação entre os signos de um ordenamento, os princípios epistemológicos se mostram semântico-sintáticos.

Dentre os princípios anteriormente mencionados, o que se enquadra neste significado é o princípio da lesividade penal – sem previsão expressa no Código Penal, mas amplamente reconhecido como efetivo no estudo e concretização do direito penal –, segundo o qual a conduta só pode ser considerada criminosa se houver efetiva lesão ou ameaça a bem jurídico tutelável de terceiro, de modo que o direito brasileiro não pune autolesões.

Vê-se que se trata de um modelo destinado à estruturação do estudo e análise da matéria própria, sem que haja repercussão normativa substancial, em regra.

Por fim, o terceiro significado para princípios jurídicos é aquele voltado aos princípios constitucionais ou pragmáticos/problemáticos, denominação empregada por Rafael Tomaz de Oliveira com base em Josef Esser, espécime mais recorrente atualmente e de visualização mais nítida no processo interpretativo/aplicativo.

São os princípios associados à constitucionalização e “*publicização*” do direito, frente aos grandes códigos privatistas dos dois séculos anteriores. O direito pós-Segunda Guerra Mundial passa por uma virada no interior da interpretação jurídica, relegando o modelo sintático-semântico e adotando uma visão semântico-pragmática a partir da segunda metade do Século XX, contexto em que são trabalhadas as teorias de Alexy (*civil law*) e Dworkin (*common law*), embora naquele o caráter semântico seja mais evidente por conta do seu conceito de norma.

Assim, os princípios constitucionais ou pragmáticos, como o próprio nome já sugere são aqueles que dão primazia para o “momento” concreto de aplicação do direito, em detrimento do “momento” abstrato-sistemático dos princípios gerais do direito e dos princípios epistemológicos, previamente dados e de caráter matemático.

Esta última “espécie” de princípios são pragmático-semânticos, em função da sua aplicação depender dos meandros de cada caso, isto é, as ponderações, os conflitos e o emprego de cada princípio serão determinados pela prática (ao contrário dos outros dois significados), ainda que diferentes culturas e teorias os trabalhe de forma diversa, como Dworkin, Alexy e os outros autores a serem abordados neste capítulo.

Em outros termos, mesmo que variem concepções acerca do que constitui um princípio e de que forma é aplicada, a doutrina jurídica pós-Segunda Guerra, seja ela argumentativistas, positivista, *neoconstitucionalista* ou pós-positivista, trabalhará os princípios constitucionais como elementos norteadores do ordenamento e das decisões judiciais, evidenciando o seu caráter pragmático-semântico.

Assim, embora nenhum dos autores a serem abordados façam menção expressa a essa divisão, ou sequer se preocupem com esta divisão conceitual, é certo que tratam os princípios de forma pragmático-semântica e até com certo grau de generalidade, em alguns casos, circunstâncias que afastam suas concepções dos dois primeiros sentidos dos princípios.

Dentre os exemplos fornecidos neste tópico, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal se amolda a esta espécie dos princípios, haja vista que possui fortes traços pragmáticos, sendo utilizado como parâmetro de validade de decisões jurídicas, como o recente e notório caso do julgamento do Habeas Corpus n. 188.820, pelo Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2021, que autorizou a progressão antecipada da pena dos presos pertencentes ao grupo de risco da COVID-19, que cumpriam pena em regime semiaberto em estabelecimentos prisionais com lotação superior à máxima permitida e que não tivessem sido condenados por crimes praticados mediante violência ou grave ameaça.

Portanto, parece-nos claro que o termo princípio jurídico nem sempre diz respeito ao mesmo significado, dependendo sempre do contexto e do sentido a ele empregado, isto é, quando falamos em princípios jurídicos nem sempre estamos tratando do mesmo tema e isto se mostra bastante nítido no desenrolar da história jurídica da Europa Continental, como vimos no breve resgate histórico operado no terceiro capítulo desta dissertação (itens 3.1 e 3.3).

Voltando ao objeto centro do presente trabalho, tendo em conta o seu caráter aplicativo pragmático-semântico e a forma como empregado, resta claro que o *princípio da confiança no juiz da causa* não pode ser considerado um princípio geral do direito ou um princípio epistemológico, uma vez que tem por finalidade o preenchimento de lacunas deixadas no sistema positivado ou reduzir contradições surgidas da interpretação de regras, tampouco de organizar o estudo ou balizar alguma matéria jurídica.

Restaria, então, a classificação deste “*princípio*” como um princípio pragmático ou princípio constitucional, entretanto, como veremos nos próximos tópicos deste capítulo, embora formalmente possa indicar essa identidade, o seu conteúdo não guarda consonância com o conceito de princípio de nenhuma posição doutrinária coerente, tampouco permite que seja utilizado como justificativa para qualquer decisão judicial que se pretenda democrática.

4.2 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA VS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Conforme já mencionado no início deste capítulo, serão expostas as concepções concernentes aos princípios jurídicos dos autores mais relevantes sobre o tema, dentre eles os estrangeiros Ronald Dworkin e Robert Alexy – expoentes acadêmicos máximos com relação à temática e que servem de norte para boa parte da doutrina brasileira, como devidamente destacado no decorrer do texto – e os brasileiros Humberto Ávila e Marcelo Neves.

Neste caminhar, tendo em conta que Dworkin foi o primeiro dos autores a formular a sua teoria e o fato de que compõe o referencial teórico desta dissertação, inicia-se esta investigação pela exposição dos seus pressupostos jurídicos relacionados aos princípios, seguindo-se por Alexy e um terceiro tópico dedicado ao destaque das principais distinções entre os autores, passando-se aos juízos de Humberto Ávila e Marcelo Neves.

Ao final, evidenciadas as razões pelas quais o *princípio da confiança no juiz da causa* não representa um princípio jurídico brasileiro, far-se-á uso dos ensinamentos de Luís Alberto Warat sobre por que razões o brocardo ainda é aplicado de forma tão corriqueira pela jurisprudência.

4.2.1 A aceção de Ronald Dworkin

No último tópico do capítulo anterior, destinado à apresentação do marco teórico deste trabalho, foi descrito que os dois primeiros livros de Dworkin foram dedicados a contrapor o positivismo jurídico, especialmente à obra de Herbert L. A. Hart, maior expoente positivista dos países da *common law*.

De modo geral, pode se dizer que Hart apresenta uma teoria geral, descritiva e normativa do direito: **(i)** geral, porque não se destina a um modelo ou cultura diferente, mas a um espectro amplo do direito, entendido como instituição social e política complexa; **(ii)** descritiva, na medida em que é moralmente neutro e sem pretensões de justificação morais para as formas e estruturas jurídicas; e **(iii)** normativa por conta da centralidade do conceito de regras.²⁴⁸

Ancorado em um paradigma positivista de norma como comandos abstratos que preveem sanções em caso de descumprimento dos preceitos primários e em pressupostos oriundos da Filosofia da Consciência, especialmente o modelo Sujeito-Objeto (S-O) e a livre atribuição de sentido aos termos contidos na lei, Hart reconhece a abertura da linguagem como um impeditivo do fechamento total de um ordenamento e oferece como “solução” para as anomias, lacunas ou indeterminação do direito, a *discricionariade judicial*, ou, em outros termos, a prevalência da escolha (arbitrária ou não) do julgador.

Dworkin se opõe drasticamente ao ideário positivista que admite a existência de mais de uma resposta válida para casos jurídicos e que o juiz pode escolher discricionariamente qualquer uma delas como forma de decisão, desde que dentro dos limites semânticos das regras.

Como visto no capítulo anterior, o autor rechaça completamente a mentalidade discricionária do positivismo, baseado em dois princípios basilares:

(i) a dignidade humana, que constitui o direito dos indivíduos de receberem tratamento igualitário e coerente dos entes estatais, de modo que, em casos semelhantes, não é cabível, por exemplo, que um cidadão aguarde preso o julgamento do seu processo e outro seja agraciado com a liberdade provisória, a depender do senso de justiça ou das preferências morais do magistrado designado ao caso.

(ii) a integridade do direito, segundo o qual uma decisão judicial estará devidamente justificada não apenas quando respeita procedimentos e limites semânticos de determinado texto legal, mas quando fundamentada de forma coerente ao conjunto de princípios que compõem a integridade moral da comunidade.

²⁴⁸ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 300-301.

Para o autor, a textura aberta da linguagem e das regras não geram brechas ou lacunas no ordenamento que permitam o julgador exarar decisões de acordo com a sua consciência ou a sua vontade, pelo contrário, o direito é um sistema íntegro e coerente, de sorte que as decisões judiciais devem ser construídas com base nas melhores razões aptas a fornecerem a resposta correta de acordo com todo o arcabouço de regras e princípios.

Na esteira da leitura de Lenio Streck sobre a posição *dworkineana*, à qual o autor faz coro, os princípios constituem o elemento de *fechamento* da interpretação ou de preenchimento dos “espaços vazios” provocados pela abertura semântica das regras, de modo a orientar a decisão no sentido de encontrar a resposta adequada para o caso concreto, baseado nos preceitos morais da comunidade.²⁴⁹

Neste ponto se faz necessária a inclusão de um par de parênteses para salientar que o papel dos princípios como elementos de fechamento do processo interpretativo não se iguala ao preenchimento das “lacunas” do ordenamento pelos princípios gerais do direito, que, como vimos, possui forte caráter matemático e sintático. Os princípios fecham as texturas semânticas abertas da linguagem, isto é, das regras, e trazem o mundo prático para o processo interpretativo, como instância pragmático-semântica da interpretação.

Dito de outra forma, princípios são a manifestação das virtudes do ordenamento, os elementos formadores da história institucional de determinada sociedade, alicerces morais do direito. Fazendo uma analogia com o comportamento pessoal dos indivíduos, quando dizemos que uma pessoa é “um sujeito *de princípios*”, referimo-nos ao modo íntegro como ela se comporta, agindo coerentemente com aquelas virtudes das quais ela não abre mão.

É neste sentido a acepção *dworkineana* de princípios de um ordenamento jurídico, são as virtudes de determinada comunidade, de sorte que “passa a ser impossível distinguir – de modo antecipado, vale dizer: matemático – um princípio jurídico de um princípio moral ou social. A juridicidade do princípio somente poderá ser determinada efetivamente no momento de sua interpretação”.²⁵⁰

²⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 255.

²⁵⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 200.

Partindo deste ponto, temos que os argumentos construídos em princípios descrevem direitos e, por isso, contém uma exigência de justiça, de preservação de dignidade humana, igualdade, coerência e integridade.

Destarte, deve ser rechaçada a ideia de que princípios estão em uma prateleira à disposição do julgador, que deve/pode escolher um ou outro para fundamentar sua decisão. Para Dworkin e para esta dissertação, além de decidir não ser o mesmo que escolher, os princípios não podem ser considerados isoladamente, mas como partes de um todo, de modo que toda decisão jurídica abarca todos os princípios, havendo, em algumas hipóteses, a preponderância de um sobre o outro, a depender do caso concreto e desde que esta prevalência configure a decisão correta, de acordo com a integridade e a coerência do ordenamento:

Argumentei que princípios, como os que mencionei, entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como “válido”.²⁵¹

Oferece-se como exemplo uma decisão que decreta a prisão preventiva de um indivíduo suspeito de homicídio. É evidente que qualquer comando judicial de segregação, ainda que cautelar, é uma transgressão ao princípio da liberdade (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII), além de, caso a prisão tenha sido decretada sem o conhecimento do investigado (e na esmagadora maioria das vezes o é), uma violação ao princípio do contraditório (art. 5º, LV). No entanto, o indeferimento do pleito acusatório pode representar uma violação aos princípios da igualdade e da segurança (art. 5º, *caput*), cabendo ao juiz do caso apresentar as razões, baseadas no caso concreto, pelas quais os dois primeiros princípios devem ter seu peso atenuado (não afastados ou revogados, mas com incidência mais branda).

Portanto, não é facultado ao juiz que invoque um ou dois princípios quando observar que as regras não são suficientes para justificar uma decisão jurídica. Como dito, os princípios gravitam no direito, todos simultaneamente com incidência em todas

²⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 46.

as hipóteses, mas com dimensão de peso distinta, a depender do caso concreto, ficando a cargo do magistrado demonstrar de que forma a sua decisão respeitou a comunidade íntegra e coerente dos princípios para obter a resposta correta, regra particular ou, na denominação de Müller, norma:

Uma vez que tenhamos identificado os princípios jurídicos como tipos particulares de padrões, diferentes das regras jurídicas, subitamente nos damos conta de que estão por toda a parte, à nossa volta. [...] Mas eles parecem atuar de maneira mais vigorosa, com toda sua força, nas questões judiciais difíceis, como os casos *Rigs* e *Heningsen*. Em casos como esses os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicos particulares. Depois que o caso é decidido, podemos dizer que ele ilustra uma regra particular (por exemplo, a regra de que um assassino não pode beneficiar-se do testamento de sua vítima). Mas a regra não existe antes de o caso ser decidido; o tribunal cita princípios para justificar a adoção e a aplicação de uma nova regra.²⁵²

Tendo em vista esta dimensão prática de clarificação do papel dos princípios apenas a partir do caso concreto e a sua historicidade, a verificação da hipótese do *princípio da confiança no juiz da causa* constituir, ou não, um princípio jurídico aos olhos da teoria de Dworkin deve se ater à forma como ele é empregado e examinar se, de modo concomitante: **(i)** ele consagra um *direito* individual-universal; **(ii)** o seu conteúdo é convergente à integridade do direito; e **(iii)** a sua aplicação se coaduna com os preceitos de dignidade humana.

Diante de toda análise perquirida desde o primeiro capítulo, mostra-se de solar clareza que *a confiança no juiz da causa* não se amolda a nenhuma das três exigências elencadas.

Como visto, o *princípio da confiança no juiz da causa* institui que os fundamentos apresentados pelo magistrado de primeiro grau merecem maior credibilidade, devendo, em regra, ser mantida sua decisão, por conta da maior proximidade do juiz com o local, as pessoas e as provas relacionadas aos fatos, se comparado com os togados de instância superior.²⁵³

²⁵² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 46.

²⁵³ “Há que se considerar que o Juízo de piso, devido a sua proximidade com os fatos, é quem melhor pode avaliar a necessidade da manutenção da medida, em observância ao princípio da confiança no Juiz do processo”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma) Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 124.729/SE. Relator: Min. Sebastião Reis, Data de Julgamento: 23/06/2020, Data de Publicação: DJe 30/06/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 22/05/2021.

(i) Diante disso, o não cumprimento do primeiro dos requisitos é, talvez, o mais claro dentre os exigidos. Isso porque é inconcebível que alguém alegue que um indivíduo tem o direito de ter a decisão de primeiro grau mantida por conta da proximidade do juiz de primeiro grau com a causa.

O *princípio da confiança no juiz da causa* não representa nenhuma virtude ou princípio moral a ser valorizado. Não há um conteúdo virtuoso, uma prerrogativa natural de um cidadão de ter uma decisão de primeira instância mantida, sobretudo porque as decisões podem lhe ser desfavoráveis.

Neste sentido, um princípio ou direito representa uma virtude quando é uníssono entre todos os indivíduos que aquilo representa um valor moral a ser mantido, como o devido processo legal, por exemplo. Naturalmente, qualquer cidadão concorda que, se fosse acusado de algum crime, deveria lhe ser oportunizado um julgamento dentro dos procedimentos e regras instituídos democrática e anteriormente ao fato. Por outro lado, não se pode afirmar que as pessoas entendam como correta a manutenção de toda e qualquer decisão de primeiro grau em razão da proximidade do juiz com os fatos e os elementos que o cercam.

Aliás, se assim fosse, todas as contrarrazões de qualquer recurso teriam como o primeiro fundamento o "*princípio da confiança no juiz da causa*", cabendo ao tribunal expender larga fundamentação para reformar qualquer decisão. Como vimos, os princípios orbitam o ordenamento permanente e simultaneamente, de modo que, ao eleger a predominância de um sobre os outros, o magistrado deve oferecer as razões pelas quais um princípio teve sua dimensão de peso atenuada.

Se o referido brocardo, de fato, constituísse um princípio, todo julgamento de segundo grau que reformasse uma decisão proferida por juiz singular deveria destinar um tópico para fundamentar o afastamento de sua aplicação, o que é, por óbvio, um contrassenso, haja vista que colocaria o juiz de primeiro grau em um patamar acima dos julgadores de instância superior.

Decisões judiciais de primeiro grau podem ser mantidas ou reformadas, a depender do caso e dos fundamentos para tanto, de modo que não se pode transformar uma decisão de manutenção em um "*princípio da confiança no juiz*", porque ela não constitui o direito de ninguém a nada.

Neste caminhar, se podemos dizer que uma decisão pode ser mantida com base no *princípio da confiança no juiz da causa*, poderíamos então dizer que uma decisão

reformada é calcada no "princípio da desconfiança no juiz"? É evidente que não. Um julgamento de segundo grau que mantém uma sentença não se dá (ou ao menos não deveria) fulcrada em uma confiança pessoal ou institucional na pessoa do magistrado de piso, da mesma forma que um acórdão em *habeas corpus* que revoga uma prisão preventiva jamais pode ser considerado uma ordem jurisdicional amparada na desconfiança pessoal ou institucional contra o juiz.

Decisões judiciais são atos estatais, republicanos e democráticos, não podem se limitar a preferências pessoais, confianças ou desconfianças, afinidades ou antipatias morais, devem ser fundamentadas em razões jurídicas e racionais.

Assim, verifica-se o não cumprimento do primeiro dos requisitos para que se possa cogitar o conceito de *princípio da confiança no juiz da causa* como um possível argumento de princípio jurídico à luz da obra de Ronald Dworkin.

(ii) Já no que se refere à integridade do direito,²⁵⁴ elemento fundante da teoria *dworkineana*, temos que o *princípio da confiança no juiz da causa* contraria a ideia de princípio e de integridade por ter sido uma criação jurisprudencial sem nenhuma relação com algum preceito legal.

Consoante já delineado no primeiro capítulo, o dito "princípio" se formou a partir de um costume jurisprudencial, uma ferramenta argumentativa, sem que tenha tido seu conteúdo extraído de nenhuma regra ou princípio do ordenamento jurídico da época, tampouco do sistema atual.

Embora Dworkin admita a construção da interpretação do direito pela jurisprudência, é necessário que respeite a história institucional e, sobretudo, a integridade do ordenamento. Não nos cansemos de afirmar: "não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa", há limites interpretativos, horizontes legais e constitucionais a serem respeitados, algo que o *princípio da confiança no juiz da causa* não se propõe a respeitar.

Neste contexto, podemos nos valer das lições de José Afonso da Silva, em que pese a totalidade da sua obra não se assemelhe com a teoria *dworkineana*, mas que

²⁵⁴ "O princípio de integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido. [...] Explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante". DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 203.

se aproxima ao autor americano ao propagar a sua rejeição à “criação de princípios” pela jurisprudência:

Tudo isso mostra que os princípios jurídicos não são criações artificiais, como pensam os positivistas. Já observamos antes que os princípios são matérias de fato, no sentido de que não são invenções teóricas. Agora, cumpre-nos fundamentar esse entendimento com algo insofismável, qual seja, toda sociedade humana possui certa bagagem cultural que se traduz em ideais comunitários e símbolos de consciência grupal. Aí, no jogo das relações humanas, no entrelaçamento dos interesses, se formam certos ideais particulares de justiça dotados de incipiente normatividade, ainda como simples sentimento jurídico ou representações jurídicas, "que se formam em virtude de valores que se projetam sobre fenômenos sociais variáveis, e precedem a regra de direito objetivo, são o antecedente natural das normas jurídicas promulgadas pelo legislador".⁴³ Essas representações, em verdade, são os princípios em formação, a serem descobertos pelo legislador ou pela doutrina.²⁵⁵

Este trecho e a própria teoria de Dworkin nos autorizam a dizer que um princípio não pode ser simplesmente inventado, trazido ao cotidiano forense por meio de uma ou muitas decisões judiciais, como se expressasse a verdade sobre como o direito deve ser.

A jurisprudência constrói interpretações com base no ordenamento e na história institucional, não o contrário, isto é, não pode ser responsável ela por construir o ordenamento e ignorar a os preceitos que fundam um sistema jurídico. Princípios não são criados a partir de costumes jurisprudenciais, como visto à exaustão. Sobre este ponto, é oportuna a transcrição de elucidativo trecho da obra de Georges Abboud e Lenio Streck:

Aqui já de pronto transparece uma questão nova: a coerência e integridade são antiéticas ao panprincipiologismo, pela simples razão de que a “invenção” de um “princípio” sempre é feita para quebrar a integridade e a cadeia coerentista do discurso. Aliás, se é para confirmar a integridade e seguir coerentemente com o que vem sendo decidido, não há necessidade de se intentar princípios. [...]
Exigir coerência e integridade quer dizer que o aplicador *não pode dar o drible da vaca hermenêutico* na causa ou no recurso, do tipo “seguindo minha consciência, decido de outro modo”.²⁵⁶

No caso do Brasil, não há convívio entre o *princípio da confiança no juiz da causa* e os valores e princípios abrigados pela Carta Magna (o que ficará ainda mais claro

²⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 629.

²⁵⁶ ABOUD, Georges; STRECK, Lenio. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 119.

no capítulo seguinte deste trabalho), não cabendo ao Poder Judiciário a inclusão de um instrumento argumentativo como se fosse um princípio, um elemento fundante da juridicidade brasileira, elevando-o ao grau de institutos como a individualização das penas, a presunção de inocência, o devido processo legal, o contraditório, dentre tantos outros princípios constitucionais que, de fato, representam direitos do indivíduo e simbolizam os valores pátrios.

(iii) O terceiro e último requisito para aferir se o *princípio da confiança no juiz da causa* representa um princípio jurídico à luz da teoria de Ronald Dworkin é a obediência aos preceitos da dignidade humana, pressuposto basilar de todo arcabouço teórico do professor norte-americano.

O princípio da dignidade humana de Dworkin consiste no direito de todos os seres humanos receberem o mesmo tratamento do poder público e de terem autonomia sobre suas próprias vidas. Assim, duas decisões que tratam desigualmente duas situações de mesmo grau infringe o princípio basilar de Dworkin.

Uma análise detida do histórico envolvendo o *princípio da confiança no juiz da causa* revela que não pode ser considerado um princípio jurídico à luz da teoria *dworkiniana*, pois, como apontado por Lenio Streck, o “princípio” é um instrumento decisório que serve tanto para prender quanto para soltar, ainda que se tratem de casos “idênticos”,²⁵⁷ isto é, o juiz não tem o *dever* de julgar de acordo com este “princípio”, mas pode *escolher* aplicá-lo ou não.

Retornamos ao ponto de que, tanto para Dworkin quanto para esta dissertação, decidir não é escolher. Esta ideia positivista, aliás, é completamente rechaçada por Dworkin já nos seus escritos iniciais da década de 1960, como o capítulo “Modelo de Regras II” do livro *Levando os direitos a sério*, em que sustenta:

No capítulo 2, afirmei que os princípios, como o princípio de que um homem não pode beneficiar-se de seus próprios delitos, não podem ser apreendidos por uma regra de reconhecimento simples, como a regra segundo a qual tudo o que o Parlamento promulga constitui direito. O positivista, como afirmei, tem essa escolha. Ele pode alegar que esses princípios não fazem parte do direito, porque o juiz não tem nenhum dever, mas apenas um poder discricionário de leva-los

²⁵⁷ “Isso é um problema paradigmático. O princípio da confiança no juiz da causa, que serve para prender e para soltar, é muito usado. Se quer prender o acusado, basta dizer que confia no juiz da causa, enquanto se quer soltar também é só utilizar como base o mesmo princípio.” STRECK, Lenio. **Promessas constitucionais de modernidade e ausência de Estado social: desafios e consequências**. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira (org). *Grandes Eventos do IDP: Direito Constitucional*. Brasília: IDP, 2017, p. 86.

em consideração. Ou pode admitir que pertencem à esfera do direito e mostrar como uma regra social de reconhecimento mais complexa, capaz de apreender tais princípios. O positivista poderia, sem dúvida, combinar essas estratégias: poderia argumentar que uma regra de reconhecimento mais complexa incorporaria alguns dos princípios que os juízes citam e, em seguida, argumentar que os juízes não têm o dever de aplicar nenhum princípio além desses.²⁵⁸

Essa crítica de Dworkin é facilmente direcionada ao *princípio da confiança no juiz da causa*, haja vista que os tribunais que o aplicam de forma mais frequente, como as Cortes do Pará, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais e Santa Catarina, protagonizaram nos últimos anos diversos casos em que a mesma câmara julgadora, no mesmo dia, pode “confiar” ou “desconfiar” do juiz, ainda que em casos similares, por pura discricionariedade.

Apresenta-se como exemplo os emblemáticos jurídicos operados pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina²⁵⁹ e pelo Supremo Tribunal Federal²⁶⁰ no ano de 2017.

Na ocasião, o magistrado de primeiro grau determinou a saída antecipada de apenada no regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda em prisão domiciliar, por não haver estabelecimento prisional adequado ao seu regime de pena, o que motivou a interposição de Agravo em Execução pelo Ministério Público de Santa Catarina.

Em suas razões recursais o representante do *parquet* reconheceu que o Presídio Regional de Joinville, estabelecimento em que a agravada cumpria sua pena antes da concessão da saída antecipada, não possuía condições condizentes com o regime semiaberto, motivo pelo qual requereu a expedição de ofício ao DEAP (Departamento de Administração Prisional) solicitando a indicação de vaga em ergástulo outro que comportasse o regime semiaberto em qualquer comarca do Estado e, em caso de existência, o reestabelecimento da prisão e a imediata transferência da reeducanda.

²⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 102.

²⁵⁹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (Terceira Câmara Criminal). Agravo em Execução n. 0003817-22.2017.8.24.0038, Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, julgado em 31/10/2017. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em 30/04/2021.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Reclamação Constitucional n. 29.016/SC, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgada em 14/11/2017. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=29016&sort=score&sortBy=desc. Acesso em: 30/04/2021.

No julgamento do feito, a Terceira Câmara Criminal da Corte Catarinense deu provimento ao recurso ministerial para cassar o benefício de saída antecipada, sob o argumento de que não haviam sido respeitados os parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 641.320, com repercussão geral. Em consequência disso, determinou-se o retorno da apenada ao Presídio Regional, ergástulo em que estava reclusa anteriormente, e o encaminhamento de ofício ao DEAP para que promovesse a sua transferência para estabelecimento adequado ao regime semiaberto no prazo de 60 (sessenta) dias.

No corpo do voto, o desembargador relator registrou, ainda, que o Complexo Penitenciário de Joinville, mais especificamente a Penitenciária Industrial, contava com local apropriado para o cumprimento da pena no regime semiaberto, não havendo razões concretas a autorizar a soltura antecipada da apenada.

Por entender violado o precedente com repercussão geral do Recurso Extraordinário n. 641.320, a reeducanda ajuizou Reclamação Constitucional ao Supremo Tribunal Federal, requerendo a reforma da decisão emanada do Tribunal de Justiça de Santa Catarina com base especialmente no *princípio da confiança no juiz da causa*.

Seguindo a lógica do brocardo, a defesa invocou o argumento de que o magistrado de primeiro grau tinha maior proximidade com a realidade fática envolvendo o sistema penitenciário da Comarca e, por conta disso, deveria receber a confiança da Corte Suprema.

A Reclamação foi julgada monocraticamente pelo Ministro Gilmar Mendes, que negou seguimento à ação por não ter havido transgressão ao precedente paradigma, uma vez que teria sido determinada alocação da reeducanda a estabelecimento prisional apropriado ao regime.

No corpo da fundamentação, o Ministro dá especial destaque ao trecho do acórdão reclamado em que o Desembargador Relator registra a existência de regime semiaberto em outro ergástulo da Comarca, a Penitenciária Industrial.

No entanto, nenhum dos dois Tribunais se atentou ao fato de que a referida Penitenciária Industrial abriga apenas reeducandos do gênero masculino e, portanto, era completamente inconciliável com a situação da reclamante, embora o juiz de primeiro grau tenha consignado enfaticamente, inclusive por mais de uma oportunidade, esta incompatibilidade. Um claro demonstrativo de que esta tentativa

de julgar apenas “questões de direito” e negligenciar os fatos culmina em equívocos não só epistemológicos, mas também de justiça.

Verificou-se, então, que, mesmo com menção expressa da defesa ao princípio da confiança no juiz da causa, o Supremo Tribunal Federal não prestigiou a decisão do magistrado de piso. Colocadas em conflito as posições dos togados de primeiro e de segundo grau, prevaleceu o entendimento talhado no julgamento colegiado, ainda que a proximidade entre o juiz do processo e os fatos lhe conferisse, em tese, melhores condições de tomar a decisão mais acertada.

A própria Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo em Execução também não havia empregado o aludido “princípio” neste caso especificamente, apesar de no mesmo dia 31 de outubro de 2017, na mesma sessão de julgamento, em outro Agravo em Execução de relatoria do mesmo Desembargador, ter utilizado o refalado brocardo para fundamentar outra decisão.²⁶¹

Ora, se juiz de primeiro grau merece mais credibilidade por estar mais próximo das pessoas, dos fatos e das provas, por que razão não lhe foi atribuída esta confiança no primeiro caso, mas no segundo foi?

Em verdade, o processo relatado demonstra que a *confiança no juiz da causa* nem sempre admite aplicação, mesmo em hipóteses em que não haja conflito entre esta confiabilidade e outro princípio.

Na verdade, este “princípio” configura um verdadeiro instrumento de concretização de ideais positivistas de discricionariedade judicial, em que o juiz escolhe, dentro dos limites semânticos de regras, a decisão que se enquadrar na sua vontade, de modo que pode utilizar o mesmo fundamento tanto para uma decisão em sentido A ou em sentido B, ainda que inversos, como é o caso de uma determinação de uma antecipação ou manutenção de regime prisional.

O caso narrado é emblemático e bastante curioso, pois, coincidentemente, a Câmara julgadora em segundo grau adota o “princípio” em processo da mesma natureza, sustentando confiar na decisão do juiz que está mais próximo, ao passo que modifica decisão de outro juiz. Além disso, o defensor da reeducanda faz referência

²⁶¹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (Terceira Câmara Criminal). Agravo em Execução n. 0000149-47.2017.8.24.0069, de Araranguá. Relator: Des. Leopoldo Brüggemann, julgado em 31/10/2017. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em 30/04/2021.

ao brocardo em novo recurso e o Ministro relator ignora a argumentação e mantém a decisão de segundo grau, sem perceber que, assim como os desembargadores, não se atentou para uma circunstância ligada ao fato, como a capacidade das penitenciárias e os gêneros dos internos abrigados em cada estabelecimento prisional.

Alguns defensores da aplicação do *princípio da confiança no juiz da causa* poderiam sustentar que este caso é um demonstrativo de que o magistrado de piso conhece melhor a realidade e pode adotar a melhor medida, uma vez que o juiz singular tinha conhecimento sobre as especificidades de cada ergástulo justamente por judicar na área.

Ocorre que este conhecimento do julgador de primeira instância não está adstrito a informações oriundas de elementos alheios ao processo, mas de dados constantes nos autos. Assim, bastava que os desembargadores e ministro lessem detidamente cada linha do processo para que tomassem conhecimento destas circunstâncias, ainda que estivessem milhares de quilômetros de distância do local dos fatos.

Estar próximo às pessoas, aos fatos e às provas pode oferecer algumas pequenas facilidades na análise do processo, mas não constitui elemento de superioridade ao magistrado de primeiro grau sobre os julgadores de instâncias superiores.

Destarte, diante do fato de que o *princípio da confiança no juiz da causa* não equivale a um direito individual universal, não promove a integridade e coerência do ordenamento, tampouco dialoga com a dignidade humana, resta de solar clareza que não constitui um princípio jurídico segundo a obra de Ronald Dworkin.

Por fim, embora não se tenha notícia de que a *confiança no juiz da causa* tenha sido cogitada como uma diretriz política no conceito *dworkineano*, é salutar expender breves linhas para esclarecer que a ideia de credibilidade maior ao magistrado de primeiro grau em razão de sua proximidade com os fatos não pode jamais representar o padrão normativo definido pelo professor de Oxford.

Isto, pois, conforme já destacado, as diretrizes políticas são metas coletivas transformadas em políticas públicas para que um objetivo social a favor de um grupo (maioritário ou minoritário) seja alcançado pelo direito. Assim, diferente de um princípio, que se destina à consagração de um direito fundamental, as políticas são parciais e consistem na melhoria de algum aspecto econômico, político ou social

desejável, como é o caso da erradicação da pobreza (art. 3º, III, da Constituição Federal), que deu azo à instauração do programa político “Bolsa Família”.

Verifica-se, portanto, que este padrão normativo de Dworkin não possui caráter deontológico, nem oferece os meios para a consecução dos objetivos que propõe. No caso do exemplo acima, temos que é um objetivo contínuo da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza (diretriz política), mas não há estabelecimento nesta diretriz quais são os meios que serão empregados para obtenção deste resultado. O “Bolsa Família”, então, não é a diretriz política em si, pois essa é a erradicação da pobreza, o programa governamental é apenas o ato político implementado para consecução do objetivo.

Neste sentido, Dworkin sustenta, de forma peremptória, que juízes não estão autorizados a trabalhar com diretrizes políticas. Este padrão normativo se desenvolve no debate político, que não se dá no judiciário,²⁶² mas no âmbito legislativo e executivo.

Diante destas circunstâncias, ou tendo em vista que *a confiança no juiz da causa* é um “argumento jurídico” aplicado em decisões judiciais como tentativa de justificar a tomada de uma decisão jurídica, e não política, além de não representar um objetivo social, político ou econômico a ser alcançado, resta inconfundível que o brocardo não representa uma diretriz política.

Ainda, sem que sejam necessárias maiores digressões, menciona-se ser óbvio que o referido brocardo também não se enquadra na definição de regra de Dworkin, pois não se aplica ao modo *tudo-ou-nada*, bem como não apresentam uma consequência jurídica certa e determinada. Se assim fosse, todas as decisões judiciais de primeiro grau que obedecessem aos requisitos formais, ou seja, que não incorressem em alguma nulidade (como a decisão de um juiz incompetente), seriam mantidas, sem que o grau de correção fosse avaliado por um tribunal revisor, o que é inimaginável.

Frente a tudo isso, parece-nos evidente que o *princípio da confiança no juiz da causa* não constitui um padrão normativo à luz da teoria de Ronald Dworkin, tampouco um legítimo princípio jurídico, apto a fundamentar uma decisão judicial correta.

²⁶² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 132.

Por fim, podemos citar como partidários da tese *dworkineana* os autores brasileiros Lenio Streck,²⁶³ Rafael Tomaz de Oliveira,²⁶⁴ Leonard Ziesemer Schmitz,²⁶⁵ Flávio Quinaud Pedron e José Emílio Medauar Ommati,²⁶⁶ Georges Abboud,²⁶⁷ que serviram de inspiração e referência para esta pesquisa e que certamente não acolhem a *confiança no juiz da causa* como princípio jurídico.

4.2.2 A definição de Robert Alexy

Conforme já destacado, este conjunto de tópicos se destina à demonstração de que o *princípio da confiança no juiz da causa* não equivale a um princípio jurídico, independente da matriz teórica adotada.

Neste caminhar, já tendo sido apresentada a concepção de Ronald Dworkin, marco teórico deste trabalho, passamos à exposição das acepções de juristas atrelados a outros paradigmas filosóficos e teóricos, de modo que, ainda que não se coadune com boa parte de seus posicionamentos, servirão os seus conceitos para derruir a aplicação do dito princípio.

O segundo doutrinador a ser explorado é Robert Alexy, um dos mais consagrados e citados autores jurídicos, seja em trabalhos acadêmicos ou decisões judiciais de Tribunais Superiores.

Tendo em vista que a vasta e complexa teoria *alexiana* já foi brevemente abordada no capítulo anterior, este tópico se limitará a, resumidamente, revisitar as concepções do autor acerca dos princípios jurídicos, a fim de confrontá-las com o brocardo objeto deste estudo, padrão que será repetido na análise da visão de cada um dos autores já mencionados.

Neste diapasão, de tudo o que foi tratado até aqui, pode-se dizer que na concepção de Alexy os princípios são mandados de otimização, normas deônticas

²⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 48.

²⁶⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 240.

²⁶⁵ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de resposta no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 139.

²⁶⁶ OMMATI, José Emílio Meauar; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria do Direito Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 3.

²⁶⁷ ABOUD, Georges. **Discricionariedade: alcance da atuação administrativa e judicial no Estado Constitucional**. 2013. Tese (doutorado em Direito) – Pontfícia Universidade Católica de São Paulo, p.555.

com forte cunho axiológico destinadas à “correção” do discurso jurídico e à *abertura* do sistema através da inserção de valores ao conteúdo do direito.²⁶⁸

Em função destas características, na teoria do professor alemão, os princípios são invocados a fundamentar decisões em casos em que a justificação interna com base em regras (subsunção) é insuficiente para alcançar o entendimento adequado. Neste cenário, a aplicação dos princípios se dá por meio da máxima da proporcionalidade, de sorte que as eventuais colisões, comuns diante do conteúdo otimizador destas normas, resolvem-se por meio do procedimento da ponderação.

No que toca ao *princípio da confiança no juiz da causa*, tendo em conta o seu conceito já exaustivamente delineado, é possível verificar que o brocardo sequer se amolda ao conceito de Alexy para norma de direito fundamental (gênero), quanto mais às suas espécies: regra e princípios.

Isto porque é certo que a *confiança no juiz da causa* não é o sentido de um enunciado normativo positivado na Constituição Federal, em face da inexistência de qualquer previsão constitucional ou legal neste sentido.

De outra banda, poder-se-ia cogitar a possibilidade de o brocardo constituir uma norma de direito fundamental atribuída, sendo necessário para isso que o seu conteúdo deontológico pudesse ser extraído de uma correta fundamentação judicial referida a direitos fundamentais,²⁶⁹ o que também não ocorre.

Das diversas normas constitucionais relacionadas a direitos fundamentais processuais, a exemplo das previstas no art. 5º, XXXIV, “a” (direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder); XXXV (inafastabilidade do Poder Judiciário frente a lesões ou ameaças a direito); LIV (devido processo legal) e a disposta no art. 93, IX, (fundamentação de todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade), não há qualquer relação com o significado normativo extraído do *princípio da confiança no juiz da causa*.

Neste ponto, destaca-se que Alexy é contrário a um critério empírico para aferição de uma norma como “norma de direito fundamental atribuída”, isto é, segundo o autor, não basta para esta designação que as normas sejam aplicadas pela

²⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 543-544.

²⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 74.

jurisprudência com simples referência àquilo que já foi decidido,²⁷⁰ como ocorre com o *princípio da confiança no juiz da causa*

De acordo com a obra do professor alemão, para que o brocardo constituísse um princípio seria necessário que a sua construção pudesse ser fundamentada em direitos fundamentais, o que não é o caso, razão pela qual, para Alexy, certamente o brocardo não poderia ser classificado como uma norma de direito fundamental.

Indo à frente e se voltando ao questionamento central deste tópico, vislumbra-se que, além de não se enquadrar nos moldes de uma norma de direito fundamental, a *confiança no juiz da causa* se mostra totalmente incompatível com o conceito de princípio como mandado de otimização destinado à correção do discurso jurídico e à abertura do sistema através da inserção de valores.

Um mandado de otimização presume que a norma seja aplicada na maior medida possível, dadas as condições fáticas e jurídicas. Nesta esteira, mostra-se lógico que os magistrados de instâncias superiores *podem* manter as decisões de primeiro grau, isto é, *podem* negar provimento a recursos ou julgar improcedentes os pedidos de ações impugnativas autônomas. No entanto, este tipo de decisão não *deve* ser tomado sempre que possível, isto é, não representa um *dever-ser* maximizado ou um norte a ser seguido na maior medida possível.

Neste contexto, os aplicadores do brocardo poderiam alegar que o *princípio da confiança no juiz da causa* é um mandado de otimização que é ponderado e afastado quando há razões para a revogação da decisão de primeiro grau, ou seja, é aplicado na maior medida possível juridicamente, mas em alguns casos é mitigado.

Todavia, esta lógica nos parece equivocada em razão de permitir, também, que fosse cogitado o “princípio da desconfiança no juiz da causa”, cuja norma indicasse a necessidade de reforma das decisões na maior possibilidade possível, sendo a otimização atenuada nos casos em que fosse necessária a manutenção do entendimento de primeira instância.

Voltamos às palavras de Lenio Streck, para quem: “O princípio da confiança no juiz da causa, que serve para prender e para soltar, é muito usado. Se quer prender o

270

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 73-74.

acusado, basta dizer que confia no juiz da causa, enquanto se quer soltar também é só utilizar como base o mesmo princípio”.²⁷¹

O fato de o conteúdo epistêmico do princípio permitir a construção de uma norma equivalente em sentido oposto é um claro indicativo da fragilidade normativa, o que torna indubitável a impossibilidade de considerá-lo um princípio à luz da construção teórica de Robert Alexy.

Se isso não fosse o bastante, mesmo que o considerarmos um mandado de otimização, como uma forma deôntica (devem ser mantidas as decisões de primeiro grau) de otimização (na maior medida possível), é inexecutável a classificação da *confiança no juiz da causa* como princípio em Alexy, uma vez que não há qualquer valor envolvido em seu âmago, isto é, não há representação de um elemento do discurso prático geral apto à correção do discurso jurídico.

Em outros termos, essa credibilidade do magistrado de primeiro grau não constitui um valor ou um ideal moral a ser maximizado, se assim podemos dizer. O fato de o juiz estar mais próximo dos fatos, na verdade, não representa uma ordenação para que algo seja realizado na sua maior medida possível baseada em um dever-ser axiológico, o que afasta a possibilidade de ser considerado um princípio sob o prisma do professor alemão.

Outrossim, conforme já destacado, a aplicação de princípios aos casos difíceis na doutrina de Robert Alexy se materializa no exercício da ponderação, em que são sopesados dois princípios colidentes, a partir da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, e escolhido apenas um, empregado como uma regra após o procedimento matemático.

No entanto, o manejo do *princípio da confiança no juiz da causa* não se desenvolve desta forma, haja vista que em nenhum dos milhares de julgados analisados há menção ao procedimento da ponderação ou a demonstração do conflito entre o brocardo e princípios como imparcialidade, segundo grau de jurisdição, juiz natural, inafastabilidade do Poder Judiciário, dentre outros.

²⁷¹ STRECK, Lenio. Promessas constitucionais de modernidade e ausência de Estado social: desafios e consequências. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira (org). **Grandes Eventos do IDP: Direito Constitucional**. Brasília: IDP – Escola de Direito de Brasília, 2017, p. 81-90.

Diante de todo o exposto, restou claro que o *princípio da confiança no juiz da causa*, manejado por relevante parte da jurisprudência brasileira, não se enquadra na definição de norma, tampouco de princípio jurídico, engendrada por Robert Alexy.

Na esteira da obra do professor alemão, pode-se citar como partidários, em certa medida, da sua concepção de princípio os relevantes autores brasileiros como Luís Roberto Barroso,²⁷² Ana Paula de Barcellos,²⁷³ Virgílio Afonso da Silva²⁷⁴ e Daniel Sarmiento.²⁷⁵

4.2.3 Principais distinções entre as teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy

Descritos os conceitos dos dois mais proeminentes autores sobre o tema “princípios”, reserva-se este pequeno tópico para abordar as substanciais distinções entre as suas obras.

Faz-se curial este registro, pois as teorias de Dworkin e Alexy são comumente enfileiradas por relevantes e numerosos juristas brasileiros, como se as teorias se justapusessem ou como se o professor alemão complementasse as ideias do americano,²⁷⁶ um engano, quase um mito, muito difundido nos bancos acadêmicos, principalmente no Brasil, e que precisa ser desfeito.

Em que pese o jurista alemão confesse ter se inspirado na obra de Dworkin para a construção de seus conceitos e os escritos possuam algumas semelhanças, chegando a parecer compatíveis à primeira vista, uma análise mais profunda demonstra que a teoria *alexiana* não se sobrepõe às concepções de Dworkin, mas se contrapõem a estas, sobretudo porque ambas tomam diferentes pontos de partida

²⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 206.

²⁷³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 69-70.

²⁷⁴ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva: FGV, 2011, p. 364-368.

²⁷⁵ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 37.

²⁷⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 59.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 206.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 26ª ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 277.

e apregoam diferentes definições de norma, princípios, discricionariedade, dentre outros elementos fulcrais de seus horizontes.

Embora o terceiro capítulo já tenha indicado algumas distinções entre as teses, faz-se necessária uma ênfase maior para que reste clarificado que esta dissertação se filia aos preceitos *dworkineanos* e repugna o argumentativismo de Alexy, o que terá reflexos diretos na abordagem sobre fundamentação de decisões judiciais penais, temática da última parte desta monografia.

De início, deve-se admitir que os trabalhos de Dworkin e Alexy guardam algumas aparentes semelhanças. Apesar de os autores se situarem em contextos jurídicos e culturas muito diferentes, o primeiro na *common law* americana e o segundo na *civil law* continental pós-Segunda Guerra, é nítido que a proposta de cada é uma oposição à discricionariedade judicial e ao positivismo jurídico (ainda que combatendo autores com visões diferentes, Alexy frente a Kelsen e Dworkin a Hart), sendo que o próprio Alexy cita Dworkin como inspiração para a sua concepção de princípios, por exemplo.

Todavia, as semelhanças se apequenam diante das substanciais distinções entre as robustas obras dos autores. A primeira e mais significativa delas se revela no aporte filosófico que sustentam os escritos de cada um deles.

Consoante bosquejado no capítulo anterior, nos seus dois principais livros Alexy aposta em uma concepção semântico-pragmática do direito, com forte viés matemático, ancorada em preceitos da Filosofia da Consciência, na qual a adoção de um procedimento e a obediência aos seus esquemas ofereceria uma decisão judicial idônea, ainda que não fosse a única possível. Isto é, a teoria visa limitar a liberdade judicante e admite a inserção de valores morais no ato decisório, mas não pretende fiscalizar o conteúdo em si da decisão, ou, em outras palavras, não há uma grande preocupação com a correção da decisão final na teoria *alexiana*.

Dworkin, em contrapartida, reconhece o giro linguístico-ontológico e adere às lições de Gadamer no que se refere à compreensão/interpretação/aplicação do direito.²⁷⁷ Recusando raciocínios aritméticos e procedimentais,²⁷⁸ o americano concebe um método pragmático-semântico do direito, em que a moral, a história e a

²⁷⁷ “Para mim, a compreensão significa interpretação”. DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Tradução de Elói Pedro Duarte. Coimbra: Almedina, 2016, p. 159.

²⁷⁸ “Esta teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 127.

linguagem são elementos essenciais para construção da sua integridade, consistente na assunção de uma posição hermenêutica de interpretação construtiva que pregue a concepção do direito como um todo considerado de três padrões jurídicos: regras, princípios e diretrizes políticas.

Neste ponto reside outra relevante distinção entre os dois autores: para o autor alemão as regras e os princípios são espécies do gênero norma e se distinguem qualitativamente, as primeiras como mandados de definição (sempre satisfeitas ou não) e os segundos como mandados de otimização (satisfeitos em graus variados a depender das possibilidades fáticas e jurídicas).

Em Dworkin, estes dois padrões também se diferenciam qualitativamente, mas não como gênero da mesma espécie, e sim pela maneira como agem no sistema. Além da verdade, por conta dos diferentes contextos e culturas jurídicas, Alexy e Dworkin operam com conceitos distintos de *norma*. No modelo anglo-saxônico, o termo *rule* pode ser traduzido como regra ou norma, tendo outra roupagem daquela composta no contexto da *civil law*. Assim é que, para Dworkin, esta modelagem de gênero norma com espécies regra e princípio sequer existe.

Além disso, como visto, o professor norte-americano se opõe à ideia de que o direito contenha um número fixo de padrões, classificados uns como regras e outros como princípios, de modo que a distinção entre eles é verificada na forma de aplicação,²⁷⁹ ou seja, preponderantemente pragmática, enquanto Alexy aposta numa concepção semântica dos padrões, previamente definidas e relacionadas com um conceito de norma, ao sustentar que uma norma ou é regra ou é princípio.

Em Dworkin, portanto, não há uma distinção morfológica entre estes padrões normativos como em Alexy, circunstância que parece não ser acompanhada pela leitura desatenta de alguns setores da doutrina brasileira,²⁸⁰ o que leva ao principal dos equívocos com relação às obras desses autores: a impressão de que os conceitos de princípios e regras são equivalentes ou complementares.

No que se refere às regras, o equívoco de equiparação das definições fornecidas pelos autores é causado pelo próprio Alexy, que cita o modelo *tudo-ou-*

²⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 119.

²⁸⁰ OMMATI, José Emílio Meaur; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria do Direito Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 88.

nada de Dworkin como uma inspiração para o seu conceito de regra como *mandado de definição*.

As visões não se coadunam. Isso porque a regra *alexiana* é aplicada por meio da subsunção, que pressupõe silogismo e culmina em propagar a separação entre *questões de fato* e *questões de direito*, tão criticada neste trabalho, e que é totalmente repelida por Dworkin, para quem o direito é preponderantemente pragmático. Neste ponto, vale transcrever a elucidativa abordagem de Rafael Tomaz de Oliveira:

É, de algum modo, apressada a aproximação que se faz entre o tudo-ou-nada de Dworkin e a subsunção como forma de aplicação do direito preservada por Alexy. *Subsunção* pressupõe silogismo que, por sua vez, reconstitui a velha cisão entre *questão de fato* e *questão de direito* que definitivamente não está em jogo quando se fala de tudo-ou-nada. Ademais, a referência dworkiana a essa característica de regra refere-se muito mais ao modo como se dá a justificação argumentativa de uma regra, do que propriamente ao seu modelo de aplicação. Ou seja, quando se argumenta com uma regra ela é ou não é, e sua “aplicação” não depende de um esforço argumentativo que vá além dela própria. Já num argumento de princípio, é necessário que se mostre como sua “aplicação” mantém uma coerência com o contexto global dos princípios que constituem uma comunidade.²⁸¹

Neste mesmo cenário, é desacertada a ideia de que os conceitos de princípios dos autores se aproximam, equívoco que, mais uma vez, ganha eco na própria obra de Alexy, ao citar expressamente a dimensão de peso *dworkiniana* como referência para a sua definição de princípio.

Como vimos nos dois últimos tópicos e no último capítulo, Dworkin entende que os princípios possuem uma dimensão de peso, de modo que todos os princípios estão sempre presentes em todas as decisões, isto é, eles não perdem importância ou são deixados de lado em uma fundamentação, mas movimentam-se de forma coerente e íntegra com o ordenamento e com o caso concreto, diferente da teoria de Alexy, em que são admitidas verdadeiras colisões entre princípios e adotado um procedimento matemático-pragmático para definir qual princípio se sobrepõe e qual é afastado, dando azo a uma regra da ponderação a ser aplicada por subsunção.

Outra diferença é que, para Alexy, os princípios funcionam como a inserção de valores no ordenamento com o propósito de abertura da interpretação, algo inconcebível para Dworkin, para quem os princípios não se equivalem a valores ou a

²⁸¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 200.

prescrições valorativas, mas a “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”, responsável pelo fechamento, e não a abertura, do processo interpretativo.²⁸²

Ainda neste ponto, destaca-se que Dworkin não valoriza tanto a distinção entre *easy cases* e *hard cases*, uma vez que, para ele, regras e princípios se aplicam a todas as decisões e momentos interpretativos do direito, permanecendo gravitando e se relacionando no ordenamento constantemente. E aqui reside uma grande distinção entre Dworkin e Alexy. Como vimos anteriormente, o jurista alemão invoca os princípios a solucionar um problema interpretativo de *hard cases*, enquanto que os *easy cases* se resolvem através de regras, prática rejeitada por Dworkin e que acaba aproximando o alemão a Hart.²⁸³

Com efeito, Dworkin e Alexy, apesar de possuírem a mesma intenção (afastar a discricionariedade judicial), partem de lugares filosóficos muito distintos (Hermenêutica Filosófica e Filosofia da Consciência), de culturas e sistemas jurídicos diferentes (*Common Law* e *Civil Law*), apresentam conceitos de acordo com estes paradigmas e contextos bastante dessemelhantes e, por isso, chegam a conclusões teóricas (pragmática-semântica e semântico-pragmática) desiguais.

Em Dworkin predomina o viés pragmático do direito e dos princípios, em que o método para obtenção da resposta correta é calcado na história institucional, no respeito a uma comunidade de princípios e à integridade do direito, repelindo discursos argumentativistas matematizantes, como o de Alexy, para quem prepondera uma natureza semântica do direito e dos princípios, tidos como conceitos previamente

²⁸² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017, p. 36.

²⁸³ Hart não faz a divisão entre regras e princípios, como fazem Dworkin e Alexy, apesar de em escritos posteriores não negar a incidência de princípios no sistema. É curioso e pode parecer confuso, mas Alexy se aproxima mais de uma postura positivista de Hart, sobretudo pela concepção semântico-sintática que ambos propõem, do que da pós-positivista pragmático-semântica de Dworkin, como apontado em tópico anterior. Alexy dá às regras tratamento semelhante ao de Hart (e não ao de Dworkin, como sugerem equivocadamente alguns setores da doutrina brasileira) e invoca os princípios para solução dos casos difíceis, hipóteses em que Hart legava à discricionariedade judicial a tarefa de “solução” do caso. Em contrapartida, o procedimento de ponderação de princípios de Alexy gera, ao final, uma regra e os princípios em colisão acabam sendo aplicados no modo “*tudo-ou-nada*”, em que apenas um se sobressai frente aos outros. O seu combate à discricionariedade é operado, portanto, através de uma fórmula matemática, o que culmina em inevitáveis discricionariedades, aproximando Hart e Alexy, e os afastando de Dworkin. É importante deixar claro que não se está igualando Alexy a Hart, as diferenças são várias (apesar de não ser este o foco do presente trabalho), a nota serve apenas para atentar que a proximidade entre estes autores é maior do que se espera e maior, também, do que as semelhanças entre Alexy e Dworkin.

dados, a partir de um *a priori* matemático, que privilegiam classificações rígidas, cisões e procedimentos, os quais culminam na discricionariedade judicial positivista, que Alexy tenta combater com uso do mesmo esquema Sujeito-Objeto (S-O), próprio do *juspositivismo*.

4.2.4 O conceito de princípio de Humberto Ávila

Ultrapassadas as definições de Dworkin e Alexy, voltamo-nos aos conceitos de princípio fornecidos pelos mais relevantes autores brasileiros da atualidade, começando por Humberto Ávila e sua icônica *Teoria dos princípios*, com mais de vinte edições e tradução para os idiomas alemão, italiano, inglês e espanhol.

Na obra, Ávila critica a postura voluntarista de parte da jurisprudência e os exageros da doutrina principialista brasileira, que comumente incorre em exageros e problemas teóricos no que se refere à efetividade dos princípios, supervalorizando o seu poder normativo e negligenciando os limites interpretativos.

O mais primário dos equívocos, segundo o autor e que se alinha a constatações desta dissertação, é a distinção entre princípios e regras com base apenas nas diferenças de estrutura e modo de aplicação, atribuindo aos princípios a condição de normas que demandam apreciações subjetivas do aplicador em razão desses serem relacionados a valores.²⁸⁴ Este tipo de compreensão elege os princípios como elementos superiores às regras, além de deixar demasiadamente aberto o conceito de princípios, sem que se explore o seu conteúdo, culminando em discricionariedades e poderes exacerbados aos julgadores.

Por isso o autor critica as concepções de Dworkin e de Alexy, baseadas principalmente no modo de aplicação e de colisão entre as espécies normativas, sobretudo a aceção de regras segundo o modelo *tudo-ou-nada* e ou dos mandados de definição, de modo a praticamente equipará-los, o que, como já apontado, constitui um equívoco com relação à teoria de Dworkin.²⁸⁵

²⁸⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2019, pp. 43-44.

²⁸⁵ Como exemplo, o autor cita um caso julgado em 1996, em que um indivíduo acusado de praticar estupro de vulnerável, por ter mantido relação sexual com criança de 12 anos de idade, foi absolvido pelo Supremo Tribunal Federal em razão de circunstâncias fáticas específicas, como a aquiescência da vítima ou suas características físicas e mentais não indicarem vulnerabilidade, ainda que o tipo penal preveja a presunção de violência quando houver prática libidinosa com menor de 14 anos de idade.

Abrindo um par de parênteses, pode-se dizer que Humberto Ávila critica ambos os autores, Alexy e Dworkin, ao passo que bebe das fontes de cada um deles em alguns pontos ao longo de sua exposição. Com efeito, tendo em vista que este tópico não se destina a uma comparação entre as obras de todos os autores ou uma análise à totalidade de seus escritos,²⁸⁶ mas tão somente à absorção do conceito de princípio de cada um e confrontação com a definição do *princípio da confiança no juiz da causa*, passa-se ao exame dos conceitos de Ávila para aferir se o brocardo aqui estudado, de fato, um princípio jurídico.

Insatisfeito com a falta de precisão e clareza conceitual na manipulação das espécies normativas, bem como com a insuficiência das regras e princípios para resolução dos problemas interpretativos do direito, o autor propõe um estudo acurado das definições dos padrões normativos e, desde início, enumera três espécies do gênero norma: as regras, os princípios e os postulados normativos.

Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha prolatado no ano de 2017 a Súmula 593, que dispõe serem irrelevantes as circunstâncias fáticas do caso para a aferição da violência presumida (a famigerada cisão entre *questões de fato* e *questões de direito*), com a qual evidentemente não se pode coadunar, é preciso destacar o equívoco cometido pelo autor ao equiparar este caso ao modelo *tudo-ou-nada*, como se Dworkin pregasse a subsunção automática de regras sem a análise do caso, além disso, o autor ignora que o referido julgamento absolutório enfrentou conflitos entre regras, uma vez que é evidente a colisão entre o artigos 217-A e os artigos 18, parágrafo único, e 29, *caput*, do Código Penal.

Os últimos dois dispositivos preveem que o agente deve ser penalizado de acordo com a sua culpabilidade e que os crimes dispostos no Código são dolosos, salvo aqueles que admitirem expressamente a modalidade culposa, de sorte que, se não há o dolo específico de praticar ato libidinoso com menor de catorze anos de idade, isto é, se não há vontade manifesta de perpetrar ato sexual com alguém sabidamente vulnerável pela condição de sua idade, não deve haver crime.

Isto é, aos olhos da teoria *dworkineana*, o Supremo Tribunal Federal tomou a decisão correta e a redação do artigo 217-A do Código Penal deveria ser afastada, não havendo contradição neste ponto.

Com efeito, Ávila incorre no erro comum da doutrina brasileira em se apegar exageradamente na distinção entre regras e princípios proposta por Dworkin na década de 1960. A rica doutrina do professor norte-americano, na verdade, se ocupa muito mais com a integridade do direito e o modo como as regras, princípios e diretrizes políticas se relacionam, de sorte que a diferenciação entre princípios e diretrizes são mais relevantes e complexas do que o conceito de regra, que parecia ter ficado claro, mas passou a ser confundido por décadas, inclusive com a errônea equiparação à tese de Robert Alexy.

²⁸⁶ Em verdade, muitos são os pontos com os quais não se pode concordar com Ávila, como o seu conceito de norma, que, apesar de se aproximar de Müller, acaba por sustentar incongruências como a existência de textos sem norma e normas sem texto; a sua proposta de ponderação de regras; e, principalmente, a ideia de que o intérprete constrói a norma e a sua distinção lógico-estrutural entre regras, princípios e postulados, ambas com ares da Filosofia da Consciência, conforme elucida Lenio Streck em diversas passagens de Verdade e Consenso, pp. 81, 323, 369 e 630. Entretanto, este tópico não tem como finalidade um apanhado da obra do autor, mas apenas o levantamento do seu conceito de princípio e a confrontação com o objeto central de estudo deste trabalho.

No que tange especificamente aos conceitos de cada uma das espécies normativas, temos que, para o autor, as regras são *normas imediatamente descritivas*, por estabelecerem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, isto é, possuem como elemento frontal a previsão de um comportamento para atingir fins indiretamente estabelecidos, sem a intensa dependência com outras normas.

Por conta disso, as regras possuem caráter deôntico-deontológico: “*deôntico*, porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições; *deontológico*, porque as obrigações permissões e proibições decorrem de uma norma que indica ‘o que’ deve ser feito. Daí afirmar-se que as regras são *normas-do-que-fazer (ought-to-do-norms)*: seu conteúdo diz diretamente respeito a ações (*actions*)”.²⁸⁷

Os princípios, por sua vez, são normas *imediatamente finalísticas*, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamento, isto é, não há a determinação de um comportamento específico, mas apenas a tipificação de um *fim*, independente da ação necessária para atingí-lo.

A individualização das penas, por exemplo, é um princípio que determina que cada condenado terá uma pena condizente com o crime em questão e às suas demais circunstâncias, sendo que os meios (dosimetria trifásica) serão determinados pelas regras.

Isto é, ainda, que ambas as espécies normativas, regras e princípios, sejam prescrições, por se dirigirem ao comportamento humano, há uma diferenciação quanto ao modo como são veiculadas, pois as regras determinam comportamentos permitidos, obrigatórios ou proibidos, enquanto os princípios descrevem estados ideais que devem ser promovidos ou conservados.

Em função disso, segundo Ávila, os princípios possuem caráter deôntico-teleológico: *deôntico*, porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições, e teleológica, pois, estas decorrem dos efeitos advindos de comportamentos que preservam ou promovem determinado estado de coisas, razão pela qual, também, os princípios são denominados *normas-do-que-deve-ser-feito*

²⁸⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2019, pp. 97-98.

(*ought-to-be-norms*), isto é, seu conteúdo diz respeito a um estado ideal de coisas (*state of affairs*).²⁸⁸

Em outros termos, os princípios estabelecem um fim a ser atingido e exprimem uma orientação prática com um conteúdo pretendido, o que denota o seu viés pragmático.

Neste contexto, vale destacar que, segundo Ávila e em consonância com o alinhado por Alexy, os princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com estes. A relação entre eles se manifesta na medida em que o estabelecimento de fins implica necessariamente qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover, ao passo que há um afastamento entre seus conceitos no que se refere ao plano em que estão situados. Enquanto os princípios possuem jaez deontológico, os valores são essencialmente axiológicos.²⁸⁹

Já os postulados normativos são definidos como normas imediatamente metódicas ou *metanormas*, pois disciplinam a aplicação dos outros padrões normativos, regras e princípios, a partir da estruturação e vinculação/relação dos elementos normativos.

Este tipo de normas é, ainda, dividido em (i) postulados normativos hermenêuticos, destinados à compreensão interna e externa do direito, como os postulados da unidade do ordenamento (que dá origem ao postulado da coerência) e da hierarquia; e (ii) postulados normativos aplicativos, cuja função é estruturar a aplicação concreta do direito, como os postulados da ponderação, concordância prática e proibição de excessos (inespecíficos), e igualdade, razoabilidade e proporcionalidade (específicos).

Sem entrar em minúcias com relação às classificações dos postulados, importa estabelecer que são padrões de segundo grau, que intermediam e regulam a aplicação das normas de primeiro grau, regras e princípios, diferenciando-se essencialmente destes pelas seguintes razões:

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de

²⁸⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2019, pp. 96-97.

²⁸⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 106.

outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e regras são dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras. Até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.²⁹⁰

Expostas as definições dos três padrões normativos elegidos por Humberto Ávila, é possível afirmar com veemência que o *princípio da confiança no juiz da causa* não tem condições de ser enquadrado nem como regras, nem como postulados, tampouco como princípios.

Iniciando-se por este último, por representar o problema central deste trabalho, vislumbra-se que o brocardo não possui as principais características de um princípio jurídico à luz da teoria de Ávila, notadamente porque os princípios estabelecem um estado de coisas que deve ser promovido sem descrever, diretamente, qual o comportamento devido para o alcance deste fim.

No caso da *confiança no juiz da causa* ocorre justamente o contrário, haja vista que o sentido do seu “conteúdo normativo” é de que as decisões de primeiro grau devem, em regra, ser mantidas por conta da proximidade entre juiz singular e os fatos. Ou seja, há apenas a determinação de um comportamento a ser adotado (manutenção da decisão primeva), sem que haja qualquer delimitação de um fim específico a ser atingido.

Se adotarmos a leitura de Ávila como correta, ao nos depararmos com o *princípio da confiança no juiz da causa*, a primeira atitude a ser tomada é se perguntar: a que finalidade se presta este brocardo? Qual o estado de coisas que ele busca promover?

São perguntas sem respostas.

Não há absolutamente nenhum conteúdo moral, valorativo, axiológico ou teleológico atrelado ao *princípio da confiança no juiz da causa*, o que torna inadmissível a sua qualificação como princípio à luz da teoria de Humberto Ávila.

Além disso, tal qual destacado com relação a Dworkin, o autor brasileiro não admite que princípios se conflitem abstratamente, pois, sendo normas que

²⁹⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 164.

estabelecem ideais a serem atingidos, “uma incompatibilidade abstrata total entre princípios é inconcebível”.²⁹¹

Deste modo, um princípio que viole explicitamente os ideais de imparcialidade, segundo grau de jurisdição e inafastabilidade do Poder Judiciário, jamais poderia constituir um princípio jurídico.

No que toca aos postulados normativos, o desencontro é ainda mais evidente, haja vista que o *princípio da confiança no juiz da causa* não se relaciona com a aplicação de nenhuma outra norma, tampouco estrutura a relação entre outros padrões normativos, pelo contrário, ele é a materialização da transgressão a um dos mais caros postulados de um ordenamento constitucional: a coerência, como já destacado na abordagem relacionada à obra de Dworkin.

Portanto, ainda que as acepções de Ávila se distingam expressamente daquelas propaladas pelos ícones estrangeiros Ronald Dworkin e Robert Alexy, tem-se que o *princípio da confiança no juiz da causa* não possui as características de princípio jurídico elencadas pelo autor.

4.2.5 Princípio da confiança no juiz da causa sob a ótica teórica de Marcelo Neves

De início, é importante salientar que este tópico dedicado à abordagem principiológica de Marcelo Neves, assim como o item anterior referente à obra de Humberto Ávila, não se destina a um exame acurado de toda sua teoria jurídica e dogmática, mas tão somente à sua análise do conceito de princípios.

Esse registro é relevante, pois, há alguns pontos divergentes deste trabalho com relação a algumas concepções do autor – como a sua leitura de Gadamer e Müller como teóricos semântico-pragmáticos;²⁹² a estruturação de princípios e regras e,

²⁹¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 90.

²⁹² NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 199.

principalmente, as suas críticas à resposta correta de Dworkin^{293, 294 e 295} –, mas que não tomarão o espaço desta discussão por não importarem sobremaneira à desmistificação do *princípio da confiança no juiz da causa* à luz da obra de Marcelo Neves, especialmente ao contido no livro “*Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*”.

Consoante apregoado anteriormente, a decisão de expender algumas páginas e consignar a relevantíssima teoria de Marcelo Neves não é por acaso. Além de ostentar vasto currículo e reconhecimento acadêmico, o professor tem inspirado e oxigenado o debate jurídico e a jurisprudência, de modo que sua proposta teórica merece destaque pelo contraponto a ser oferecido.

Neste diapasão, assim como Humberto Ávila, Neves é também um proeminente doutrinador brasileiro, especialmente no que tange à principiologia constitucional, e

²⁹³ “Portanto, na interpretação jurídica, não se trata aqui de extrair arbitrariamente de uma infinidade de sentido dos textos normativos a decisão concretizadora, nos termos de um contextualismo decisionista, mas também é insustentável a concepção ilusória de que só há uma solução correta para cada caso, conforme os critérios de um juiz hipotético racionalmente justo. A possibilidade de mais de uma decisão justificável à luz de princípios e regras constitucionais parece-me evidente” NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 199.

²⁹⁴ Brevemente, podemos destacar o principal ponto de discordância com o professor Marcelo Neves: a sua compreensão sobre o juiz Hércules *dworkineano*, que nos parece equivocada em razão do autor enxergar o julgador metafórico de Dworkin como um sujeito solipsista, *assujeitador* dos objetos caso concreto/ordenamento, como se Hércules, ao se deparar com um caso difícil, saísse à procura de princípios para abrir as possibilidades de interpretação. Conforme exaustivamente afirmado neste trabalho, os princípios para Dworkin não são “aplicados” isoladamente, mas fazem parte de um todo coerente e íntegro, de sorte que em alguns casos a dimensão de um pode se sobrepor a de outros, desde que esta acentuação/atenuação sempre seja acompanhada de exaustiva fundamentação.

Por conta disso, na teoria *dworkineana* os princípios fecham o processo interpretativo, e não abrem (ao contrário do que o próprio Marcelo Neves sustenta em seus escritos), de modo que esta ideia de que os princípios de Dworkin estimulam discricionariedades é uma incorreção teórica relevante.

²⁹⁵ Ainda com relação a este ponto, são oportunas as críticas de Virgílio Afonso da Silva em artigo dedicado à análise da obra de Neves:

“Há claramente um passo injustificado no raciocínio de Neves, quando ele, ao reconstruir a ligação do juiz Hércules (de Dworkin) com os princípios constitucionais, conclui que seria possível dizer que os princípios são hercúleos. O fato de Hércules ser encarregado de identificar todos os princípios jurídicos relevantes para a decisão de um dado caso não nos autoriza classificar os princípios como hercúleos. Talvez a tarefa de Hércules seja, como não poderia deixar de ser, hercúlea, mas os princípios não são hercúleos. Até porque Hércules não tem como tarefa apenas identificar e manejar princípios, mas também regras, precedentes, legislação. Isso não torna regras, precedentes e legislação hercúleos. Hercúleo continua sendo simplesmente o trabalho de Hércules, e princípios são apenas um entre tantos outros “materiais jurídicos” que ele maneja.

Ao que parece, a estipulação dos princípios como hercúleos serve para justificar a novidade: uma inversão no papel dos princípios e das regras constitucionais. É claro que há um paralelo entre Hércules cortando as cabeças de Hidra e as regras restringindo a amplitude dos princípios. Mas hercúleo continua a ser o papel do juiz, Hércules ou não”. SILVA, Virgílio Afonso da. O Supremo Tribunal Federal precisa de lolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **Direito. UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 96-118, 2016.** Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24545>. Acesso em: 02 jun. 2021.

um voraz crítico da corrente jurisprudencial atualmente majoritária que tende a supervalorizar os princípios em detrimento das regras, elevando-os a uma espécie de grau de *supernorma* para sustentar decisões discricionárias e, por consequência, desapegada dos mais caros valores constitucionais.²⁹⁶

Em sua célebre obra supramencionada, Neves, a exemplo de Humberto Ávila, mas de forma distinta, rompe com a tradicional conceituação de regras e princípios, propondo a diferenciação entre princípios e regras sob o critério da argumentação jurídica.

Calcado em Habermas e Luhmann, o autor brasileiro apresenta uma noção sistêmica de observação de primeira e segunda ordem para delimitar a localização da distinção entre princípios e regras no âmbito da argumentação jurídica.

Neste diapasão, segundo Neves, a diferenciação entre as espécies normativas não tem relevância no plano de primeira ordem, entendido como plano da mera observância cotidiana do direito, de aplicação rotineira de normas reguladoras como “é proibido fumar” ou “o salário em determinada empresa é pago no dia 5 de cada mês”. Em verdade, a necessidade de exame sobre a natureza da norma exsurge somente no discurso, na arguição de controvérsia, o que enseja argumentação no contexto de aplicação, no plano concreto de discussão sobre a norma, ou seja, em um plano de segunda ordem.²⁹⁷

Por conta disso, o autor arrebatou:

Não há norma pronta e previamente acabada, a ser aplicada de maneira diversa como regra ou princípio. Isso pressuporia uma externalização da justificação normativa para uma ordem moral com pretensão de validade pragmática universal. O que se passa é que, na observação de primeira ordem, a diferença entre regras e princípios ainda é irrelevante. Quando, na observação de segunda ordem, instaura-se a controvérsia argumentativa em torno do sentido, da validade e das condições de aplicação das respectivas normas, a diferença entre princípios e regras ganha um significado imprescindível para o desenvolvimento

²⁹⁶ “No caso brasileiro, o fascínio pelos princípios sugere a superioridade intrínseca destes em relação às regras. A essa compreensão subjaz a ideia de que as regras constitucionais (completas, quando já superadas as questões de exceções e eventual ponderação) podem ser afastadas por princípios constitucionais em virtude da justiça inerente às decisões neles fundamentadas. Mas um modelo desse tipo implica uma negação fundamental de um dos aspectos do sistema jurídico que possibilita o processamento de decisões —justas!l: a consistência. Um afastamento de regras a cada vez que se invoque retoricamente um princípio em nome da justiça, em uma sociedade complexa com várias leituras possíveis dos princípios, serve antes à acomodação de interesses concretos particulares. Em detrimento da força normativa da Constituição”. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 191.

²⁹⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, pp. 96-99.

consistente e adequado do direito. A argumentação jurídica ocorre na intersecção entre a justificação e a aplicação das normas. [...] E isso é especialmente relevante no caso do direito constitucional, ou seja, na determinação dos princípios e regras constitucionais aplicáveis à solução de questões jurídicas controversas.²⁹⁸

Desta forma, Neves se aproxima ligeiramente da concepção de Dworkin de que o que está em jogo na distinção regras/princípios é a forma como são utilizadas no discurso/fundamentação, isto é, se são “argumentos de regra” ou “argumentos de princípio”.

Partindo deste ponto, o jurista brasileiro define as regras como normas gerais de primeiro grau que estão no plano de observação da primeira ordem em relação ao caso a ser decidido, isto é, são as normas suscetíveis de atuar como razão definitiva de questões jurídicas, pois as regras condensam expectativas normativas que se dirigem direta e imediatamente à solução do caso e à formação da norma de decisão.²⁹⁹

Os princípios, a seu turno, operam no nível reflexivo da ordem jurídica, de modo que servem para o balizamento, construção ou reconstrução hermenêutica das regras, sendo que a relação entre antecedente (hipótese normativa do fato) e consequente (hipótese normativa do efeito jurídico) é flexível, isto é, não há uma definição rígida e fechada, como no caso das regras. Por conta disso, o autor os denomina normas de segundo grau em relação ao caso a ser decidido e da norma de decisão.

Ainda sobre este contexto e conteúdo dos princípios, Neves deixa claro o teor moral sustenta que estes “têm uma tarefa fundamental de selecionar, do ponto de vista interno do direito, expectativas normativas com pretensão de validade moral, valores-preferência ou valores-identidade de grupos, interesses por estabelecimento de padrões normativos”.³⁰⁰

Neste contexto, Neves vai salientar que princípios e regras são dois polos normativos indispensáveis à concretização do direito, de sorte que não estão sujeitos a uma hierarquia linear, uma vez que “as regras dependem do balizamento ou

²⁹⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, pp. 100-101.

²⁹⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 109 e 120.

³⁰⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 128.

construção a partir de princípios. Por outro [lado], estes só ganham significado prático se encontram correspondência em regras que lhes deem densidade e relevância para a solução do caso”.³⁰¹

Há, portanto, segundo o autor, uma relação de circularidade entre regras e princípios, em que ambos se influenciam continuamente a fim de manter a aplicação do direito coesa e fiel ao ordenamento. Esse vínculo entre os padrões normativos não é harmônico, mas paradoxal e conflituoso (assim como no episódio mitológico). Se, por um lado, a tendência de supervalorizar os princípios frente às regras torna excessivamente alto o grau de incerteza e pode culminar em insegurança jurídica, por conta da quebra da consistência do sistema jurídico. Por outro, superestimar as regras em detrimento dos princípios pode engessar o sistema para o enfrentamento de problemas sociais complexos, em nome de uma consistência inconciliável com a adequação social do direito.³⁰²

Assim, para Neves, ao contrário do sustentado neste trabalho com base nos aportes de Ronald Dworkin, os princípios abrem o processo interpretativo, ou seja, servem como incentivo à construção argumentativa de soluções satisfatórias de casos, sem que se reduzam as opções discricionárias.

As regras, por sua vez, embora sejam balizadas ou até mesmo construídas através dos princípios, servem para domesticá-los, viabilizando o fechamento da cadeia argumentativa que contorna a aplicação do direito, razão pela qual são consideradas hercúleas.

Segundo o autor, enquanto os princípios abrem o processo de concretização jurídica, estimulando problemas argumentativos, as regras tendem a fechá-lo, absorvendo a incerteza que caracteriza o processo de aplicação das normas. A natureza das regras diz respeito à redução de complexidade ou à seleção suscetível de determinar a solução do caso.

Trazendo o *princípio da confiança no juiz da causa* à baila e confrontando-o com o conceito de princípio apresentado por Neves, temos que, à luz da sua teoria, a pergunta “seria o brocardo um legítimo princípio?” receberia o mesmo sonoro *não* já

³⁰¹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. IXX-XX.

³⁰² NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. IXX-XXII.

apresentado no exame de outras teorias, ainda que Neves parta de pressupostos em alguma medida distintos daqueles apregoados por Dworkin, Alexy e Ávila.

Isso porque, conforme já destacado em tópicos anteriores, o objeto central desta pesquisa não carrega nenhum valor moral, de modo que não cumpre a “tarefa fundamental” dos princípios, levantada por Neves, de selecionar expectativas normativas com pretensão de validade moral, valores-preferência ou valores-identidade. Trata-se de um instrumento argumentativo para manutenção de decisão de primeiro grau, por conveniência, insegurança ou outros motivos de foro particular do magistrado de instância superior.

Além disso, o dito princípio não se caracteriza como uma norma reflexiva à serviço do balizamento, construção ou reconstrução hermenêutica de alguma regra. Não há relação de circularidade do seu conteúdo com outras regras penais ou processuais penais no que diz respeito à norma de decisão.

Em outros termos, este brocardo não esclarece conteúdo de regras constitucionais, processuais ou penais. Por exemplo, não há qualquer relação entre o brocardo e o conceito “ordem pública”, ou alguma especificação argumentativa sobre as regras dispostas no art. 315, § 2º, do Código de Processo Penal.

Se tudo isso não fosse o bastante, o *princípio da confiança no juiz da causa* também não guarda consonância com outra característica fundamental dos princípios segundo Marcelo Neves: a flexibilidade da relação entre antecedente (hipótese normativa do fato) e consequente (hipótese normativa do efeito jurídico), haja vista que, no caso do brocardo, a relação entre antecedente e consequente é bastante rígida e clara: a manutenção da decisão de primeiro grau.

Isto é, toda vez que o aludido princípio é aplicado a decisão de instância superior é no mesmo sentido: manter o julgamento primevo, independente do seu conteúdo. Há um rígido padrão de consequência na sua aplicação, o que afasta completamente a sua configuração como princípio.

E isso chama atenção para um fato muito curioso:

Ironicamente, o brocardo guarda certa consonância intencional com as regras, tanto nos conceitos de Dworkin, Alexy quanto de Ávila e Neves. Embora todos eles sobrevoem estes conceitos de forma distinta, há certa similaridade no que diz respeito ao viés de previsibilidade e descrição das regras, que preveem uma conduta a ser adotada/proibida/permitida.

Verifica-se, neste prisma, que o *princípio da confiança no juiz da causa* indica uma conduta a ser empregada, manifestando um certo viés deontológico de prescrição/descrição de que as decisões de primeiro grau devem, em regra, ser mantidas por conta da proximidade entre o juiz e os fatos, o que demonstra a sua rigidez de previsibilidade da relação antecedente (hipótese normativa do fato) e consequente (hipótese normativa do efeito jurídico).

Por outro lado, o que o afasta completamente dos conceitos de regra é o fato de que a conduta prescrita em sua essência não indica o cumprimento de um estado de coisas a ser atingido, não há um ideal de justiça, segurança jurídica ou democracia a ser cumprido.

Além disso, a sua substância não se relaciona com nenhum grau de previsibilidade da determinação, sendo legado ao julgador que literalmente *escolha* quando utilizá-lo, propagando a discricionariedade judicial, combatida veementemente por Dworkin, Alexy, Ávila e Neves.

Em outros termos, não há requisitos determinados no sentido de que "a proximidade entre juiz e os fatos fará com que a decisão seja mantida nos casos em que ocorrer X ou Y", pelo contrário, há apenas uma orientação para que os julgamentos de primeiro grau permaneçam inalterados de acordo com a *vontade* dos magistrados de instância superior, sem que seja explicado por que devem permanecer inalterados.

Portanto, há um viés intencional de regra – *tudo-ou-nada* (Dworkin), mandado de definição (Alexy), deôntico-deontológico (Ávila), razão definitiva (Neves) –, mas que não pode se concretizar porque o seu conteúdo é incondizente com um ideal de justiça, bem como não há compromisso com previsibilidade ou segurança jurídica, de sorte que é inadmissível que este entendimento permaneça vigorando em tantos tribunais Brasil afora há tanto tempo.

4.3 POR QUE A CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA PERMANECE SENDO APLICADA

Diante de todos estes apontamentos demonstrando que o *princípio da confiança no juiz da causa* não representa um legítimo princípio jurídico, remanesce o questionamento com relação à sua aplicabilidade, isto é, se não constitui um princípio,

por que razão continua sendo empregado e por que permanece sendo elevado a esta condição?

A resposta obtemos com as sábias reflexões de Luís Alberto Warat e Lenio Streck sobre linguagem, direito, filosofia e a relação entre estas esferas do conhecimento.

Conforme já destacado no corpo deste trabalho, há mais de um século a linguagem deixou de ser considerada um mero instrumento de transmissão de ideias e passou a ser reconhecida pela filosofia como condição de possibilidade para qualquer formação, assimilação e transmissão da compreensão. Não há pensamento sem linguagem, portanto, não há ciência ou direito sem linguagem. Em verdade, o direito é linguagem, pois, tudo é linguagem.³⁰³

Partindo desta premissa, Warat nos elucida que os significados das palavras socialmente padronizados possuem sentidos incompletos, são sempre (em maior ou menor medida) expressões em aberto que se tornam relativamente plenas em um contexto determinado, de modo que é impossível analisar o significado absoluto sem considerar o contexto em que está inserido. Por isso o professor argentino elenca dois níveis básicos de significação: o *significado de base* e o *significado contextual*.

Nesta senda, tendo em vista que toda expressão possui implicações plurais não manifestas, os efeitos de sentido são determinados pelos propósitos significativos, entendidos como os objetivos dos emissores das palavras. Nas palavras do autor: “o sentido gira em torno do dito e do calado”.³⁰⁴

Estas constatações de Warat de que o significado de um termo está intimamente ligado à intenção com a qual ele é empregado ficam claras também na utilização de princípios, como vimos no item anterior a partir da leitura de Rafael Tomaz de Oliveira e os três significados de princípios. Deste modo, para a interpretação do significado de um vocábulo se faz necessário um processo de articulação entre os sentidos manifestos e os latentes, isto é, os significados de base e contextual, este último atrelado ao propósito do emissor da mensagem.

³⁰³ “O direito é linguagem, e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o direito é-o numa linguagem e como linguagem – propõe-se sê-lo numa linguagem (nas significações linguísticas em que se constitui e exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é”. CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais**, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 90.

³⁰⁴ WARAT, Luís Alberto. **O Direito e a sua linguagem**. Porto Alegre: safE, 2000, p. 65.

Neste ínterim, Warat leciona que a Filosofia da Linguagem Ordinária, embora admita uma ampla gama de intenções que envolvem o emprego de um termo pelo emissor (persuadir, dominar, interrogar, questionar, convencer, etc.) reduz teoricamente todos esses propósitos em basicamente quatro instâncias: (i) informativa, (ii) emotiva, (iii) diretiva e (iv) performativa, sendo uma quinta instância incluída pelo próprio autor, a (v) função de dominação, subdividida em persuasão e relação de poder, ainda que tal classificação não seja rígida, mas apenas um critério de orientação, haja vista que todo emprego envolve, em maior ou menor grau, mais de uma instância básica.³⁰⁵

Para tratar da aplicação de princípios no discurso jurídico e, à frente, especificamente ao *princípio da confiança no juiz da causa*, focaremos nas instâncias emotiva, performativa e de persuasão.

Segundo Warat, todas as palavras da linguagem natural, além da sua inerente designação descritiva, veiculam inevitavelmente o juízo, emotivo ou valorativo, que o emissor emprega à comunicação, de sorte que a carga emotiva é um *plus* de significação que acompanha o sentido descritivo com a finalidade de aproximar o receptor da mensagem do campo das referências valorativas do emissor.³⁰⁶

No direito, muitas das vezes, um vocábulo de natureza emotiva é empregado com roupagem aparentemente descritiva, de modo a encobrir o seu conteúdo valorativo, acentuando o peso denotativo do significado, para facilitar a sua aceitação, trata-se de um discurso preponderantemente *persuasivo*:

O carácter persuasivo do discurso jurídico determina, inevitavelmente, a presença de falácias em seu conteúdo, isto é, de toda classe de recursos argumentativos, que tendem a impor uma conclusão não derivada logicamente, mas que logra sua aceitação por associação psicológica e emotiva, e ademais por coincidência valorativa, que se desperta e que faz

³⁰⁵ “Desta forma: a) a instância informativa veiculiza um sentido articulável com os objetos do mundo; b) a instância emotiva indica as conexões valorativas e as emoções que os termos podem transmitir; c) a instância diretiva refere-se às palavras que cumprem a função de provocar conexões de sentido, destinadas a atuar sobre o comportamento futuro do receptor; d) a instância performativa refere-se às palavras cuja característica principal é a de serem empregadas para fazer algo e não para dizer algo sobre algo. Constituem situações fáticas. [...] Dever-se-ia, então, pensar em um quinto uso básico: a função de dominação, destinada a refletir sobre os propósitos sociais da linguagem, sobre o poder dos discursos. A partir do ponto de vista de uma abordagem referente às práticas sociais da linguagem, poder-se-ia também subdividir as funções de dominação em uma sub-instância de persuasão e outra relativa às relações de força (poder)”. WARAT, Luís Alberto. **O Direito e a sua linguagem**. Porto Alegre: safE, 2000, pp. 66-67.

³⁰⁶ WARAT, Luís Alberto. **O Direito e a sua linguagem**. Porto Alegre: safE, 2000, p. 69.

decidir a escolha de uma alternativa significativa, desejada e sugerida pelo emissor.³⁰⁷

Neste vértice, Warat nos apresenta um tipo de palavras com carga emotiva que no nível da significação de base apresentam uma “anemia significativa”, de forma que o seu sentido designativo é sempre contextualmente construído, são os chamados *estereótipos*, elementos usuais nos discursos persuasivos.

Esta tática linguística de persuasão é materializada no uso discursivo dos princípios para fundamentação das decisões judiciais, mais precisamente no que Lenio Streck chama de *panprincipiologismo*, entendido como a proliferação desmedida de princípios *inventados*, pela doutrina ou pela jurisprudência, para legitimar um discurso de correção do conteúdo jurídico, comprometido tão somente com a vontade do emissor.

O emprego do termo “princípio” passa a servir como instrumento de robustecimento do argumento decisório, uma espécie de capa que envelopa o argumento com uma suposta autoridade jurídica, cujo conteúdo epistemológico é aparentemente hígido, mas que em verdade se mostra frágil e carente de normatividade.

Isso pois, a palavra princípio possui forte carga emotiva, haja vista que o significado de base está intimamente ligado à autoridade, como vemos da sua definição semântica:

Princípio
 Prin·cí·pi·o
 Substantivo masculino
 1 Momento em que uma coisa, ação, processo etc. passa a existir; começo, exórdio, início.
 2 Causa primeira de alguma coisa a qual contém e faz compreender suas propriedades essenciais ou características; razão.
 3 **Em uma área de conhecimento, conjunto de proposições fundamentais e diretivas que servem de base e das quais todo desenvolvimento posterior deve ser subordinado.**
 4 Regra ou norma de ação e conduta moral; ditame, lei, preceito.
 5 FILOS **Proposição lógica, formada por um conjunto de verdades fundamentais, sobre a qual se apoia todo raciocínio.**
 6 FILOS Origem ou causa de uma ação.
 7 FILOS Na dedução, proposição filosófica que lhe serve de fundamento.
 8 **Elementos básicos e elementares de alguma ciência, disciplina, matéria.**

³⁰⁷ WARAT, Luís Alberto. As falácias jurídicas. Traduzido por Horácio Wanderlei Rodrigues. *Revista Sequência*, Florianópolis, Vol. 06, n. 10, p. 123-130, jan. de 1985. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1546>. Acesso em 10/06/2021.

9 [geralmente no plural] Ponto de vista ou modo de ver; convicção, opinião: Tem seus princípios em relação à família e deles não abre mão (grifos nossos).³⁰⁸

Assim, o emprego do termo inevitavelmente leva o receptor a absorver o argumento que envolve o “princípio” como um fundamento lúdimo, um elemento básico e elementar do direito, uma proposição fundamental e correta que serve de base e sobre a qual o direito deve ser subordinado.

Por conta disso, tornou-se comum no cenário jurídico brasileiro a utilização do vocábulo “princípio” junto ao argumento que se pretende invocar, com a finalidade de lhe conferir autoridade ou normatividade, como o princípio da afetividade, princípio da busca pela felicidade, princípio da precaução, princípio da ubiquidade, dentre tantos outros, elencados e devidamente criticados por Lenio Streck na célebre obra “Verdade e Consenso”.³⁰⁹

Aí fica claro a natureza estereotípica dos “princípios inventados”, haja vista que a significação de base do termo “princípio” é esclerosada, com a finalidade de passar uma impressão descritiva para algo que é um discurso de persuasão ideológica.³¹⁰

Em geral, podemos afirmar que os estereótipos constituem um elemento nuclear da transmissão de conteúdos ideológicos. São termos empregados para obter a consolidação e a aceitação dos valores dominantes da sociedade. Assim, ao se dizer que alguém tem um direito subjetivo, se está reconhecendo a esta pessoa um privilégio social valorizado positivamente. Desta forma mediante a utilização de uma linguagem impregnada de significações estereotipadas, consegue-se introduzir, sob a suposta aparência de uma descrição objetiva, uma dimensão ideológica não formulada na linguagem jurídica. O objetivo central de uma expressão estereotipada é o de influenciar e determinar opiniões. Os estereótipos são palavras que apresentam uma carga conotativa provocadora de associações tão fortes que a simples evocação de seus significantes motiva comportamentos ou determina opiniões. Por isso, também podemos definir um estereótipo como *um termo que tem eficácia comunicativa a partir da força conotativa vinculada a seu significante*. Um estereótipo é uma expressão ou uma palavra que pretende gerar adesões valorativas, comportamentos ou opiniões a partir de um processo de significação, no qual o receptor da mensagem a aceita de modo acrítico, baseado em solidariedades significantes epidérmicas.³¹¹

³⁰⁸ Princípio In.: **Michaelis, Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2015. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/princ%C3%ADpio/>. Acesso em: 10 de jun. 2021.

³⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 556-571.

³¹⁰ “Todo signo da linguagem contém uma instância ideológica de significação. A particularidade do estereótipo consiste no fato de haver tomado ausente ou esclerosada a significação de base”. WARAT, Luís Alberto. **O Direito e a sua linguagem**. Porto Alegre: safE, 2000, p. 72.

³¹¹ WARAT, Luís Alberto. **O Direito e a sua linguagem**. Porto Alegre: safE, 2000, pp. 71-72.

Evidentemente, não se está alegando que “princípio” seja um termo vazio ou inócuo, mas há de se ter muita cautela na manipulação de seu sentido, pois já há muito tempo, este instituto jurídico tão relevante tem se tornado um verdadeiro estereótipo, invocado como forma de persuadir o receptor da mensagem (decisão) a aceitar justificativas vagas, mas emanadas por um vocábulo de jaez emotivo destinado a emprestar (uma falsa) legitimidade para facilitar sua aceitação.

Neste ínterim, vale destacar que, embora este movimento tenha ganhado força após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a popularização do *neoconstitucionalismo* – que, como vimos, busca superar o positivismo jurídico a partir da constitucionalização do direito, que nada mais é do que a inserção de valores por meio da profusão de princípios, e culmina em incidir nos mesmos equívocos filosóficos e na propagação da discricionariedade judicial³¹² –, engana-se quem acreditar se a “*principiologização*” um fenômeno recente.

O próprio *princípio da confiança no juiz da causa* é prova cabal de que a utilização do termo “princípio” como forma de emprestar autoridade e envergadura epistemológica a um argumento é um costume jurisprudencial antigo, que atravessou quase todo o Século XX e tem ganhado cada vez mais força.

Embora não se olvide, conforme destacado no primeiro capítulo deste trabalho, que as razões para a origem do referido “princípio” estejam atreladas às deficiências tecnológicas, técnicas, filosóficas e jurídicas da época, pode-se dizer, agora em um juízo valorativo do brocardo, que as causas para a sua formulação estão também intimamente ligadas ao costume da jurisprudência brasileira em criar “princípios” para dar um ar de legitimidade a decisões meramente volitivas.

Dito isso, é preciso que nos voltemos aos motivos não só da sua criação, mas, principalmente, da sua manutenção e ascensão, sobretudo nas últimas duas décadas,

³¹² “As recepções das teorias voluntaristas – em especial as que colocam a Constituição como “ordem concreta de valores” (portanto, com filiação na jurisprudência dos valores e com tendências à incorporação das teses do realismo jurídico), ultrapassaram esse “modelo de aplicação do Direito”. Na verdade, ocorreu uma troca: do modelo que apostava na estrutura do Direito (objetivismo), passou-se a adotar uma postura de perfil subjetivista, que deu – e dá – azo não somente ao decisionismo stricto sensu, mas também ao instrumentalismo (processo civil) e ao inquisitivismo (processo penal)”. STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 62.

tendo em conta a proliferação de julgados em variadas searas jurídicas e espécimes recursais.

Com efeito, esta popularidade e expansão da *confiança no juiz da causa* como princípio encontra guarida na equivocada importação de doutrinas estrangeiras e, principalmente, na insistência da sociedade jurídica em preservar os atrasados pressupostos do positivismo jurídico e da Filosofia da Consciência.³¹³

Como já denunciado neste estudo, o “pós-positivismo” alemão da Jurisprudência dos Valores, encabeçado por Robert Alexy e adotado com sensíveis falhas epistêmicas pelo *neoconstitucionalismo* brasileiro, não superou o positivismo jurídico, pelo menos não o normativismo de Kelsen, muito mais evoluído do que o positivismo exegetico, que também continua influenciando o ideário jurídico brasileiro.

Em verdade, como ensina Lenio Streck, esta corrente argumentativista pretende superar o positivismo, mas continua incidindo nos mesmos equívocos jurídicos e filosóficos do seu objeto de combate:

Observe-se que as posturas neoconstitucionalistas, por exemplo, ainda acreditam que casos simples se resolvem por subsunção. Logo, acreditam na tese central do velho positivismo. Ocorre que as críticas à forma primitiva do positivismo abrem duas possibilidades: a permanência do objeto criticado e o escondimento das possibilidades da superação do elemento superador do exegetismo. Quem fica preso ao texto (que se iguala, assim, à norma) só consegue superar o “impasse” apelando ao “novo positivismo”, o normativista. Tem-se, assim, um problema: se o positivismo separava direito e moral, ou seja, afastava a moral (e os valores *lato sensu*) da lei (portanto, do direito, porque lei e direito eram a mesma coisa), aqueles que buscaram superar o antigo positivismo incorreram em um equívoco, ao cindirem casos fáceis e casos difíceis e apostarem nos princípios como a porta da entrada da moral no direito, dizendo, por exemplo, que “princípios são normas”. Resultado disso é o já serôdio discurso de que o “juiz boca da lei foi superado pelo juiz dos princípios”. E, para agravar essa problemática, setores da comunidade jurídica passaram a se utilizar da ponderação como um “simples” mecanismo de resolução de conflitos ou colisão de princípios. De forma equivocada, passaram a fazer sopesamentos sem qualquer fidelidade à ponderação alexyana. Assim, se a ponderação em Alexy já é problemática porque ainda presa ao paradigma sujeito-objeto, sem escapar do subjetivismo, a vulgata que foi feita, principalmente no Brasil, fez com que

³¹³ “Sem qualquer possibilidade taxonômica acerca da matéria, esses enunciados (assertóricos) cumprem a função de pararegras. Com eles, qualquer resposta pode ser correta. Aliás, sempre haverá um enunciado desse jaez aplicável ao “caso concreto”: que acaba sendo “construído” a partir de grau zero de significado. Sua multiplicação se deve à errônea compreensão da tese de que os princípios proporcionam uma abertura interpretativa, isto é, pode-se dizer que a tese dworkiniana acerca da diferença entre princípios e regras foi mal-entendida, conforme já explicitarei alhures nesta obra. Ao lado dessa problemática, pode-se elencar como fator causador o predomínio do paradigma da filosofia da consciência, circunstância também já explicitada à sociedade”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 575.

esta – a ponderação – não passasse de um simples álibi teórico, com ela podendo ser extraída qualquer decisão.³¹⁴

Por conta disso, mesmo na terceira década do Século XXI, permanecemos ainda convivendo com decisões que creem nos superados mitos da cisão entre *questões de fato* e *questões de direito*, livre convencimento motivado, julgamento como ato de vontade e princípios como instrumento de abertura do processo interpretativo, que fatalmente culminarão em discricionariedades e decisionismos.

Em outros termos, continuamos presos a uma realidade arraigada às heranças daquilo que é mais negativo no positivismo jurídico e na Filosofia da Consciência: o *assujeitamento* do objeto representado pela discricionariedade judicial, facilmente verificável a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e seus milhares de julgados defendendo o “livre convencimento motivado” e o julgamento como “ato de vontade”, como o recente julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.620.044/PA:

Inexiste violação do art. 155 do Código de Processo Penal se observado o princípio do livre convencimento motivado, em que o magistrado pode formar sua convicção ponderando as provas que desejar, tendo a instância ordinária se utilizado sobretudo das produzidas sob o crivo do contraditório (grifo nosso).³¹⁵

Esta mentalidade consagra a ideia de que o julgamento está condicionado à análise que o magistrado “desejar” empregar, ou seja, de que é livre para julgar conforme a sua vontade, impondo-se, apenas, que esta decisão seja “motivada”, isto é, dentro da facilmente manipulável moldura semântica do ordenamento, o que deixa bem claro como não superamos Kelsen no Brasil.

Assim, promove-se uma estrutura em que os Tribunais Superiores não analisam se os argumentos são bons o suficiente para fundamentar uma “decisão correta”, mas tão somente analisa se há um argumento, seja ele bom ou não, de sorte que o julgador só precisa explicar o motivo para a sua decisão, ainda que a explicação seja frágil.

³¹⁴ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 60.

³¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.620.044/PA. Relator: Min. Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 30/06/2020, Data de Publicação: 05/08/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 20/05/2021.

Em claro português: motiva-se, mas não se fundamenta, um legítimo discurso persuasivo e falacioso.³¹⁶

Trata-se de um ideário autoritário, como afirmou Dworkin durante toda sua carreira, pois o magistrado não pode infringir o horizonte do texto (lei e Constituição), portanto, não pode inventar princípios,³¹⁷ ainda que seja muito confortável a faculdade de decidir conforme sua consciência, que, sejamos francos, equipara-se à vontade.

E aqui repisamos, pois nunca é demais ressaltar: se ficamos à mercê da vontade de alguém, não estamos sob a égide de um modelo democrático, mesmo que esta pessoa seja ungida por “profundo conhecimento jurídico” e integrante da “vanguarda iluminista”. Viver em sociedade presume participar, mesmo que indiretamente, das escolhas das regras que regem a convivência humana, de sorte que quando o juiz não precisa se sujeitar aos horizontes do texto que disciplinam os ditames desta convivência, estamos todos relegados à “bondade dos bons”.³¹⁸

Vê-se, pois, que não avançamos contra o positivismo normativista, isto é, não ultrapassamos a atrasada Filosofia da Consciência, de modo que o ofício judicante permanece sendo visto como uma atividade subjetivista, em que o sujeito juiz *assujeita* o objeto caso concreto, ignorando a intersubjetividade própria deste processo e a sua condição de *Ser-aí*.³¹⁹

³¹⁶ “No discurso prescritivo ou persuasivo, não se pode perguntar pela verdade ou falsidade. Esta pergunta constitui uma exigência lógica no discurso demonstrativo, categórico e descritivo. No discurso prescritivo ou persuasivo, a única pergunta que cabe, é saber se a conclusão sugerida é aceita ou reprovada. Isto coincide com o objetivo das falácias”. WARAT, Luís Alberto. As falácias jurídicas. Traduzido por Horácio Wanderlei Rodrigues. **Revista Sequência**, Florianópolis, Vol. 06, n. 10, p. 123-130, jan. de 1985. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1546>. Acesso em 10/06/2021.

³¹⁷ Aqui, frisa-se, não se está alegando a inexistência de princípios “implícitos” ou não positivados, mas ressaltando que princípios não são passíveis de invenção, haja vista que são a inserção do mundo prático ao direito e estão intimamente conectados com as premissas históricas e constitucionais de uma comunidade. Canotilho, neste contexto, oferece perfeitos esclarecimentos: “A consideração de princípios constitucionais não escritos como elementos integrantes do bloco da constitucionalidade só merece aplauso relativamente a princípios reconduzíveis a uma densificação ou revelação específica de princípios constitucionais positivamente plasmados”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 980.

³¹⁸ “Uma vez perguntei: quem nos protege da bondade dos bons? Do ponto de vista do cidadão comum, nada nos garante, ‘a priori’, que nas mãos do Juiz estamos em boas mãos, mesmo que essas mãos sejam boas. (...) Enfim, é necessário, parece-me, que a sociedade, na medida em que o lugar do Juiz é um lugar que aponta para o grande Outro, para o simbólico, para o terceiro”. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão. In: **Revista ANAMATRA**. São Paulo, n. 21, p. 30-50, 1994.

³¹⁹ “Embora tudo isto – e isto vale para o modo-de-fazer Direito em nosso sistema jurídico brasileiro –, a mudança de paradigma (da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem) não teve a devida recepção no campo da filosofia jurídica e da hermenêutica no cotidiano das práticas judiciais e

A manutenção deste cenário está ligada àquilo que Warat batizou, no longínquo ano de 1983, de *senso comum teórico* dos juristas, mais vivo do que nunca:

A expressão ‘senso comum teórico dos juristas’ designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas.

[...]

Resumindo: os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças, para preservar o segredo que esconde as verdades. O *senso comum teórico dos juristas* é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder.³²⁰

Neste contexto, munidos de percepções subjetivas, sejam eles morais, políticos ou jurídicos, os juristas reproduzem acriticamente “verdades jurídicas incontestáveis”, apoiadas em mitos³²¹ que representam fortes em que os argumentos voluntaristas se escoram.

Este *senso comum teórico* dos juristas se retroalimenta, nos bancos da academia, nas obras jurídicas de baixa qualidade, no ensino mecanizado de preparação para provas e concursos e, principalmente, na jurisprudência autoritária de alguns tribunais, pois se distanciar do *senso comum* exige o desenvolvimento de um *senso crítico*, de muita filosofia e “conversas difíceis” não muito apetitosos àqueles que não pretendem elevar o nível do debate. Fundamentar uma decisão, como veremos no capítulo seguinte, não é uma tarefa simples.

Voltando ao nosso tema central, de toda essa exposição, vemos que o *princípio da confiança no juiz da causa*, dada sua íntima relação com a cisão entre questões de fato e questões de direito e com o relativismo que lhe é inerente, mostra-se como fiel representação do ideário positivista (na ausência de uma regra, lega-se ao magistrado o poder discricionário, inclusive, de criar um “princípio”), bem como se

doutrinárias brasileiras”. STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 57.

³²⁰ WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 13.

³²¹ Como os já exaustivamente citados: cisão entre *questões de fato* e *questões de direito*, julgamento como ato de vontade, busca da verdade real no processo penal, livre convencimento motivado, princípios como instrumentos de abertura do processo interpretativo, cisão entre interpretar e aplicar, sentido unívoco da lei, vontade da lei, vontade do legislador, solução de *casos fáceis* por subsunção e de *casos difíceis* por ponderação, dentre tantos outros.

revela uma fiel representação do *senso comum teórico dos juristas*, uma vez que, pouco criticado pela doutrina, foi sendo repetido à exaustão e adotado como uma “verdade incontestável” ao longo de mais de noventa anos.

Em vias de combater o uso desta falácia argumentativa, o único meio disponível é a teimosa exigência de fundamentação das decisões judiciais, sendo que a única forma de afastar o emprego deste “princípio” é a demonstração de que, além de não ser um princípio, não possui a menor condição jurídica de fundamentar idoneamente uma decisão judicial, sobretudo no âmbito penal. Os meios para o cumprimento desta tarefa são a tônica do capítulo final desta dissertação.

CAPÍTULO 5 – POR QUE A CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA NÃO É UM ARGUMENTO APTO A FUNDAMENTAR UMA DECISÃO PENAL

Em complemento ao capítulo anterior, passaremos a tratar dos motivos pelos quais o emprego da *confiança no juiz da causa* na fundamentação das decisões judiciais penais é ilógica, inconstitucional e ilegal.

Embora alguns dos motivos para negar-lhe o título de princípio já sejam indicativos bastante claros da inconstitucionalidade desta criação jurisprudencial, é importante aprofundar a questão para elementos além dos requisitos impostos pelos autores supracitados para constituição de um princípio.

É possível que um jargão jurídico não seja um princípio, nem uma regra, mas não necessariamente incida em uma ilegalidade ou imoralidade. Lenio Streck, ao tratar do *panprincipiologismo*, fornece diversos exemplos de *pseudoprincípios*, como os princípios da “simetria”, “precaução”, “absoluta prioridade da criança e do adolescente”, dentre tantos outros. Nestes casos, está-se diante de ornamentos argumentativos, enunciados vazios que podem (devem) ser afastados da fundamentação judicial, mas que não representam uma grande ameaça ao Estado Democrático de Direito.

O *princípio da confiança no juiz da causa*, por outro lado, não só não constitui um princípio jurídico, como viola flagrantemente princípios e garantias constitucionais como o contraditório, a imparcialidade, o duplo grau de jurisdição, a inafastabilidade do Poder Judiciário e o devido processo legal, além de infringir dispositivos processuais, especialmente o art. 489 do Código de Processo Civil e o art. 315, do Código de Processo Penal, este último sobre o qual nos debruçaremos com mais profundidade por ser a matéria sobrevoada neste trabalho.

Para a demonstração desta conclusão, iniciamos apresentando os aspectos fundantes de uma decisão judicial fundamentada no âmbito penal, com análise voltada à relação entre garantias as garantias constitucionais e a regra esculpida no art. 93, IX, da Carta Magna.

Em um segundo plano, passamos a expor a distinção entre motivação e fundamentação das decisões no contexto jurídico-constitucional brasileiro e a realidade atual.

Por fim, apresentamos os argumentos que demonstram por que o *princípio da confiança no juiz da causa* não cumpre as exigências filosóficas e jurídicas de uma decisão fundamentada e por que configura flagrante inconstitucionalidade e ilegalidade.

5.1 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DE UMA DECISÃO FUNDAMENTADA

O primado maior da Constituição Federal, já em seus artigos 1º e 2º,³²² é a instituição da República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito: **(i)** Democrático porque infirma o povo como detentor do poder de tomar as decisões, direta ou indiretamente, que darão forma ao conjunto de regras e princípios que norteiam, formal e materialmente, a vida em sociedade;³²³ e **(ii)** de Direito, porque subordina o poder estatal às leis, formuladas pelo povo ou por seus representantes eleitos democraticamente, de modo que o exercício desse poder, seja ele executivo, legislativo ou judiciário, estará sempre limitado pelas garantias de proteção ao indivíduo e sua dignidade humana, instituídas por lei.³²⁴

³²² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

³²³ "Mas a democracia não se traduz apenas em um conjunto de princípios e regras de cunho organizatório e procedimental, guardando, na sua dimensão material, íntima relação com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais em geral, com destaque para os direitos políticos e os direitos de liberdade (designadamente as liberdades de expressão, reunião e manifestação), para além dos direitos políticos e de nacionalidade. Consoante bem sintetiza Hartmut Maurer, do respeito e proteção da dignidade humana decorre que os seres humanos (portanto, o povo) formam o elemento dominante do (e no) Estado, ao passo que liberdade e igualdade (e os direitos fundamentais correlatos) exigem que todos possam, em condições de igualdade, influir na vida estatal. Assim, também o princípio democrático, na condição de princípio normativo estruturante, apresenta uma dimensão material e uma dimensão organizatória e procedimental, que se conjugam, complementam e retroalimentam assegurando uma legitimidade simultaneamente procedimental e substancial da ordem jurídico-política estatal". MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 293.

³²⁴ "A constitucionalística mais recente salienta que o princípio da separação transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como «divisão», «controlo» e «limite» do poder — dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do

Nesta senda, um Estado Democrático de Direito é, antes de qualquer coisa, um modelo de limitações do poder estatal, solidificado pela tripartição do poder e pelo respeito aos direitos e garantias dispostos na Constituição e na legislação infraconstitucional, concebidas democraticamente pelo povo.

Diante da pluralidade de garantias fundamentais e tendo em conta o objeto de estudo desta dissertação, limitar-nos-emos a destacar os direitos fundamentais do indivíduo quando envolvido em uma relação judicial penal, isto é, a limitação do poder estatal por meio das garantias constitucionais de cunho processual.

A decisão judicial na esfera criminal, especialmente a prolatada em desfavor do investigado/réu/recorrente/condenado (decretação de prisão, fixação de fiança, medida cautelar, condenação, regressão de regime, etc.), representa a materialização do poder estatal através de imposição de restrições aos direitos fundamentais do cidadão (liberdade e propriedade), de sorte que o conteúdo dos julgamentos merece constante vigilância com relação à obediência aos limites constitucionais do poder do Leviatã, propiciando previsibilidade e estabilidade na relação cidadão-Estado.

O Poder Judiciário, por ser um braço poderoso da estrutura estatal, submete-se a princípios e regras de atuação, sendo a fundamentação das decisões o mecanismo de fiscalização, tanto do indivíduo quanto da sociedade como um todo (Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil, imprensa e outros órgãos de controle), do conteúdo das decisões judiciais.

Em termos gerais, fundamentar é apresentar as razões para a tomada de determinada decisão, calcadando-se em fatos e provas apresentados pelas partes, e justificar por que estes motivos elencados pelo julgador são suficientemente idôneos para alicerçar um julgamento, à luz da coerência e integridade do ordenamento e da história institucional do direito.

Com efeito, decidir é, em essência, fundamentar. Sem fundamentação, a decisão é mero arbítrio, escolha, arbitrariedade. Ou seja, sem fundamentação, não há

Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas. O princípio da separação como forma e meio de limite do poder (separação de poderes e balanço de poderes) assegura uma medida jurídica ao poder do Estado (K. HESSE alude aqui a «Mässigung der Staatsmacht») e, conseqüentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos. O princípio da separação como princípio positivo assegura uma justa e adequada ordenação de funções do Estado e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos do Estado. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa responsabilidade pelo exercício de um poder". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 365.

direito, não há democracia, não há limitação de poder, não há Estado Democrático de Direito.

Em função disso, pode-se dizer que a fundamentação das decisões judiciais é uma garantia política e individual, pois funciona como um instrumento de supervisão *extraprocessual*, promovida por toda a sociedade – daí a obrigatoriedade da publicidade dos atos judiciais (artigos 37, *caput*, e 93, IX, da Constituição Federal), salvo em casos expressos de segredo de justiça, em que o sigilo protege as partes, e não o Judiciário (art. 5º, LX) – e *endoprocessual*, praticada pelas partes, que buscam a prestação jurisdicional e, quando não atendidas, possuem o direito de recorrer à instância superior.

A fundamentação das decisões judiciais, como garantia política, diz respeito ao dever dos juízes de prestarem contas com a sociedade no que se refere aos conteúdos e, principalmente, às razões de suas decisões, como forma de respeito à legitimação estatal para a prática de atos judiciais.

Nas sábias palavras de Leonard Ziesemer Schmitz: “*o Estado Democrático de Direito é um estado que se justifica, para encontrar nessa justificação sua legitimidade*. O fator de legitimidade das decisões – e, como consequência, da atividade jurisdicional – é dado por sua fundamentação”.³²⁵

Assim, fundamentar a decisão é um movimento de *accountability*, de prestação de contas do Estado àqueles de onde todo poder emana (art. 1º, parágrafo único, da Carta Magna). É permitir o controle das ações estatais, demonstrando que as decisões não são arbitrárias ou autoritárias.

Isto se pauta, também, no fato de que o Poder Judiciário exercer função contramajoritária, através de membros que não foram eleitos democraticamente, ou seja, que não estão submetidos a um controle periódico por parte do povo, servindo como intérpretes das leis e da Constituição, as quais foram efetivadas por meio de processos democráticos no Poder Legislativo.

Por evidente, não se está sugerindo que o Poder Judiciário está sujeito à provação dos anseios populares, mesmo porque, na esteira dos veementes comentários de Eros Grau: “os juízes aplicam o *direito*, os juízes não fazem *justiça!*”

³²⁵ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de resposta no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 175.

Vamos à Faculdade de Direito aprender *direito*, não justiça. *Justiça* é com a religião, a filosofia, a história”.³²⁶

O ponto é que a fiscalização das decisões judiciais pela sociedade é uma forma de controle no que tange à consonância dos seus conteúdos com o texto legal e constitucional. Como lembra Lenio Streck: “controlar as decisões judiciais é uma questão de democracia, o que não implica ‘proibição de interpretar’”,³²⁷ afirmação que ganha contornos ainda melhores a partir dos “questionamentos” de José Rodrigo Rodriguez, em premiada obra sobre o tema:

Quem estaria mais capacitado para criar regras para a sociedade vista como um todo, o parlamento e o debate político, em que diversas opiniões e concepções se digladiam a favor deste ou daquele desenho para a regulação dos problemas sociais; ou o juiz isolado, cujas decisões podem ter efeitos que ele, muito provavelmente, não será capaz de antecipar?³²⁸

Essas conclusões remontam ao referencial teórico deste trabalho, Ronald Dworkin, que prega a impossibilidade de criação do direito por parte dos juízes. Ainda que o direito seja uma prática interpretativa e, por conseguinte, construtiva, não se pode legar aos julgadores que criem o direito, sob pena de legislações pós-fatos, isto é, sob o risco de o indivíduo ser totalmente surpreendido na prestação jurisdicional. O sistema jurídico é íntegro, coerente e prima pela previsibilidade, respeito à história institucional e padrões normativos, cabendo aos magistrados a construção da norma jurídica a partir dos fatos e dos horizontes do ordenamento.

Como a atividade judicante é imprescindível para o controle da ordem na vida em sociedade e para a manutenção do Estado Democrático de Direito, e como não se trata de tarefa simples, faz-se imperioso o controle social das decisões e de seus fundamentos.

Já no que tange à sua natureza de garantia fundamental voltada ao indivíduo, a fundamentação das decisões judiciais consiste no direito do jurisdicionado de ser informado das razões pelas quais seu pleito não foi acolhido ou por que foi condenado e por que a pena lhe foi irrogada em determinado patamar, além de propiciar o mesmo

³²⁶ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 19.

³²⁷ STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p.84.

³²⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 148.

com relação à vítima, interessada nas razões pelas quais o réu foi absolvido ou condenado e assim por diante.

Neste diapasão, não se pode perder de vista que processos, especialmente os criminais, tratam de pessoas. Não do representante da acusação (promotor de justiça ou advogado) ou do defensor, mas das vítimas (uma pessoa ou grupo de pessoas, como o pagador de impostos em casos de corrupção), do acusado e, por consequência, dos seus familiares. Por isso, diz-se que a fundamentação das decisões judiciais possui um caráter de humanidade, por representar o direito das pessoas, muitas vezes simplórias, de terem ciência do porquê o judiciário decidiu de determinada forma.

Diante dessas circunstâncias, é acertada a alegação de que a fundamentação das decisões judiciais se destina – primordialmente, mas não somente – à parte perdedora,³²⁹ sobretudo no âmbito penal, em que o acusado é, em regra, processado e julgado por órgãos estatais, frente aos quais é extremamente hipossuficiente.³³⁰

Por fim, e novamente se valendo das lições de Dworkin, destaca-se o papel da fundamentação das decisões na manutenção da integridade do direito, que se reflete no fato de os julgamentos de hoje servirem para formação da história institucional do direito a ser consultada e mantida nos próximos anos, fomentando a segurança jurídica e a previsibilidade ou dando boas razões para sua alteração, o que só pode ser exercido com base na fundamentação das decisões.

À vista disso, no processo de compreensão do ordenamento em conjunto com os fatos de casos futuros, o magistrado poderá consultar de que forma aquele tipo de situação é institucionalmente compreendida pelo Poder Judiciário e *quais as razões* para que a compreensão seja esta.

Dessa forma, o juiz será capaz de, não só explicar o que o “convenceu”, mas de explicitar os fundamentos de sua compreensão, fornecendo uma justificação de sua

³²⁹ "A motivação é mais importante para o perdedor do que para o vencedor. A motivação importa mais para o perdedor não apenas porque é ele que pode recorrer, mas especialmente porque é o perdedor que pode não se conformar com a decisão, e assim ter a necessidade de buscar conforto e explicação na justificação judicial". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 476.

³³⁰ "Ao contrário, talvez por reconhecer a realidade desigual entre os órgãos estatais e o acusado, em todo e qualquer processo, optou por enfatizar o princípio da ampla defesa e não o da ampla acusação. De outro modo: o processo penal se realiza pela ampla defesa, não havendo previsão equivalente para a efetivação dos interesses acusatórios. Não há, repita-se, ampla acusação". PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2020, p. 574.

interpretação, ou seja, demonstrando por que a compreensão oferecida representa a resposta correta, num contexto de unidade, integridade e coerência do direito e da Constituição.³³¹

Introduzidos brevemente a função e a importância da fundamentação das decisões judiciais, passa-se a analisar quais os principais elementos constitutivos de uma decisão penal legítima, ressaltando-se, desde já, que este direito fundamental esculpido na Constituição Federal e na própria lei processual (art. 564, V, do Código de Processo Penal) envolve uma série de elementos jurídicos que são interdependentes, de modo que a inobservância de qualquer um dos seus aspectos fundantes afasta o jaez democrático da decisão judicial.

5.1.1 Racionalidade da decisão: devido processo legal como integridade do ordenamento

Historicamente, o direito tem como função a racionalização das relações humanas e, principalmente, do poder público, conferindo os elementos mínimos para construção de um tecido social de convivência dos indivíduos entre si e com o Estado. Sendo a decisão judicial uma manifestação de concretude de direito, revela-se imperativa a racionalidade de seus fundamentos, tanto interna quanto externa.³³²

A racionalidade interna de um julgamento se consubstancia na coerência entre as suas afirmações e as próprias premissas que as embasam, ou seja, quando as suas conclusões guardam consonância com o raciocínio construído durante toda apreciação do suposto evento criminoso, desde o relato dos fatos, às alegações das partes, às provas produzidas e a valoração de cada um destes elementos. Ou seja, deve haver coerência não só entre dispositivo e fundamentos, mas entre todas as pequenas conclusões que dão vida à compreensão global do caso.

³³¹ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 303.

³³² Destaca-se desde já que o uso das palavras racionalizar e racionalidade não possuem conotação cartesiana ou conexão com os termos empregados por Robert Alexy, que insere a ponderação como suposto meio de “racionalização” das decisões judiciais. A intenção neste plano da presente dissertação é justamente oposta, pois o ideário argumentativista culmina por conferir ao juiz liberdades interpretativas exacerbadas e incondizentes com os preceitos antidiscricionários deste trabalho.

Em outros termos, tendo em vista que qualquer decisão ou sentença penal trata da análise de um fato, com provas e argumentos levantados pelas partes, é indispensável que a resposta jurisdicional se lastreie em um raciocínio construído de forma lógica, em que as premissas fático-probatórias e as jurídicas se relacionem harmonicamente:

O requisito da *racionalidade interna* (ou lógica, em sentido forte) consiste, em primeiro lugar, na *não contradição* entre as várias proposições feitas ao longo do discurso justificativo, pois esta é a forma mais elementar de racionalidade lógica; nesse sentido, como anota Taruffo, é possível falar em um princípio de *coerência contextual*, segundo o qual a motivação, globalmente, não deve conter argumentos ou afirmações incompatíveis ou contraditórias a respeito do mesmo *objeto*, ainda se apresentadas em lugares distintos do discurso.³³³

Efetivamente, conforme refalado com arrimo escritos de Lenio Streck, “não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, isto é, a decisão judicial deve se basear na integridade e coerência dos elementos constantes nos autos, pois são eles os horizontes intransponíveis do círculo hermenêutico decisório.

Em vista disso, não será fundamentada uma decisão em que a conclusão for incoerente com as premissas assentadas com relação ao acerto dos fatos ou que invoque um dispositivo ou entendimento e, posteriormente, negue-lhes vigência. Por exemplo, não guarda racionalidade interna uma decisão que admite no corpo de sua fundamentação que as provas são frágeis, mas que, ao fim, condena o acusado.

De igual forma, não se constitui como fundamentada a decisão que não é clara quanto às premissas adotadas e à apreciação do conjunto probatório e das teses acusatória e defensivas, dentre outras inconsistências *internas* do julgamento, de modo que não basta apenas a argumentação *pro forma*, com vocabulário erudito ou tecnicidade e esvaziamento de conteúdo:

Já a racionalidade externa de uma decisão judicial é a coerência com a integridade do ordenamento, que convencionamos chamar de devido processo legal, isto é, o respeito à exigência maior de que o julgamento será pautado nas regras e princípios jurídicos coerente e democraticamente construídos, como vimos em Dworkin.

³³³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 148-149.

Assim, uma decisão só é considerada fundamentada quando não depende da *vontade* ou da opinião subjetiva do julgador, mas da construção racional da solução baseada no direito e nos comandos íntegros e coerentes concebidos de forma democrática:

Em síntese, o poder judicial somente está legitimado enquanto amparado por argumentos cognoscitivos seguros e válidos (não basta apenas boa argumentação), submetidos ao contraditório e refutáveis. A fundamentação das decisões é instrumento de controle da racionalidade e, principalmente, de limite ao poder, e nisso reside o núcleo da garantia.³³⁴

Com previsão desde a Magna Carta inglesa de 1215,³³⁵ o devido processo legal, cuja redação em nossa Constituição prevê o direito de “não ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, constitui a primeira e mais abrangente garantia ligada ao exercício judicial.³³⁶

Diz-se primeira, porque o próprio fato de existir um processo já constitui uma garantia, que antecede todas as outras. É o aviso do constituinte que ninguém sofrerá constrição de sua liberdade ou de seus bens de forma arbitrária, imprevisível e sem que as regras definidas tenham sido formuladas democraticamente. Ou seja, o fato de existir um processo, com regras pré-dadas, analisado por um poder estatal independente do legislativo e do judiciário, já constitui, por si só, uma garantia política do indivíduo como limitação do poder estatal.

É também a mais abrangente, pois, qualquer violação a uma garantia processual culminará na incidência de transgressão ao devido processo legal. Isto é, apesar de muitas vezes ser equivocadamente reduzido a um simples corolário da ampla defesa e do contraditório, temos que o devido processo legal é um desdobramento de todas

³³⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1337.

³³⁵ Artigo 39 (traduzido livremente): “Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra”.

³³⁶ “É provável que a garantia do devido processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, se considerarmos a sua aplicação nas relações de caráter processual e nas relações de caráter material (princípio da proporcionalidade/direito substantivo). Todavia, no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas”. BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pp. 787-788.

as garantias constitucionais processuais,³³⁷ como a anterioridade da lei penal e a proibição de utilização de prova ilícita (artigo 5º, XXXIX e LIII, da Constituição Federal), por exemplo. Em função disso, podemos afirmar que o devido processo legal, além de impor a existência de um processo, é o ponto de intersecção entre todas as demais garantias processuais ou, em alusão a Lenine e Carlos Rennó, é “todas elas juntas num só ser”.³³⁸

Além das garantias fundamentais, a obediência a este princípio constitucional representa o respeito a toda e qualquer regra do jogo processual,³³⁹ e ³⁴⁰ desde as formalidades procedimentais às mais complexas relações processuais, como a prerrogativa de o acusado ser o último a ser ouvido no procedimento instrutório ou de ter exarado um parecer do Ministério Público em segundo grau, como *custos legis*, nas apelações criminais e recursos em sentido estrito, como preceituam os artigos 400, *caput*, e 610, do Código de Processo Penal.

Neste sentido, a célebre frase repetida à exaustão, com justiça, pelo mestre Aury Lopes Junior: “forma é garantia”, é uma perfeita definição de devido processo legal. Obediência às formas previstas pela lei, isto é, a submissão à legalidade e à Constituição ou, em termos gerais, o imperativo de respeito ao direito, é o que constitui o devido processo legal.³⁴¹

Assim, a decisão judicial na esfera penal que viola um princípio ou regra jurídica, seja processual ou procedimental, é incoerente com a integridade do ordenamento, ou seja, fere a garantia ao devido processo legal e, por consequência, jamais pode ser considerada uma decisão fundamentada, por lhe faltar racionalidade com os

³³⁷ “Necessário superar-se a noção diferenciadora e simplista da distinção da ‘norma jurídica’ entre ‘princípios’ e ‘regras’ para se demonstrar que os princípios devem fechar as regras do jogo processual, ainda que se fundamentem – todos –, no devido processo legal substancial”. MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 282.

³³⁸ Canção brasileira, composta por Carlos Rennó e Lenine, lançada em 2004 no disco “Lenine *In cité*”, em que o cantor cita diversas musas inspiradoras de hits consagrados, desde Amélia de Mário Lago e Atila Iório a “Michelle, ma belle do Beatle Paul”, para concluir que nenhuma delas supera a sua amada, que traz em si todas as qualidades das demais, como a mulher que contém em si todas as mulheres.

³³⁹ CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**, v. 07, n. 23, tradução de Roberto B. Del Claro, Curitiba: Gênesis, jan. 2002, p. 191-209.

³⁴⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 303.

³⁴¹ “Quando se lida com o processo penal, deve-se ter bem claro que, aqui, forma é garantia. Por se tratar de um ritual de exercício de poder e limitação da liberdade individual, a estrita observância das regras do jogo (devido processo penal) é o fator legitimante da atuação estatal”. LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 83.

elementos *externos* da decisão (dispositivos legais, constitucionais e história institucional).

5.1.2 A imparcialidade a independência do juiz

O segundo fator relacionado à fundamentação das decisões é a imparcialidade do magistrado, que consiste no direito do indivíduo de ser julgado por órgão jurisdicional afastado objetiva (no tocante ao caso) e subjetivamente (em relação às pessoas nele envolvidas – artigos 252 a 254 do Código de Processo Penal), isto é, que não possua interesse no deslinde do feito e que não esteja contaminado por interpretações/compreensões já produzidas antes mesmo da instrução processual.³⁴²

A independência, por seu turno, refere-se à não submissão do julgador a influências externas do processo, como pressões governamentais, legislativas, ou de outros órgãos do próprio Poder Judiciário, bem como de intervenções pessoais, empresariais, populares ou midiáticas.

Evidentemente, como vimos com Heidegger e Gadamer, não existe grau zero de sentido, de modo que não se pode esperar um juiz neutro, completamente alheio a impressões pessoais, políticas, religiosas, etc., mesmo porque o juiz é *ser-no-mundo*. Contudo, ressaltamos mais uma vez que as inescapáveis pré-compreensões não podem ensurdecer o sujeito, isto é, não podem dominar o juiz de forma que interfira na imparcialidade do seu julgamento.

Em que pese não encontrem disposição expressa na Carta Magna, a imparcialidade e a independência do magistrado têm seus valores extraídos de outros dispositivos constitucionais, como o juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), além de pulsarem no ordenamento como “norma” *supralegal* (contida em tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos não incorporada como emenda

³⁴² “Portanto, o juiz criminal – para efetivamente ser juiz e, portanto, imparcial – deve conhecer do caso penal originariamente no processo. Deve formar sua convicção pela prova colhida originariamente no contraditório judicial, sem pré-juízos e pré-cognições acerca do objeto do processo. Do contrário, a seguir-se com a prática atual, o processo acaba sendo um mero golpe de cena, com um juiz que já formou sua imagem mental sobre o caso e que entra na instrução apenas para confirmar as hipóteses previamente estabelecidas pela acusação e tomadas por verdadeiras por ele juiz, tanto que decretou a busca e apreensão, a interceptação telefônica, a prisão preventiva, etc. e ainda recebeu a denúncia”. MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 617.

constitucional),³⁴³ tendo em conta a recepção do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos, por meio do Decreto n. 678/1992, a qual consagra em seu artigo 8 estas garantias como direitos fundamentais nos seguintes termos:

Convenção Americana de Direitos Humanos

Artigo 8. Garantias judiciais

“Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, **independente e imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (grifo nosso).

Nesta senda, essas garantias preservam, sem sombra de dúvidas, o direito jurisdicional mais importante dentre aqueles específicos, sendo tida por Aury Lopes Junior como o “princípio supremo do processo”.³⁴⁴

A sua materialização é condição de possibilidade para a formação de um processo penal democrático, pois de nada vale o respeito ao contraditório, à ampla defesa, a todas as regras processuais e procedimentais, se o juiz está contaminado, seja pelo motivo que for, ou subordinado a algum poder ou interesse *extraprocessual*.

Nas preciosas palavras do mestre Eugenio Raul Zaffaroni:

A jurisdição não existe se não for imparcial. Isto deve ser devidamente esclarecido: não se trata de que a jurisdição possa ou não ser imparcial e se não o for não cumpra eficazmente sua função, mas que sem imparcialidade não há jurisdição. A imparcialidade é a essência da jurisdiccionariedade e não o seu acidente.³⁴⁵

Assim, só haverá jurisdição e devido processo se a fiscalização da legalidade e a formação da convicção decisória se derem por um sujeito processual alheio aos interesses das partes, como o próprio nome sugere, imparcial pressupõe “o não ser parte” ou até mesmo vínculo com algum interesse de uma das partes,³⁴⁶ de sorte que

³⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 466.343, com repercussão geral (Tema 60). Relator: Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 03/12/2008, Data de Publicação: 05/06/2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur323/false>. Acesso em 04/07/2021.

³⁴⁴ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 17.

³⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 90-91.

³⁴⁶ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 98.

o juiz é a encarnação do próprio Estado, um órgão *super partes*, que está além dos interesses processuais.³⁴⁷

Nesta esteira, a imparcialidade do julgador, como garantia de limitação do poder estatal em face do indivíduo, só pode ser aferida de uma forma: a partir da fundamentação da decisão.

Em verdade, essas duas garantais fundamentais estão umbilicalmente conectadas, de modo que são ambas indispensáveis para a concretização uma da outra em um Estado Constitucional, isto é, não há fundamentação legítima se o juiz não é imparcial, tampouco há imparcialidade se o julgador não justifica idoneamente as suas decisões.

Assim, a fundamentação de um juiz parcial não constitui fundamento, base, alicerce para arrazoamento de um julgamento democrático. Configura, na verdade, um engodo, uma farsa retórica para esconder as verdadeiras razões que ensejaram a prolação de determinada decisão, pois as funções primordiais da fundamentação das decisões judiciais são justamente a prevalência da racionalidade sobre o poder e a limitação da restrição a direitos fundamentais de acordo com os horizontes do ordenamento e da integridade do direito, de sorte que se a decisão é parcial, ou seja, se é tomada com base única e exclusivamente em interesses ou pré-compreensões subjetivas do julgador, não há como considerá-la fundamentada.

Por conta disso, afirma-se que a imparcialidade é o primado da fundamentação das decisões, é a primeira condição de possibilidade para materialização do direito individual e coletivo previsto no art. 93, IX, da Carta Magna.

5.1.3 O contraditório como poder de influência

Por fim, o terceiro elemento vital para a configuração de uma decisão penal fundamentada é o respeito ao contraditório, entendido como a garantia de que as partes terão participação na formação do julgamento, ou, de que o juiz deverá sopesar igualmente cada aspecto de todas as provas e alegações apresentadas pela

³⁴⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11.

acusação e pela defesa, fornecendo as razões para o acolhimento e afastamento de cada um dos argumentos.

A garantia de participação das partes na construção da decisão jurídica culmina, assim, na formação de importante instrumento de controle dos julgamentos penais, sendo o contraditório uma verdadeira condição de possibilidade para formação de uma decisão penal fundamentada.

Isso porque é evidente que decidir pressupõe a existência de opções, pois, sem alternativas, não há oportunidade de se decidir, mas apenas agir no sentido único apresentado. Desta forma, quando um magistrado decide, ele está adotando um caminho em detrimento de outros,³⁴⁸ de modo que lhe é imposta a obrigação de, ao prolatar decisão condenatória, por exemplo, justificar não só por quais razões e critérios entendeu pela condenação, mas também por que não absolveu.

Embora possa parecer trivial ou “lógico” que as razões pelas quais o réu não foi absolvido são as mesmas pelas quais ele foi condenado, a fundamentação não se restringe apenas à exposição dos argumentos acolhidos, mas engloba principalmente a justificação de por que os demais apontamentos realizados pela parte perdedora não foram o suficiente para formar a decisão no sentido por ela pretendido.

É o que a doutrina chama de dialeticidade,³⁴⁹ desdobramento do direito fundamental ao contraditório e manifestação própria da natureza processual da fundamentação das decisões judiciais.

Neste diapasão, cumpre destacar, conforme já brevemente mencionado no corpo desta dissertação, que o contraditório não se resume à mera paridade de armas³⁵⁰ durante os atos processuais. Isto é, a igualdade de acesso às informações

³⁴⁸ Aqui o não uso da palavra escolha é novamente proposital, tal qual o referendado na nota de rodapé 203, página 122, haja vista que, como vimos, *decidir não é escolher*, pois escolher se relaciona com vontade, arbítrio, motivação, o que não é o caso.

³⁴⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 144.

³⁵⁰ A equanimidade formal consiste no direito das partes à igual concessão de direitos, faculdades e oportunidades de manifestação no processo, valor que é sobrestimado no caso de ações penais, por estar em jogo a liberdade do acusado e por ser este um ser hipossuficiente em comparação ao poder estatal, de modo que, por vezes, são conferidos direitos apenas à defesa, como a oposição de recursos e ações autônomas exclusivamente em benefício do acusado (*habeas corpus*, embargos infringentes e de nulidades, protesto por novo júri, revisão criminal, etc.), a prerrogativa de ser sempre a última parte a se manifestar no processo, o reconhecimento de ofício de benefícios ao acusado, a não preclusão de nulidades ligadas à amplitude de defesa e o contraditório, dentre outras necessárias relativizações.

e o direito de manifestação em igual proporção entre acusação e defesa no processo penal é elemento substancial, mas não é o único quando tratamos de contraditório.³⁵¹

Neste sentido, em que pese a paridade das armas comumente seja entendida como sinônimo de contraditório, o correto é entendê-la como um desdobramento ou uma ramificação deste direito fundamental.

A justificativa para essa alegação é que contraditório é algo muito mais amplo e valioso, pois consiste no “método de conhecimento do caso penal”, uma estrutura dialética para o desfecho processual.³⁵² Desde a doutrina de Elio Fazzalari,³⁵³ recepcionada por autores brasileiros como Flávio Quinaud Pedron, Aury Lopes Junior, Alexandre Morais da Rosa, Renato Brasileiro de Lima, Douglas Fischer e Eugenio Pacelli, dentre vários outros já citados neste trabalho, o processo passou a ser reconhecido como o “procedimento em contraditório”, de sorte que não há apenas direito de manifestação, mas de *exercício de influência* e de não surpresa na *formação* das decisões.^{354 e 355}

Com efeito, o direito ao contraditório e a sua identificação como o direito de exercer influência no desfecho processual é o reconhecimento do papel da linguagem na construção da compreensão e o afastamento das heranças subjetivistas da Filosofia da Consciência.

³⁵¹ “É justamente esse propósito de influir no provimento final que conferir ao contraditório a sua *unidade teleológica* e, ao mesmo tempo, permite concluir que uma decisão só pode ser considerada como proferida em contraditório quando este tiver acompanhado o completo itinerário de sua formação. [...] Mas não se pode perder de vista, por outro lado, e como anteriormente se mencionou, que a contraposição dialética representada pelo contraditório somente adquire sentido, no processo, quando destinada à persuasão do órgão de decisão; assim, e particularmente para o processo penal, uma concepção de *paridade de armas* que reflita apenas um princípio geral de igualdade é insatisfatória, pois, mais do que um simples equilíbrio entre as posições atribuídas às partes, o que interessa ao *processo justo* é a simetria na *idoneidade técnica* dos ofícios da acusação e da defesa”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 35-37.

³⁵² PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2020, p. 76.

³⁵³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, pp. 119-120.

³⁵⁴ BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense: 2015, p. 93.

³⁵⁵ “O núcleo fundante do pensamento de Fazzalari está na ênfase que ele atribui ao contraditório, com importante papel na democratização do processo penal, na medida em que desloca o núcleo imantador, não mais a jurisdição, mas o efetivo contraditório entre as partes. A sentença – provimento final – deve ser construída em contraditório e por ele legitimada. Não mais concebida como (simples) ato de poder e dever, a decisão deve brotar do contraditório real, da efetiva e igualitária participação das partes no processo. Isso fortalece a situação das partes, especialmente do sujeito passivo no caso do processo pena”. LOPES JUNIOR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 254.

O processo como procedimento em contraditório pressupõe que o julgador não é mais aquele sujeito onisciente, que *assujeita* o objeto de acordo com a sua consciência, em um processo subjetivo de atribuição de sentidos, como se pudesse cindir mente e corpo, direito e fato, ser e *dever-ser*.

Trata-se, na verdade, do reconhecimento do papel constitutivo da linguagem na formação intersubjetiva da compreensão que dará azo à norma jurídica, não havendo mais espaço para processos de significações arbitrárias e julgamentos baseados na *vontade* ou na *consciência* do magistrado.

À vista disso, através da subordinação ao direito fundamental das partes ao contraditório, o juiz se reconhece como *ser-no-mundo* e forma a sua compreensão com relação aos fatos, aos textos e às provas por intermédio do contato dinâmico com as partes e suas alegações. Em outros termos, é atendendo ao contraditório que o juiz reconhece a concretização do círculo hermenêutico e o respeito aos horizontes *gadamerianos* e aos *padrões estéticos* formulados por Dworkin.

Destarte, podemos dizer que a decisão judicial é construída a partir de um diálogo entre o prolator e as partes, de modo que são elencadas as razões pelas quais o desfecho será no sentido “A” ou no sentido “B” e, também, por quais motivos não foram abarcadas as teses “X” ou “Y”, o que ficou ainda mais evidente após a positivação das regras contidas no art. 489, § 1º, IV, do Código de Processo Civil e do art. 315, § 2º, IV, do Código de Processo Penal, que preveem não ser fundamentada a decisão judicial que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Como já denunciado alhures, continuamos sob a égide de uma cultura jurídica atrasada, calcada em costumes positivistas e discricionários oriundos da Filosofia da Consciência, tendo o Superior Tribunal de Justiça, mesmo após a promulgação dos dispositivos supramencionados, permanecido com o entendimento de que o julgador “não está obrigado a refutar expressamente todos os argumentos” das partes:

- 1) VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. TRIBUNAL QUE NÃO ESTÁ OBRIGADO A REFUTAR EXPRESSAMENTE TODAS AS TESES DEFENSIVAS. [...]
1. "O julgador não está obrigado a refutar expressamente todos os argumentos declinados pelas partes na defesa de suas posições processuais, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas" (EDcl no AgRg no AREsp

1277044/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 17/10/2018).³⁵⁶

Com base nos arcabouços filosófico e jurídico expostos no segundo e terceiro capítulo, evidentemente rechaçamos com veemência esta infeliz leitura jurisprudencial das regras processuais e princípios constitucionais, de sorte que entendemos como imprescindível a necessidade de demonstração das razões pelas quais o julgador deixa de adotar as teses aventadas por qualquer das partes, por representar o vínculo inquebrantável da fundamentação das decisões judiciais com o a garantia fundamental do contraditório, bem como a estreita relação do dever de justificação dos julgamentos com os direitos fundamentais da imparcialidade e independência do julgador.

5.2 A DISTINÇÃO ENTRE MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO

Para que se possa analisar com mais profundidade a substância da fundamentação das decisões judiciais, faz-se necessária a desmistificação envolvendo a sinonímia entre motivação e fundamentação, comum na doutrina brasileira sobre a temática.

Com todo o respeito àqueles que não se dedicam à diferenciação ou que entendam pela identidade entre os procedimentos decisórios por conta da proximidade semântica dos termos, compreendemos que motivar e fundamentar uma decisão são ações distintas, apesar de se relacionarem intimamente.

A motivação está vinculada aos elementos que convenceram o magistrado a tomar uma posição, ou os motivos que a pessoa do juiz entendeu solitariamente como relevantes para a adoção de um posicionamento. Estes aspectos, quando analisados isoladamente, remontam a uma ideia subjetivista da atividade judicial, incompatível com a democracia, em que o juiz pode decidir de acordo com a sua vontade ou impressões pessoais, desde que apresente motivos para tanto.

³⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma) Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.493.043/SC, Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, Data do Julgamento: 28/04/2020, Data de Publicação: DJe 04/05/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 05/07/2021.

Assim, a motivação está atrelada à compreensão individual do juiz, das *suas* razões, da *sua convicção*, da sua *subjetividade*, por isso relacionamos o dever de motivar com o *livre convencimento motivado*, como uma mera apresentação de motivos escolhidos livremente. Como visto do julgado transcrito no tópico anterior, essa concepção de suficiência da motivação das decisões se relaciona diretamente com a ideia de que o magistrado aprecia a prova livremente e não possui o encargo de enfrentar todos os argumentos deduzidos pelas partes, bastando que apresente os motivos que construiu subjetivamente para explicar determinada decisão, desaguando no jargão popular: “explica, mas não justifica”.

A fundamentação, por seu turno, vai além. Engloba não só a exposição de motivos ou a explicação de uma decisão, mas também a demonstração de que estes motivos são juridicamente válidos e construídos intersubjetivamente de acordo com a integridade e coerência do ordenamento e com a história institucional do direito, ou seja, razões que possuem carga normativa apta a influenciar na tomada de uma decisão judicial ou a *justificação* de uma posição:

Nesse sentido, a fundamentação deve explicar as razões pelas quais o Judiciário aceita ou rejeita determinada interpretação e compreensão do e sobre o Direito estabelecida pelo cidadão. A fundamentação não serve para estabelecer o que determinado juiz, desembargador ou ministro acha sobre o Direito. Isso é motivação, algo irrelevante para o Direito democrático. A fundamentação tem como objetivo fixar a decisão juridicamente correta e, portanto, prescinde das posições pessoais dos magistrados. Da mesma forma, a partir da constitucionalização do Direito fundamental à fundamentação, não se pode mais falar em livre convicção motivada ou em decidir conforme a própria consciência, como muitos juízes e doutrinadores ainda teimam em fazer.³⁵⁷

Em outros termos, a fundamentação se vincula às razões não do julgador, mas do direito construído a partir dos horizontes do texto normativo e da contribuição das partes em um procedimento em contraditório, formando uma compreensão *intersubjetiva*, baseada em *fundamentos*, os quais são obrigatoriamente extraídos do âmbito normativo (fatos - caso concreto) e do programa normativo (texto - lei, súmulas, precedentes) para justificar concepção de uma norma, como preceitua Friedrich Müller.

³⁵⁷ OMMATI, José Emílio Maduar. A fundamentação das decisões jurisdicionais no projeto do Novo Código de Processo Civil. In: A. FREIRE; B. DANTAS; D. NUNES; F. DIDIER JR. et al., **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, vol. III, 2014, p. 113-122.

Assim, a fundamentação exige do juiz a criteriosa análise e referência a cada argumento e prova levantada pelas partes, a fim de que seja concebida uma norma decisória hígida, enquanto que a motivação, como demonstra o art. 155, do Código de Processo Penal, é satisfeita com a exposição dos motivos a partir da livre apreciação da prova, ou seja, não se exige, para fins deste dispositivo, um diálogo e uma justificação de cada argumento levantado pela parte, bastando a manifestação do seu convencimento livremente motivado.

Sejamos claros e diretos: em uma democracia o juiz não pode ser *livre*. Liberdade está vinculada a arbítrio, termos muito fortes para designar as faculdades de um juiz. O magistrado é *independente*, é *imparcial*, mas jamais pode ser livre, porque isto significa faculdade de arbitrariedade.

Aqui não se ignora que, em princípio, esta liberdade conferida ao magistrado dizia respeito à inexistência de tarifação da prova, de modo que permitir ao juiz que analise a prova de forma “livre” significaria permitir que examinasse o conjunto probatório sem as amarras do positivismo exegético, desde que apresente a motivação para o seu convencimento.³⁵⁸

Entretanto, o texto legal e o suposto “princípio da persuasão racional” foram transfigurados com o passar dos anos e passaram a constituir uma carta de alforria à liberdade judicial, haja vista que a frase “O juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial” passou a ser lida como “O juiz formará livremente a sua convicção pela apreciação da prova produzida em contraditório”.

A mudança pode parecer inexistente aos olhos desatentos, mas ao perspicaz operador do direito que reconhece o valor da linguagem e as possibilidades de

³⁵⁸ "O princípio do livre convencimento motivado (ou persuasão racional), essencialmente, é uma conquista da modernidade, na linha da superação do chamado positivismo legalista, no qual a função do juiz deveria se resumir à reprodução da “boca da lei”. A exigência de motivação do julgado, porém, e, mais que isso, é uma afirmação da proeminência de um modelo garantista de processo penal, no qual a participação da defesa deve ser a mais ampla possível, como impugnação dialética à(s) imputação(ões) feita(s) ao acusado. Sem a motivação quanto ao convencimento judicial, como exercer o direito ao recurso, por exemplo? Como discordar de uma decisão que não demonstra o caminho intelectual e jurídico escolhido?

É livre o convencimento quando o juiz não se vê obrigado a fazer prevalecer um ou outro meio de prova, como se, previamente, houvesse uma definição quanto à superioridade de um deles. Não há, nesse sentido, uma hierarquia legal quanto aos meios de prova". FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugenio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2021, p. 908.

manipulação semântica do texto legal fica nítida a alteração de sentido e os perigos do chancelamento deste tipo de leitura subjetivista e *assujeitadora* do objeto (caso penal).

Ainda que as duas interpretações não se coadunem com um Estado Democrático de Direito, “formar sua convicção pela *livre apreciação* da prova” é distinto de “formar livremente sua convicção pela livre apreciação da prova”, haja vista que a liberdade, no primeiro caso, refere-se à apreciação do conjunto probatório, enquanto que na segunda hipótese diz respeito à formação da sua convicção, isto é, a liberalidade de decidir como quiser, desde que motive sua decisão.

Como vimos com Heidegger, Gadamer e Dworkin, esta última postura é inadmissível, pois há horizontes a serem respeitados: fatos, provas, texto e Direito, e a única forma de aferir se o juiz honrou esses limites é o exame dos fundamentos de sua decisão, que perpassam a relação que o julgamento guarda com tudo o que foi alegado e provado durante o processo em contraditório.

Além disso, a República e o Estado Democrático de Direito são caracterizados pela constante imposição de limites ao poder e ao arbítrio dos representantes do Estado, de modo que ao juiz não pode ser concedida *liberdade* de convencimento, ainda que motivado, pois apresentar motivos é muito pouco para garantir democracia.

Ressalta-se que não se está descartando o valor da boa motivação de uma decisão, o que se pretende estabelecer é que esta, por si só, é insuficiente para caracterizar um julgamento democrático, pois é necessário, além de motivar, *justificar* porque estes motivos são aptos a fundamentar uma decisão.

Quando o julgador prolata sentença com ordens do tipo: “defiro o pedido com base no art. A da Lei X”, ele está apresentando um motivo, está motivando sua decisão, mas não está justificando por que este motivo é apto a embasar a sua determinação, isto é, não está demonstrando por quais razões o art. A da Lei X se aplica àquele caso.³⁵⁹

Fundamentar é, portanto, justificar por que os motivos elencados pelo julgador são suficientemente hígidos para alicerçar uma decisão, de acordo com a coerência

³⁵⁹ “[...] há a necessidade de ultrapassar o "modo-positivista-de-fundamentar" as decisões (perceptível no cotidiano das práticas dos tribunais, do mais baixo ao mais alto); é necessário justificar - fenômeno que ocorre no plano da aplicação - detalhadamente o que está sendo decidido. Portanto, jamais uma decisão pode ser do tipo "defiro, com base na lei x ou da súmula y". STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 667.

e integridade do ordenamento, não bastando concepções subjetivas ou a mera invocação de dispositivos legais, súmulas ou precedentes. É o que Lenio Streck alcunha “fundamentação da fundamentação”³⁶⁰ e que preferimos chamar de “fundamentação da motivação”.

A distinção entre motivar e fundamentar fica ainda mais clara se analisarmos a evolução das disposições normativas acerca da apreciação da prova, da formação do convencimento do juiz e da fundamentação das decisões no decorrer das últimas décadas nas legislações processuais brasileiras.

O Código de Processo Civil de 1973, ao disciplinar a apreciação da prova, previa em seu art. 131 que: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Restava estabelecido o *livre convencimento motivado* como regra na formação da convicção do magistrado, uma vez que este estava autorizado a apreciar livremente a prova, inclusive elementos não alegados pelas partes, desde que expusesse os *motivos* que formaram o seu convencimento. Assim, exigia-se, apenas, a *motivação* das sentenças.

Por outro lado, o atual Código de Processo Civil, promulgado em 2015, extirpou a palavra livremente e a frase “ainda que não alegados pelas partes”, fazendo necessária reparação na forma como o juiz deve analisar o conteúdo dos autos, como se vê do seu art. 371: “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Vemos que, a partir do atual Código de Processo Civil, o juiz não aprecia livremente a prova, tampouco lhe é permitido ceifar o contraditório e se basear em elementos alheios aos alegados pelas partes (o que até as Ordenações Filipinas já disciplinavam, mas teimávamos em ignorar em pleno Século XXI). Para além disso, podemos notar a substituição do vocábulo “motivos” por “razões”, o que também não pode ser ignorado.

Se isso tudo não fosse o bastante, o Código de Processo Civil atual, em seu art. 489, § 1º, posteriormente replicado com necessárias inclusões no Código de Processo

³⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 687.

Penal, fixou balizas com relação ao que *não* constitui uma decisão fundamentada, de forma a recrudescer com mais firmeza a “liberdade” decisória dos juízes, que já havia atingido níveis inadmissíveis àquela altura.

Por evidente, tratam-se de imposições aos julgadores, para que analisem e justifiquem suas decisões de forma muito mais criteriosa, o que naturalmente gerou (e continua gerando) muita resistência por parte de setores da magistratura,³⁶¹ sobretudo os mais conservadores e autoritários, que não admitem perder a liberdade de decidir conforme a sua consciência.

Essa resistência encontra causa, também, no fato de a fundamentação ser mais laboriosa que a motivação, exigir muito mais do julgador do que a mera exposição de conceitos jurídicos indeterminados ou a apresentação de razões genéricas que justificariam qualquer decisão. Em verdade, fundamentar demanda um hercúleo exercício de análise criteriosa dos fatos e exaustiva justificação de cada passo do juiz, um servidor do estado e defensor dos direitos e garantias de todos os cidadãos, especialmente daqueles que estão em juízo.

É por conta dessas exigências que o art. 489 do Código de Processo Civil e seu irmão alguns anos mais novo, o art.315, do Código de Processo Penal, são tão relativizados e negligenciados pela jurisprudência. Há resistência em se alterar dogmas e costumes confortáveis às autoridades, embora essas mudanças privilegiem as garantias constitucionais do contraditório, da fundamentação das decisões judiciais e do devido processo legal.

Quanto a isso, Alexandre Morais da Rosa é cirúrgico:

A exigência do novo CPC, por exemplo, em seu art. 489, § 2º, é impopular porque exige que o julgador explicita os significantes, dificultando a articulação (e justificação) da decisão, especialmente para não posar de bipolar (24.9). Sem isso viramos reféns da retórica argumentativa que se nega a dizer o que deve ser dito. Talvez porque não se saiba.³⁶²

Com efeito, a inclusão dos artigos 371 e 489 no Código de Processo Civil de 2015, este último posteriormente replicado com mínimas adaptações no Código de

³⁶¹ ROVER, Tadeu; VASCONCELOS, Marcos de. Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões. **Consultor Jurídico**, 04.03.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>. Acesso em: 06/07/2021.

³⁶² MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 857.

Processo Penal, no final de 2019, representou um verdadeiro marco na sedimentação da garantia constitucional do indivíduo e da sociedade de terem as decisões judiciais devidamente fundamentadas e respeitadores do contraditório.

Em que pese os esforços legislativos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça continua empregando o “*princípio da persuasão racional*” ou o *livre convencimento motivado*, inclusive sustentando equivocadamente que este foi recepcionado pelo Código de Processo Civil vigente, a despeito do assentado pelo texto legal.

No que toca ao âmbito penal, este cenário é ainda mais preocupante, uma vez que o livre convencimento não foi expressamente afastado da legislação processual, como se vê do conteúdo do art. 155, *caput*, incluído pela reforma promovida pela Lei n. 11.690/08.³⁶³

Na época de sua publicação, a redação do dispositivo gerou evidentes críticas e discussões, mas foi encarado como uma vitória, haja vista que o Digesto Processual Penal, em sua redação original de 1941 e que assim vigeu até 2008, previa no art. 157 apenas que “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”, ou seja, uma liberdade ainda maior ao magistrado e que permitia, inclusive, condenações com base em provas produzidas extrajudicialmente, sem passar pelo crivo do contraditório. Demoramos vinte anos após a promulgação da Constituição para esta reparação e, ainda assim, fomos legados ao atual art. 155, além de outros dispositivos afeitos ao *livre convencimento motivado*, como o art. 200 do mesmo diploma.³⁶⁴

Contudo, é possível verificar que, apesar de mais vagarosas do que os avanços na legislação processual civil, as evoluções legais no campo penal continuam a lutar contra o arbítrio judicial, como vemos da recente alteração no art. 315, do Código de Processo Penal, operada pela Lei n. 13.964/2019.

Desde 2011, o referido dispositivo tinha a seguinte redação: “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”. Entretanto, após a reforma do “Pacote Anticrime”, o art. 315 passou a ser um marco processual e a evidenciar, ainda mais, a distinção entre motivação e fundamentação, vejamos:

³⁶³ Art. 315. 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

³⁶⁴ Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto”.

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

§ 1º Na **motivação** da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

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

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

De início, verificamos que o *caput* do artigo, que antes exigia uma decisão motivada, passou a demandar um julgamento *motivado e fundamentado*, demonstrando que há, de fato, diferenças entre os dois processos decisórios, pois não faria sentido colocar lado a lado dois sinônimos na cabeça do dispositivo e depois utilizar um termo em um parágrafo para tratar de uma tarefa e outro para descrever uma obrigação distinta.

Verifica-se que o parágrafo primeiro se destina a apresentar as exigências de uma decisão motivada, quais sejam, a exposição de motivos fáticos que justifiquem a determinação judicial, ao passo que o parágrafo segundo dispõe que uma decisão não será considerada fundamentada (e aqui a palavra *motivação* é afastada) quando alguma das hipóteses elencadas nos seis incisos ocorrerem.

Esta omissão do termo *motivação* e a análise dos seis incisos permitem concluir que algumas justificativas dadas por juízes até podem servir para motivar uma decisão, mas não para fundamentá-la. A utilização do termo “*motivos*” no referido excerto legal deixa esta constatação ainda mais clara, pois os incisos II e III preveem explicitamente que é necessário *explicar os motivos* (“fundamentar a motivação”, como apontamos) e que não basta a invocação de *motivos* que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, mas que não são suficientes para *fundamentar* uma decisão.

Um exemplo cotidiano é a invocação da gravidade abstrata do delito para decretação da prisão preventiva, como nas hipóteses de prisões em flagrante pelo crime de roubo. O juiz que decreta a prisão preventiva sob a justificativa de que “o roubo é um crime grave e exige resposta do Poder Judiciário” está fornecendo um motivo para a sua decisão, mas tal motivação é incapaz de fundamentar uma decisão, consoante dispõe o art. 315, §2º, III.

Ou seja, uma decisão pode ter motivos, mas se eles não forem *explicados* e devidamente *relacionados com o caso concreto* e com a integridade do ordenamento, a decisão não estará fundamentada. Podemos dizer, destarte, que a fundamentação é a soma da motivação com a justificação, de sorte toda decisão fundamentada é motivada, mas a recíproca não é verdadeira:

A fundamentação das decisões – o que, repita-se, inclui a motivação – mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão. Fundamentação significa não apenas explicitar o fundamento legal/constitucional da decisão. Todas as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecimento de argumentos de caráter jurídico. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. Trata-se de uma verdadeira “blindagem” contra julgamentos arbitrários. O juiz ou o Tribunal, por exemplo, devem expor as razões que os conduziram a eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos. Não é da subjetividade dos juizes ou dos integrantes dos Tribunais que deve advir o sentido a ser atribuído à lei, caindo por terra o antigo aforisma de que “sentença vem de sentire”, erigido no superado paradigma da filosofia da consciência.³⁶⁵

Indo além, a distinção entre os dois ofícios judicantes resta sobremaneira evidente a partir da análise da etimologia dos vocábulos “motivos” e “fundamentos”, ambos oriundos do latim. O primeiro deriva de *motivu*, “que move”, entendido como “o que leva alguém a fazer alguma coisa”, enquanto que o segundo tem origem ligada à palavra *fundamentum*,³⁶⁶ traduzida como “base ou alicerce de algo”.³⁶⁷ Já o adjetivo “fundamentado”, da língua portuguesa, é traduzido para o latim como

³⁶⁵ BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1429.

³⁶⁶ NASCENTES, Antenor. **Dicionário etimológico resumido da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1966, p. 503 e 343.

³⁶⁷ FERREIRA, António Gomes. **Dicionário de Latim-português**. Porto: Porto Editora, 2001, p. 294.

substantiatum,³⁶⁸ atrelada a substância, ou seja, algo substancial, essencial, fundamental.

Estes movimentos ficam também nítidos quando articulados na nossa língua atual, pois que é comum e correto dizer que há *bons motivos* ou *maus motivos* para se tomar determinada atitude, ao passo que não se pode dizer o mesmo com relação a fundamentos, haja vista que não existem bons fundamentos e maus fundamentos, ou algo é base/essência/substância de alguma coisa ou não é.

Nesta toada, não há decisão bem fundamentada ou mal fundamentada. O julgamento é fundamentado ou não é, como se pode depreender do próprio texto da Constituição que prevê que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Ou seja, a decisão será fundamentada e, portanto, válida, ou não será fundamentada e declarada nula.

Em função disso, diz-se que a fundamentação das decisões é aplicada como uma regra,³⁶⁹ e não um princípio, o que se mostra cristalino a partir da imposição de uma sanção em caso de não observância do seu conteúdo deontológico. Além disso, não há “graus” de aplicação do art. 93, IX, da Constituição Federal, não há uma dimensão de peso a ser atenuada ou sobrestimada, há uma obrigação de fundamentar absolutamente todas as decisões judiciais, sem qualquer espaço para ponderação ou dimensionamento de peso. Considerá-la um princípio é admitir que, em determinados casos, possa ter seu conteúdo sopesado de modo a privilegiar outro princípio, o que não soa razoável no contexto constitucional atual.³⁷⁰

³⁶⁸ Tradução obtida no Google Tradutor, em busca pelo termo “fundamentado”.

³⁶⁹ “A garantia da motivação das decisões judiciais possui natureza de direito fundamental do jurisdicionado. A própria Constituição Federal, em seu art. 93, IX, estabelece que toda decisão judicial deve ser motivada e, fugindo um pouco à sua linha, normalmente principiológica e descritiva, prescreve norma sancionadora, cominando pena de nulidade para as decisões judiciais desmotivadas. Ainda, porém, que não houvesse expressa disposição constitucional nesse sentido, a regra da motivação não deixaria de ser um direito fundamental do jurisdicionado, eis que é consectário da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito”. BRAGA, Paulo Sarno; DIDIER JR, Freddie; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil. V. 2.** Salvador: JusPodivm, 2010, p. 289.

³⁷⁰ Entendemos como inadequada esta classificação da garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais, embora se respeite os doutrinadores, muitos deles já citados como referência neste trabalho, que o empreguem como “princípio da fundamentação ou da motivação das decisões”, como: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 667; ABBOUD, Georges. **Discricionariedade: alcance da atuação administrativa e judicial no Estado Constitucional.** 2013. Tese (doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 379; LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 105; BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1431.

Nesta esteira, ao contrário do *sensu comum teórico* dos juristas que costuma elevar um instituto jurídico a princípio para tentar lhe conferir maior autoridade, o fato da fundamentação das decisões constituir uma regra imprime uma necessidade ainda maior de sua observância,³⁷¹ ainda que isso não signifique que é mais importante do que um padrão normativo aplicado como princípio.

O tema central deste trabalho, além de amostra deste péssimo costume de invocação da palavra princípio para robustecer um “argumento” jurídico, é um exemplo perfeito para demonstração da distinção entre motivação e fundamentação, haja vista que a decisão que emprega o *princípio da confiança no juiz da causa*, pauta-se pela proximidade entre o juiz de primeiro grau e os fatos em análise. Ou seja, esta propinquidade é o *motivo* que leva os magistrados de instâncias superiores a manter a decisão. De fato, não é um motivo aleatório, inventado a esmo, mas baseada num raciocínio silogístico que tem sido aceito regularmente pela jurisprudência e por pequena parte da doutrina.

Este *motivo*, no entanto, não constitui um fundamento, uma razão jurídica calcada nas regras e princípios que gravitam o nosso ordenamento, não há substrato normativo, conexão entre o brocardo e demais princípios constitucionais, nada que sirva como fundamento. Há tão somente uma explicação, um “motivo” sem robustez jurídica, mas que, para todos os efeitos, é um motivo. Ele explica, mas não fundamenta, como será evidenciado no tópico final deste capítulo.

5.3 POR QUE O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA NÃO SERVE COMO FUNDAMENTO PARA UMA DECISÃO JUDICIAL

O primeiro capítulo deste trabalho se destinou à exposição avaliativa do *princípio da confiança no juiz da causa*, expondo o seu conceito e o raciocínio por trás de sua aplicação, as razões para sua origem e a forma como tem sido empregado pelos tribunais brasileiros com o passar das décadas.

³⁷¹ “Qualquer regra que venha a excepciona-lo será inválida, pois inconstitucional. E nenhum caso concreto poderá afastar a sua incidência para dar prevalência a outros valores supostamente mais importantes. A classificação do dever de motivação segundo a sua real natureza acaba por lhe dar mais força e maior proteção, exatamente o que pretendem aqueles que o têm como princípio”. LUGA, Rodrigo Ramina de. **A motivação das decisões judiciais civis em um estado de direito: necessária proteção da segurança jurídica**. 2013. Dissertação (mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 71.

A partir do segundo e terceiro capítulos, reservados à exibição das referências filosóficas e jurídicas da dissertação, passou-se a pincelar algumas críticas ao brocardo objeto central deste estudo, o que ficou mais evidente no quarto capítulo, em que se demonstrou as razões pelas quais a *confiança no juiz da causa* não constitui um princípio jurídico.

Em que pese já se possa ter uma boa ideia de por que este *pseudoprincípio* não tem o condão de fundamentar um julgamento, há diversos outros fatores envolvendo este artifício decisório que o impedem de alicerçar uma decisão judicial idônea, os quais passarão a ser apresentados neste último tópico, desde os elementos lógicos ligados ao seu conteúdo até os fundamentos jurídicos e constitucionais.

5.3.1 O sofisma erístico do princípio da confiança no juiz da causa

Inicialmente, é importante ressaltar que as variadas críticas exaradas contra o silogismo se destinaram ao seu uso como método de decisão judicial que ignora as variadas circunstâncias fáticas do caso concreto. Neste contexto, esclarece-se que não se trata de desconsideração da relevância da dedução como método lógico (seria muita pretensão, aliás), tampouco se preconiza a sua incorreção, mas tão somente a sua insuficiência para a solução de processos judiciais, tendo em vista que o direito não é uma ciência matemática, mas histórica e, portanto, envolve análises para além do objetivismo.

De qualquer modo, o fato de ser insuficiente não faz com que a dedução seja insignificante ou desnecessária, muito pelo contrário, as construções lógicas são importantes ferramentas para a aferição da correção de afirmações e raciocínios, sobretudo no campo do direito e da filosofia.

Dito isso, este primeiro subtópico se dispõe a uma análise lógica do raciocínio implicado na aplicação do *princípio da confiança no juiz da causa* e a demonstração de que se trata de uma falácia argumentativa ou um *silogismo erístico*.

De acordo com Aristóteles: “são erísticos os argumentos que concluem, ou parecem concluir, a partir de premissas prováveis na aparência, mas na verdade improváveis”.³⁷² Em outras palavras, trata-se de construções lógicas destinadas a

³⁷² ARISTÓTELES. *Organon VI: Elencos Sofísticos*. Tradução e notas de Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães Editores, 1986, p. 13.

demonstrar a retidão de uma conclusão, mas que se utilizam de premissas falsas ou não necessariamente verdadeiras para tal desiderato, como é o caso do *princípio da confiança no juiz da causa*, um argumento construído pela jurisprudência brasileira baseado nas seguintes premissas:

(i) o juiz da causa está mais próximo dos fatos analisados no processo do que os julgadores de instâncias superiores;

(ii) estar mais próximo lhe proporciona auferir detalhes com maior exatidão;

(iii) o conhecimento mais preciso sobre estas minúcias garante ao magistrado de piso uma posição privilegiada para decidir da melhor forma;

A conclusão que os aplicadores do *pseudoprincípio* alcançam é que, por conta da sua proximidade com o caso concreto, o togado singular deve ser receber uma maior credibilidade e, em regra, ter sua decisão mantida pelas cortes superiores ou de segundo grau.

Entretanto, se analisarmos detidamente as três premissas do raciocínio dedutivo jurisprudencial, verificamos que todas elas não passam de meras ilações, de modo que não são aptas a alicerçar uma proposição verdadeira.

Passemos ao exame pormenorizado de cada uma delas:

(i) A primeira premissa é a de que o juiz está inserido na mesma localidade em que ocorreram ou são apurados os fatos, razão pela qual está mais próximo das pessoas e das envolvidas no processo do que os julgadores de instâncias superiores. Trata-se da primeira razão pela qual o juiz de primeiro grau merece a confiança dos togados superiores: a proximidade com os fatos.

De início, é possível atestar a inconsistência desta alegação, haja vista que o juiz não é o único ator processual inserto neste contexto. O delegado de polícia, em regra, também está inserido na mesma localidade, assim como o promotor de justiça e, por que não, o advogado. São todos sujeitos indispensáveis à administração da justiça e, em tese, pessoas de reputação ilibada, conhecimento jurídico e probidade profissional, mas apenas ao *juiz* é conferido confiança.

Poder-se-ia dizer que a razão para isso é a imparcialidade ou ausência de interesse no deslinde da causa por parte do magistrado, no entanto, a Constituição Federal, em seu art. 127, impõe a imparcialidade também aos membros do Ministério Público, pois trata-se de instituição incumbida da defesa da ordem, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, de modo que não é

permitido ao representante do Órgão Ministerial que busque condenações e prisões a todo custo, inclusive, é facultado aos membros da acusação que postulem expressamente absolvições e se manifestem favoravelmente a pleitos defensivos.

Portanto, se é depositada confiança no juiz, por que não confiar no representante do Órgão Ministerial? Certamente a resposta não guarda relação com parcialidade ou com a distância dos fatos, haja vista que os membros do Ministério Público são, de igual forma, imparciais e estão inseridos no mesmo contexto.

Na verdade, este questionamento não possui uma explicação jurídica, calcada em elementos constitucionais, legais ou doutrinários construídos intersubjetivamente, sendo que a única conclusão possível é a de que a confiança no juiz é alicerçada única e exclusivamente em aspectos *subjetivos* e que, por conseguinte, não estão sujeitos à justificação racional e ao controle democrático através da fundamentação das decisões, o que afasta, de plano, a validade da primeira premissa e desse raciocínio silogístico como um todo.

Para além disso, ainda que ignoremos este primeiro ponto, é possível afirmar que a alegação de que o juiz singular está mais próximo dos fatos do que os julgadores de instâncias superiores não necessariamente está correta e, mesmo quando está, não possui relevância jurídica.

É certo que um juiz com atuação na cidade de Palmitos, com população de aproximadamente 16.000 habitantes e a 634 km de Florianópolis,³⁷³ está física e pessoalmente mais próximo das pessoas e da comunidade relacionados ao processo do que um desembargador residente na capital de Santa Catarina, ou um ministro situado em Brasília, 1.800 km do local dos fatos.

Todavia, nem sempre o juiz singular está mais próximo dos fatos do que os julgadores de instâncias superiores, haja vista que são comuns os casos em que o processo em análise é oriundo da comarca da capital do estado, local em que estão inseridos também os desembargadores e que as populações são imensas, haja vista que, segundo levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, mais da

³⁷³ Dados oficiais colhidos do site do Governo do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <https://www.sc.gov.br/conhecasc/municipios-de-sc/palmitos#:~:text=O%20munic%C3%ADpio%20de%20Palmitos%20est%C3%A1,popula%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20de%2016.050%20habitantes>. Acesso em 05/07/2021.

metade das capitais dos estados possuem mais de um milhão de habitantes e a capital menos populosa, Palmas/TO, possui pouco mais de trezentos mil residentes.³⁷⁴

Ilustra-se esta conclusão com o exemplo do Rio de Janeiro, que possui mais de seis milhões de habitantes, mostrando-se inconcebível a alegação de que um juiz atuante na comarca da capital deste estado está mais próximo do que um desembargador (que reside na mesma cidade) ou que tenha maior facilidade de aferir os detalhes do caso por conta da propinquidade com as partes e os fatos em uma cidade com milhões de habitantes, como sustentam centenas de decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, originadas da comarca da capital.³⁷⁵

Ademais, ainda que o juiz tenha acesso mais facilitado aos desdobramentos de sua decisão por conta da proximidade com a comunidade em um município de população diminuta, com uma única vara judicial, como o exemplo de Palmitos/SC, estas facilidades não são relevantes para o deslinde do fato, pois essas vantagens conferidas ao magistrado singular em comparação aos julgadores de instâncias superiores não têm o condão de influenciar uma decisão judicial democrática.

Conforme já assentado, o juiz não tem como função “fazer justiça” e sua decisão não está sujeita à aprovação popular. O Poder Judiciário deve prestar contas à sociedade com relação à aplicação do direito, compreendido como um sistema íntegro e coerente de regras, princípios e história institucional, de modo que a sua fundamentação é que está submetida à fiscalização, e não o resultado final do *decisum* ou o senso de justiça.³⁷⁶

³⁷⁴ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estimativa da população residente no Brasil e Unidades da Federação com data de referência 1º de julho de 2020**. Brasília, 2020. Disponível em: https://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2020/estimativa_dou_2020.pdf. Acesso em 28/06/2021.

³⁷⁵ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça (Sétima Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 0029813-38.2021.8.19.0000. Relator: Des. José Roberto Lagranha Tavora, Data de Julgamento: 10/06/2021, Data de Publicação: 15/06/2021. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ConsultarJurisprudencia.aspx?Version=1.1.13.0>. Acesso em 02/07/2021.

³⁷⁶ “Daí surgirem diversos mantras (23.6.) entoados pela prática jurídica, dentre eles o de Justiça da decisão. Dito de forma jurídica: *Entre a Justiça e a Lei, fique com a Justiça*. Essa máxima entoada a plenos pulmões por qualquer estudante dos primeiros anos do Curso de Direito e proferida por alguns jurássicos do discurso ideológico, não se sustenta no nível da análise de conteúdo. Qual o critério de Justiça que o agente (uso agente para evitar operador) vai manejar. A teoria não se acerta sobre quais são os critérios e muito menos se podem ser universais ou particulares (Kelsen, Rawls, Sen, etc.). De maneira direta nos perdemos nas opiniões qualificadas do ‘senso de Justiça’ de cada um e *Deus me livre* depender do senso de justiça de alguém, especialmente do meu”. MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jocos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 859.

Dito de outro modo, é a fundamentação técnica da soltura/prisão ou condenação/absolvição que interessa para fins de controle das decisões judiciais tratadas no tópico anterior. As decisões judiciais não estão subordinadas ao clamor popular ou à interpretação leiga do direito, o que está sob análise é a forma como o direito é compreendido pelo órgão judicial como um todo, e não a opinião pessoal de um juiz. O Poder Judiciário é essencialmente contramajoritário e exercido por meio da técnica e do conhecimento, não por paixões ou opiniões subjetivas.

Ou seja, se o juiz decreta a prisão preventiva com base na preservação da ordem pública por conta da suposta periculosidade do acusado, deve fundamentar esta conclusão em elementos constantes nos autos e sustentados pela acusação ou pela autoridade policial, e não em uma convicção subjetiva construída através de elementos *extraprocessuais*, como a ciência prévia, extraída de um noticiário ou de uma conversa com populares, de que o indivíduo não é bem quisto na sua vizinhança, por exemplo.

O mesmo vale para os elementos *endoprocessuais* e sua influência na tomada de decisão de mérito.

Milhares são os casos de apelações criminais em que as sentenças são mantidas sob a justificativa de que o togado singular possui maior proximidade com os elementos de prova produzidos durante a instrução e que isso lhe confere uma capacidade maior de extrair a veracidade do conteúdo da prova, principalmente dos depoimentos.

Esta presunção se baseia em uma habilidade psicológica do juiz e em uma concepção subjetiva que ele construiu da análise da prova. Contudo, estas impressões pessoais do juiz devem ser fundamentadas, isto é, se há algum indicativo de que uma testemunha mentiu, ela deve ser apontada na fundamentação da sentença e, assim, ser avaliada pelos julgadores de segundo grau, os quais terão acesso à mesma prova e o dever de ofício de avaliá-la, em face do efeito devolutivo das apelações criminais.

É inadmissível que os desembargadores simplesmente confiem nas construções subjetivas (e não reproduzidas na decisão) do juiz apenas porque este estava

presente no ato em que o conjunto probatório foi produzido, sobretudo porque o adágio “sentença vem de *sentire*” já foi derrubado há muito.³⁷⁷

No mesmo sentido é a interpretação com relação à aplicação da pena e os vetores da primeira fase da dosimetria ou a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos. Não se pode delegar apenas ao juiz a tarefa de decidir qual medida é mais prudente por conta da sua proximidade com o acusado, porque esta intimidade é construída subjetivamente, sem qualquer respaldo jurídico ou científico.

Chancelar este tipo de convicção subjetiva é ignorar a máxima latina do “*quod non est in actis, non est in mundo*”, notório brocardo romano do “o que não está nos autos não está no mundo”, oriundo do Direito Canônico do Século XIII, trazida ao ordenamento brasileiro por meio das Ordenações Filipinas,³⁷⁸ e recepcionada pelos artigos 155, *caput*, e 312, *caput*, do Código de Processo Penal, ainda que implicitamente, os quais exigem que a decisão seja baseada em *provas*, tanto para respaldar uma decisão de mérito, quanto para a decretação da prisão preventiva.³⁷⁹

Concluindo: o juiz de primeiro grau nem sempre está mais próximo e, mesmo quando está, isto não representa uma vantagem sobre os magistrados de instâncias superiores, pois os detalhes supostamente aferíveis em razão desta proximidade não possuem relevância processual a ponto de ensejar a concessão de tamanha confiança no seu julgamento, de sorte que a primeira premissa ou não corresponde à verdade ou é irrelevante para a formação do argumento.

(ii) Seguindo, temos que o afastamento da veracidade ou insignificância da primeira premissa, por si só, já seria suficiente para atestar o aspecto falacioso do

³⁷⁷ ABOUD, Georges. **Discricionariedade: alcance da atuação administrativa e judicial no Estado Constitucional**. 2013. Tese (doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pp. 549-550.

³⁷⁸ “Todo Julgador, quando o feito for concluso sobre a deffinitiva, verá e examinará com boa diligencia todo o processo, assi o libello, como a contestação, artigos, depoimentos, a elles feitos, inquirições, e as razões allegadas de huma e outra parte; e assi dê a sentença deffinitiva, **segundo o que achar allegado e provado de huma parte e da outra, ainda que lhe a consciencia diete outra cousa (1), e elle saiba a verdade ser em contrario do que no feito for provado**; porque sómente ao Principe, que não reconhece Superior (2), he outorgado per Direito, que julgue segundo sua consciencia (3), não curando de allegações, ou provas em contrario, feitas pelas partes, por quanto he sobre a Lei, e o Direito não presumo, que se haja de corromper por affeição” (grifo nosso).

³⁷⁹ “Quod non est in actis non est in hoc mundo. O que não estiver dentro no processo é como se não existisse. E, nesse caso, o processo é o mundo para o Juiz. Trata-se de excelente garantia para impedir julgamentos parciais. A sentença, dizia Florian, não é um ato de fé, mas a exteriorização do convencimento do Juiz em face das provas produzidas”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

pseudoprincípio, entretanto, a incorreção do raciocínio envolvendo a *confiança no juiz da causa* vai além, uma vez que a sua segunda premissa – estar mais próximo dos fatos proporciona ao juiz melhores condições de auferir os detalhes com exatidão – não necessariamente é uma afirmação verdadeira.

Isso porque deve-se considerar que os juízes, sobretudo aqueles com atuação em comarcas menores, são, em regra, julgadores mais inexperientes que os desembargadores e ministros, que na maioria das vezes são magistrados com larga experiência de vida e décadas de atividade judicante.

Não seria nenhum absurdo, destarte, afirmar que um togado com 30 anos de carreira tende a estar mais apto a tomar uma decisão do que um juiz iniciante, aliás é justamente esta a lógica por trás do processo de promoção na carreira dos magistrados. Mas isso é apenas uma *tendência*, não uma regra absoluta.

Assim, é clarividente que não há apenas um fator a influenciar a capacidade de captação dos detalhes de um julgador, de sorte que a proximidade ou a experiência, embora possam auxiliar, não têm o condão de atesar que um juiz A possui melhores condições de decidir do que um juiz B.

A única forma de aferir se uma decisão é mais correta do que a outra em sentido contrário é a análise dos fundamentos que as circundam, sendo que, para isso, é necessário que cada magistrado analise os fatos, provas e alegações das partes e, com base nisso, construam a sua compreensão.

Portanto, nem a proximidade, nem a experiência possuem a legitimidade para justificar a criação de um princípio norteador das decisões, pois nem sempre o mais próximo ou o mais experiente terão decidido da melhor forma. Estas características não são garantia de uma decisão melhor, apenas a fundamentação é capaz de assegurar uma conclusão sobre a correção de um julgamento.

Para além disso, a desimportância da proximidade entre juiz e o local dos fatos ficou mais evidente nos tempos atuais, tendo em conta que os atos instrutórios e os procedimentos pré-processuais são todos documentados, não só em texto, mas também em áudio e vídeo, sendo que as informações estão ao alcance de um juiz próximo ou longe dos fatos, ou seja, magistrados de primeiro e segundo grau têm acesso aos mesmos elementos probantes.

O próprio cenário proporcionado pela pandemia da COVID-19 evidenciou que é possível que o magistrado presida toda a instrução e conduza o processo em conjunto

com as partes sem que seja demandado qualquer contato pessoal e sem que isso prejudique a sua capacidade de extrair os detalhes necessários para o julgamento do feito.

Curiosamente, mesmo em período pandêmico, o *pseudoprincípio* continuou sendo empregado para motivar decisões, como demonstra o julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro supracitado.

Ora, se o togado está apto a julgar um processo em que atuou de forma digital ou híbrida, por que aos desembargadores é legado uma capacidade reduzida em função da distância? É evidente que a falta de resposta a esta questão culmina na conclusão de que a relação entre proximidade e melhores condições para decidir é falaciosa.

Aliás, a distância não só não representa necessariamente um julgamento mais acurado como pode eventualmente significar uma interpretação poluída por parte do juiz. Isso porque o magistrado singular (inserido na comunidade e próximo das pessoas envolvidas nos fatos) pode acabar contaminado por suas impressões pessoais de tal forma que venha a prejudicar a sua imparcialidade e, por conseguinte, a sua capacidade de decidir.

Não se está sustentando que um juiz deva se dar por suspeito por saber quem é a pessoa que está sendo acusada ou por conhecer minimamente a vítima, por exemplo, ou que não possa atuar em processos sediados em comarcas diminutas. Mas, se a sua proximidade com algum agente processual é tamanha que lhe permite inferir detalhes inacessíveis a um julgador afastado do caso, isso pode significar que seu julgamento está comprometido.

Desta feita, constata-se, com relação à segunda premissa, que a proximidade do juiz com os fatos não lhe garante maior aptidão para tomar a melhor decisão, tendo vista que não é o único fator determinante para a capacidade judicante, além de, por vezes, significar o contrário por incidir nas hipóteses do art. 254, I, do Código de Processo Penal.

(iii) Por fim, ainda que partamos do princípio de que as duas primeiras premissas estão corretas, vemos que a terceira – que sustenta que o conhecimento mais preciso sobre as minúcias do caso (angariado por conta da proximidade entre o juiz da causa e os fatos) garante ao magistrado singular uma posição de maior confiabilidade para tomar a decisão mais acertada – também carece de substrato.

Além do já apregoado com relação à menor experiência do togado de primeiro grau quando comparado aos julgadores de instância superior, é preciso destacar que as decisões destes tribunais são tomadas por um colegiado, em regra formado por juristas de alta categoria e de abundante vivência jurídica.

Assim, ainda que o juiz de primeiro grau esteja mais próximo dos fatos (o que nem sempre ocorre, como vimos) e que esta proximidade lhe conferisse maior capacidade de extração dos detalhes (o que também não corresponde à verdade), isso não significa que terá melhores condições do que os desembargadores ou ministros de tomar a decisão correta, justamente porque estes decidem junto de outros pares, também mais experientes e que não raramente possuem mais conhecimento (até por conta da própria experiência), em um modelo colegiado que proporciona o debate e a possibilidade de diferentes prismas de análise, fortalecendo o caráter intersubjetivo da decisão judicial.

Ademais, a própria estrutura do sistema jurídico enseja o seguinte questionamento: se são os tribunais superiores e as cortes de segundo grau que formam a jurisprudência a ser seguida pelos juízes singulares, como se pode alegar que estes possuem melhores capacidades para tomar uma decisão comparado àqueles?

Na verdade, o *princípio da confiança no juiz da causa* culmina em uma grande contradição, em que a decisão do juiz singular se sobrepõe à compreensão dos magistrados mais experientes, com maior autoridade hierárquica, atuantes em regime colegiado e que firmam a jurisprudência institucional a ser utilizada como baliza para decisões futuras.

Diante de todo o exposto, resta clarividente que as três premissas que sustentam o raciocínio do *princípio da confiança no juiz da causa* estão permeadas de inconsistências e que, portanto, não possuem a menor condição de fundamentar uma decisão, tampouco de sustentar o desenvolvimento de um princípio jurídico.

Por fim, no que toca à incongruência lógica do “princípio”, além das inconsistências relacionadas às premissas que o embasam, é verificável a invalidade prática da própria conclusão do raciocínio.

Mesmo que hipoteticamente admitamos que as premissas são verdadeiras e que a conclusão é apropriada, a prática forense da própria aplicação do brocardo é contraditória. Explica-se:

A conclusão do argumento construído pelo *pseudoprincípio* é de que as decisões dos juízes singulares merecem maior credibilidade e devem ser, em regra, mantidas, em razão destes estarem mais próximos dos fatos analisados do que os magistrados de instâncias superiores. Entretanto, as decisões de primeiro grau não são, em regra, mantidas, haja vista o grande número de julgamentos colegiados que alteram ou revogam decisões primeiras diariamente.

Não só isso. Nem mesmo os tribunais, câmaras ou desembargadores que comumente aplicam o “princípio” acabam por manter, em regra, os julgamentos de primeiro grau. É possível verificar, inclusive, acórdãos que dão provimento parcial a alguns recursos, empregando o brocardo para justificar a parte da decisão que mantém o entendimento do juiz singular e, em outra parte, alterando a sentença.

É o caso da Apelação Criminal n. 0054337-25.2013.8.13.0525, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que ambos os recursos, defensivo e acusatório, foram parcialmente providos, tendo sido aplicado o *princípio da confiança no juiz da causa* para “fundamentar” o não acolhimento de um dos pleitos ministeriais:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE EM RAZÃO DE INCAPACIDADE PARA AS OCUPAÇÕES HABITUAIS POR MAIS DE TRINTA DIAS (ARTIGO 129, §1º, INCISO I, DO CP)

I) RECURSO DEFENSIVO: ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. EXAME PERICIAL APTO A ATESTAR A GRAVIDADE DAS LESÕES. LEGÍTIMA DEFESA. INOCORRÊNCIA. REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. REDUÇÃO. NECESSIDADE. EXACERBAÇÃO NA FIXAÇÃO DO QUANTUM. RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO.

- Se as provas produzidas formam um conjunto probatório harmônico e desfavorável ao apelante, autorizando um juízo de certeza para o decreto condenatório pelo crime de lesão corporal de natureza grave, não há como acolher o pedido de absolvição.

- A existência de Exame Corporal Complementar comprovando que as lesões corporais resultaram ao paciente incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, impõe a condenação do réu pela prática do crime previsto no art. 129, §1º, inciso I, do CP.

- Descabida a absolvição com base na excludente da legítima defesa, se não há prova de que o agente, antes da perpetração do delito de lesão corporal, teria sido atacado injustamente pela vítima, ou estava na iminência de sofrê-lo, de forma a justificar o agressivo ataque contra a mesma.

- Redimensiona-se a pena quando algumas das circunstâncias judiciais foram valoradas negativamente de maneira equivocada.

- Recurso defensivo parcialmente provido.

II) RECURSO MINISTERIAL: CONDENAÇÃO DO RÉU NOS TERMOS DA DENÚNCIA (ARTIGO 157, §3º, PRIMEIRA PARTE, CP). IMPOSSIBILIDADE. CRIME DE ROUBO. AUTORIA DUVIDOSA. INDÍCIOS QUE REVELAM A EXISTÊNCIA DE MERA POSSIBILIDADE DE AUTORIA. CONTEXTO

PROBATÓRIO FRÁGIL E DUVIDOSO. IN DUBIO PRO REO. SENTENÇA MONOCRÁTICA MANTIDA. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA. REPARAÇÃO DE DANOS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO EM PARTE.

- Existindo me ros indícios, prova frágil e geradora de dúvida quanto à autoria, a absolvição é a medida que se impõe, em observância ao princípio in dubio pro reo.

- Pelo princípio da confiança no Juiz da causa, o convencimento do Magistrado monocrático deve ser devidamente valorizado, por estar ele mais próximo dos fatos e das provas produzidas, de modo que possui maiores condições de avaliar com dedicação e precisão todas as provas colhidas na instrução criminal.

- Toda sentença penal condenatória traz no seu bojo a existência inquestionável de um fato que é, também, um ilícito civil.

- A obrigação de reparar o dano é mero efeito secundário extrapenal e genérico da condenação, nos termos do art. 91, inciso I, do Código Penal, não sendo possível, assim, excluí-la do título judicial.

- Recurso ministerial provido em parte.³⁸⁰

Da leitura da ementa é possível extrair que os desembargadores *confiam* no juiz, pois este atuou durante a toda a instrução e estava mais próximo dos fatos, o que lhe confere melhores condições de julgar. No entanto, essa “confiança” não foi o bastante para manter a integralidade da sentença, em razão de o juiz não ter analisado corretamente os aspectos ligados à dosimetria e à reparação à vítima.

Disto, deduz-se que a conclusão de que os magistrados de primeiro grau “merecem confiança” é relativizada até mesmo em um julgado em que há aplicação do *pseudoprincípio*, uma contradição flagrante.

Neste ponto, é importante ressaltar que o julgado supratranscrito não trata de caso isolado ou entendimento de um único órgão colegiado ou tribunal, mas de realidade pulsante em diversos tribunais em todo o país, valendo citar alguns exemplos não exaustivos, como o Tribunais de Justiça do Amazonas³⁸¹ e da Bahia.³⁸²

³⁸⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (Quarta Câmara Criminal). Apelação Criminal n. 0054337-25.2013.8.13.0525, Relator: Des. Doorgal Borges de Andrada, Data de Julgamento: 30/05/2008, Data de Publicação: 06/06/2018.

Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>. Acesso em 10/01/2021.

³⁸¹ AMAZONAS. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara Criminal). Apelação Criminal n. 00228020-75.2013.8.04.0001. Relatora: Dra. Onilza Abreu Gerth, Data de Julgamento: 25/03/2019, Data de Publicação: 25/03/2019. Disponível em: <https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em 05/07/2021.

³⁸² BAHIA. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara Criminal). Apelação Criminal n.0302804-64.2011.8.05.0001. Relator: Des. João Bosco de Oliveira Seixas, Data de Julgamento: 29/04/2014, Data de Publicação: 16/05/2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjba.jus.br/>. Acesso em 05/07/2021.

Diante disso tudo, mostra-se clarividente que tanto as premissas quanto a própria conclusão que circundam o raciocínio decisório criado pela jurisprudência são frágeis e representam um argumento falacioso, incapaz de fundamentar qualquer decisão judicial, especialmente na esfera penal.

5.3.2 A segunda faceta sofista da *confiança no juiz da causa*: a cisão entre “questões de fato” e “questões de direito”

Para além do caráter erístico do argumento por trás da aplicação da *confiança no juiz da causa*, outro fator que desabona o seu conteúdo é a insistente cisão entre *questões de fato* e *questões de direito*, há muito ultrapassada.

Como visto no primeiro capítulo, uma das razões para a origem do *pseudoprincípio* foi a ideia de que os tribunais de segunda ou superior instância deveriam se limitar ao exame das questões jurídicas do feito, legando ao juiz monocrático a análise dos fatos, em razão da proximidade deste com a causa, ideia ainda vívida em súmulas e sedimentados entendimentos jurisprudenciais Brasil afora.

Após a sua criação e popularização, o *princípio da confiança no juiz da causa* se tornou um entendimento jurisprudencial consolidado e, portanto, texto normativo destinado à justificação de julgamentos, de modo que os magistrados passaram a encará-lo como um padrão de orientação para tomada de decisões e aplicá-lo de forma silogística, ou seja, tomando-o como premissa maior a ser aplicada à premissa menor (o caso a ser julgado).

Como o “princípio” não é extraído de nenhum dispositivo legal, criou-se o curioso caso do “jugador boca do precedente”, em que os magistrados de instâncias superiores invocam um entendimento jurisprudencial e o aplicam ao caso concreto, sem que para isso precisem analisar o caso, já que esta análise é incumbida apenas ao juiz singular.

Ocorre que a cisão do procedimento decisório em *questões de fato* e *questões de direito* é um equívoco ou até mesmo uma farsa argumentativa, pois, como vimos da obra de Gadamer, Castanheira Neves e Dworkin, a formação da compreensão do indivíduo não ocorre em etapas. Isto é, o exame de determinado caso não se consubstancia em um exercício silogístico em que o julgador vai primeiro à lei (ou ao precedente, neste caso), extrai-lhe o sentido e depois a aplica à hipótese fática.

Para ilustrar o equívoco metodológico deste “princípio”, podemos citar o exemplo hipotético de um *habeas corpus* impetrado a um Tribunal de Justiça contra decisão de primeiro grau que decretou a prisão preventiva do paciente, caso mais comum de aplicação do brocardo. Nesta situação, os desembargadores encarregados do julgamento do remédio heroico, ao lerem a petição inicial e a decisão apontada como ato coator, inevitavelmente formarão suas convicções (ainda que prévias) de correção do julgamento primevo.

Não há como os magistrados de segundo grau alegarem que analisarão tão somente a questão jurídica e ignorarão completamente a questão fática, depositando confiança no juiz singular, justamente porque já tiveram acesso ao caso e já avaliaram se a prisão preventiva é legal ou não.

Conquanto a petição inicial seja dividida em tópicos sobre os fatos e sobre o direito a ser aplicado, não há menor possibilidade de os julgadores não examinarem a parte em que são relatados os desdobramentos fáticos e de se restringirem apenas aos pontos referentes aos elementos jurídicos da insurgência do impetrante, pois isto tornaria a leitura do caso incompreensível.

No que se refere a essa cisão entre *questões de fato* e *questões de direito*, poder-se-ia alegar que o juiz pode cometer equívocos e que o Tribunal serve para analisar e corrigí-los, mas isso nos trazem dois questionamentos: só se confia no juiz quando ele está certo? Se será examinada a questão para aferição da (in)existência de um equívoco, já não se está “desconfiando” do juiz? São perguntas sem respostas.

Com efeito, caso desembargadores e ministros realmente *confiassem* ao juiz todas as decisões sobre os fatos, sequer abririam o processo, tendo em conta que, como se sabe, confiar significa “entregar (alguma coisa) a alguém sem receio de a perder ou de sofrer danos”, ou seja, aquele que confia uma tarefa a alguém acaba por lhe entregar a atribuição sem que seja necessário revisar ou fiscalizar o cumprimento da tarefa, pois não há *receio de sofrer danos*.

Evidentemente, não é isso que ocorre em um julgamento de segundo grau em que os magistrados alegam ter *confiado* no juiz de primeiro grau, pois é inevitável que estes mesmos julgadores tenham analisado os fatos, ainda que superficialmente. Caso contrário, estar-se-ia diante do fim do segundo grau de jurisdição e de uma flagrante transgressão à inafastabilidade do Poder Judiciário, garantia prevista no art.

5º, XXXV, da Constituição Federal, além de uma desconsideração da própria racionalidade do direito.³⁸³

Na verdade, a cisão entre *questões de fato* e *questões de direito*, como explica Leonard Ziesemer Schmitz, é “uma nítida artificialidade manipulativa, porque demonstra a possibilidade daquela corte julgar o que entender, subjetivamente, que quer julgar”.³⁸⁴

É exatamente o que ocorre quando do emprego do *princípio da confiança no juiz da causa*. A sua aplicação se corporifica em um artifício de *confirmation bias* em que os togados de segundo grau ou tribunal superior mantêm a decisão do magistrado de primeiro grau porque concordam com a conclusão dele e então invocam o brocardo para “motivar” a decisão. Ou seja, primeiro se decide para depois buscar um fundamento, algo inimaginável para uma decisão judicial fundamentada, como destaca Georges Abboud:

Interpretação e compreensão são circulares (concomitantes), por isso, é uma verdadeira falácia afirmar que primeiro se decide depois se busca o fundamento. Nessa hipótese, temos uma interpretação inautêntica. Quando se decide e depois se busca a motivação, essa última será proforma. O intuito de uma fundamentação dessas é tão somente a de preencher formalmente um dos elementos da sentença, mas não a aplicação do direito ao caso sob uma perspectiva hermenêutica.

Decidir e depois buscar o fundamento consiste em fórmula que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, haja vista se tratar de uma forma de maquiagem verdadeira arbitrariedade, porque decidir conforme eu quero e depois buscar o fundamento, configura uma simples manobra para disfarçar arbitrariedades.³⁸⁵

Um forte sintoma desta artificialidade do *pseudoprincípio* o fato de ultimamente ter sido aplicado com maior frequência como um argumento de “reforço”, como uma muleta decisória, em hipóteses em que os desembargadores ou ministros examinam o fato, julgam no mesmo sentido do juiz singular e, ao fim, invocam o *princípio da*

³⁸³ "No Estado Democrático de Direito a precisão máxima possível e a racionalidade igualitária em termos ótimos do trabalho jurídico não estão abandonadas a uma opção de confiança. São dever de direito de todos os titulares de cargos públicos e devem ser cobrados e acompanhados criticamente pela teoria com resultados analíticos, por uma teoria como forma generalizável, verificável, democraticamente discutível da experiência refletida". MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria metódica estruturantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 14.

³⁸⁴ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de resposta no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 142.

³⁸⁵ ABOUD, Georges. **Discricionariedade: alcance da atuação administrativa e judicial no Estado Constitucional**. 2013. Tese (doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 34.

confiança no juiz da causa como uma capa (falsa) de legitimidade da decisão e o aplica silogisticamente.

Nesta senda, volta-se a ressaltar que o presente trabalho não ignora a importância do método dedutivo na construção de fundamentos lógicos. Contudo, muitas das vezes o silogismo é insuficiente para fundamentar decisões judiciais e, quando superestimado, pode fortalecer práticas discricionárias e sofistas, como é o caso do *princípio da confiança no juiz da causa*.

Isso porque um processo judicial diz respeito a um (ou vários) fato(s) e cada acontecimento é único e envolve vasta pluralidade de circunstâncias e variáveis, de modo que o emprego de raciocínios gerais e puramente silogísticos, na maior parte das vezes exageradamente simplórios, não consegue abarcar suficientemente as exigências de uma decisão fundamentada. Por isso, tais argumentações devem ser introduzidas na fundamentação sem pretexto absolutamente convincente e, sobretudo, respeitando as suas fronteiras com o caso individual.

Neste contexto, Müller ensina que, quando um raciocínio silogístico é empregado de forma a “justificar” veladamente um *non liquet* quanto ao método, por meio de referência à “natureza da coisa”, à “essência” de uma relação jurídica ou de um instituto jurídico, está-se diante de uma *criptoargumentação*, destinada a encobrir a verdadeira razão da decisão.³⁸⁶

O *princípio da confiança no juiz da causa* é o exemplo perfeito de *criptoargumento*, pois se trata de um apelo silogístico a um “instituto jurídico” para mascarar as opções ideológicas e valorativas que o levaram a manter a decisão de primeiro grau, valendo-se da invocação de um suposto princípio para conferir “legitimidade” ao seu julgamento, sem que os fatos tenham sido devidamente analisados para a formação da norma decisória.

Analisando o método dedutivo na mesma esteira de Müller, o processualista Antonio Magalhães Gomes Filho fornece perfeita descrição da falaciosa inclusão do silogismo como método de decisão:

[...] na verdade a sua função é basicamente ideológica, voltada a transmitir uma imagem de juiz neutro e só submetido à lei, com o que se ocultam, sob

³⁸⁶ MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 84.

uma aparente lógica formal, as reais motivações subjacentes às diversas escolhas valorativas realizadas no curso do procedimento decisório. Trata-se, como pondera Michele Massa, de um *esquema cômodo* mas de todo inútil para revelar a metodologia de um julgamento que se realiza por vias diversas daquelas da lógica formal, pois só é possível falar de silogismo depois de concluído o juízo.³⁸⁷

Como dito, o magistrado de instância superior inevitavelmente analisa os apontamentos fáticos para chegar a uma conclusão, de sorte que o fato do seu entendimento coincidir com aquele já conferido pelo juiz singular não autoriza a propagação de um “princípio” de que os julgadores de primeira instância possuem melhores condições de julgar o caso por estarem mais próximos da localidade em que ocorreu o crime.

Com efeito, entender pela correção destes raciocínios – de que o juiz pode decidir e depois buscar o fundamento e de que em casos em que haja alinhamento entre as posições de primeiro e segundo grau é possível falar em *princípio da confiança no juiz da causa* – seria movimento semelhante ao reconhecimento de um *princípio da desconfiança no juiz da causa* nas hipóteses em que a decisão de primeira instância é reformada, o que é evidentemente uma incoerência.

Um julgamento de segundo grau que mantém uma sentença não se dá (ou ao menos não deveria) fulcrada em uma confiança pessoal ou institucional na pessoa do magistrado de piso, da mesma forma que um acórdão que concede a ordem de *habeas corpus* para revogar uma prisão preventiva jamais pode ser considerado uma decisão amparada na desconfiança pessoal ou institucional contra o juiz.

Decisões judiciais são atos estatais, republicanos e democráticos, não podem se limitar a preferências pessoais, confianças ou desconfianças, afinidades ou antipatias morais e subjetivistas, devem ser fundamentadas em razões jurídicas, racionais e intersubjetivas.

A fundamentação de uma ordem jurisdicional exige a exposição de motivos e explicações aptas a justificarem juridicamente uma providência "A" em detrimento da providência "B", como corolário do devido processo legal e do contraditório. Assim, caso a concordância se pautar em elementos hígidos, basta que os julgadores de graus

³⁸⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 99.

de jurisdição mais elevados fundamentem as suas decisões com base nestes elementos.

Por outro lado, se tal alinhamento de compreensão tenha como causa elementos alheios aos autos e que sequer são expostos nas decisões, o julgamento terá infringido o dever de fundamentação previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal e será, portanto, nulo.

Desta forma, há duas hipóteses: **(i)** a decisão do juiz deve ser mantida porque está fundamentada, de modo que é inútil trazer à baila o *princípio da confiança no juiz da causa* ou **(ii)** a decisão não está fundamentada e será mantida por motivos alheios aos autos, sendo o *pseudoprincípio* utilizado como artifício para mascarar esta ausência de fundamento. De qualquer forma, a *confiança no juiz da causa* não serve como elemento idôneo para fundamentação de uma decisão.

5.3.3 Ferimento às garantias constitucionais da imparcialidade do juiz e do contraditório

Demonstradas as inconsistências lógicas e filosóficas do *princípio da confiança no juiz da causa*, passamos à análise jurídica do brocardo no que se refere à fundamentação da decisão, a fim de demonstrar a sua total incompatibilidade legal e constitucional.

Retornando à ideia de integridade do direito,³⁸⁸ elemento fundante da teoria *dworkineana* e recepcionada expressamente pelo art. 926 do Código de Processo Civil,³⁸⁹ aplicável subsidiariamente ao Código de Processo Penal, temos que para que o *princípio da confiança no juiz da causa* possa ser enquadrado como um padrão normativo (regra, princípio ou diretriz política) deve obedecer a coerência do ordenamento, isto é, conviver de forma harmoniosa com os demais *standards*, sem

³⁸⁸ "O princípio de integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido. [...] Explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante". DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 203.

³⁸⁹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

caracterizar uma contrariedade *a priori* de nenhum deles, ainda que se admita eventuais conflitos, no caso dos princípios e das diretrizes políticas.

Os princípios da liberdade de expressão e da dignidade humana, por exemplo, frequentemente entram em conflito, mas não guardam em seu âmago uma contrariedade elementar, que impeça o convívio entre eles em um ordenamento.

O *princípio da confiança no juiz da causa*, por sua vez, contradiz flagrantemente alguns dos vetores mais caros de um ordenamento democrático, sejam regras ou princípios, como a imparcialidade do juiz e o duplo grau de jurisdição, o que impede que seja alçado ao patamar de padrão normativo, sobretudo o de princípio jurídico.

Iniciemos pela confrontação do *princípio da confiança no juiz da causa* à imparcialidade, prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos,³⁹⁰ na Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁹¹ e essencial para formação do contraditório e da ampla defesa.

A contradição entre o *princípio da confiança no juiz da causa* e a imparcialidade e independência do magistrado fica muito clara nos julgamentos de *habeas corpus* versando sobre análise de prisões preventivas. Isto porque, apesar de estar previsto no Livro III do Código de Processo Penal, destinado às nulidades e aos recursos em geral, o *habeas corpus* é uma ação autônoma de impugnação, de natureza mandamental, cujas partes são: impetrante (autor), paciente (pessoa a favor de quem a ordem é impetrada) e Autoridade Coatora ou impetrado (autoridade que cometeu o ato que coagiu ou ameaçou a liberdade do indivíduo):

Sem embargo dessa polêmica, **o legitimado passivo no âmbito do habeas corpus - autoridade coatora ou coator - é a pessoa responsável pela violência ou coação ilegal à liberdade de locomoção do paciente.** Assim, se o Delegado de Polícia determinou a prisão em flagrante de pessoa que não estava em situação de flagrância (CPP, art. 302, 1, II, III e IV), será ele a autoridade coatora. **Se um Juiz Federal decretou a prisão preventiva de alguém por meio de decisão desprovida de qualquer fundamentação e ao arrepio dos pressupostos dos arts. 312 e 313 do CPP, a autoridade coatora será o magistrado federal** (grifo nosso).³⁹²

³⁹⁰ Artigo 8. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, **independente e imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (grifo nosso).

³⁹¹ Artigo 10. Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal **independente e imparcial**, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele (grifo nosso).

³⁹² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 1817.

Assim, temos que o juiz de primeiro grau, neste tipo de ação, é uma espécie de *parte* do processo autônomo de *habeas corpus*, ainda que não lhe seja oportunizada necessariamente a faculdade de se manifestar, salvo o caso de prestação de informações, nem de recorrer de eventual concessão da ordem, de sorte que o tribunal de instância superior que declara *confiar* em uma das partes em detrimento da outra certamente não está julgando o feito de forma imparcial.

Este ferimento à imparcialidade, salienta-se, não configura um conflito eventual entre princípios em que deve ser ponderada a dimensão de peso (mesmo porque a imparcialidade é aplicada como uma regra, *tudo-ou-nada*), mas uma total contrariedade em absolutamente todos os julgamentos desta espécie, sendo a alcunha de *princípio da confiança no juiz da causa* incompatível com a integridade do direito.

Outrossim, no que toca ao confronto entre o *princípio da confiança no juiz da causa* e o princípio do contraditório, este sim legítimo, é possível verificar também verdadeiro desconformidade entre os institutos.

Isso pois, conforme delineado no tópico anterior, o contraditório se consubstancia no direito de exercer influência sobre a norma decisória a ser formada, sendo que uma decisão judicial deve dialogar com todos os fundamentos exarados pelas partes e as provas produzidas para a formação do julgamento, e não se limitar a uma confiança na subjetividade do juiz singular.

Nas hipóteses de aplicação do brocardo, o caráter intersubjetivo da compreensão e toda circularidade hermenêutica concebida por Heidegger e Gadamer é ignorada e é mantida a atrasada concepção da Filosofia da Consciência de que o sujeito *assujeita* o objeto de acordo com a sua consciência, em um processo subjetivista de atribuição arbitrária de sentidos, como se pudesse cindir mente e corpo, direito e fato, *ser* e *dever-ser*.

O *ser* é deixado de lado e a análise se volta apenas ao ente (caso), artificializando-se a relação dos julgadores com os fatos em exame. Neste contexto, os magistrados de segundo grau ignoram a sua própria historicidade e faticidade como *Ser-aí*, legando ao juiz singular uma consciência superpoderosa, como o sujeito cartesiano que tudo vê e tudo sabe, pois sua compreensão é construída solitária e arbitrariamente.

Deste modo, é inaplicável a noção de contraditório, de igualdade de oportunidades e de paridade de armas em um processo no qual os julgadores *confiam* em uma das partes, conferindo maior credibilidade aos seus argumentos do que a do outro sujeito processual, única e exclusivamente por conta da sua função.

A hipossuficiência do paciente e do impetrante frente ao Estado já é, por natureza, substancial. Se for admitida uma maior disparidade de poderes por conta da posição ocupada no processo, resta impraticável o exercício da ampla defesa, do contraditório e, por consequência, do devido processo legal.

Para além disso, ainda no que tange ao *habeas corpus* é importante desfazer um mito que ganha força em alguns setores da doutrina e da aplicação jurídica em defesa do *princípio da confiança no juiz da causa*: a presunção de veracidade das afirmações e interpretações do magistrado de primeiro grau, como vemos no seguinte artigo publicado em revista científica veiculada pelo Ministério Público de Santa Catarina:

Aliás, quando o ato que se esteja combatendo pela via do *habeas corpus* for ato judicial, como ocorre na maior parte dos casos, entra em cena outro valor a retirar aquela carga que poderia potencializar o valor celeridade. É que, como já se trata de ato judicial, a natural presunção é de veracidade dos fatos e acerto nos fundamentos da decisão. No ordenamento brasileiro não há previsão neste sentido, ao contrário de outros países, mas a jurisprudência vem reconhecendo o princípio da confiança no juiz.³⁹³

Na tentativa de subsidiar sua interpretação, o autor invoca uma regra proveniente do direito americano, mais especificamente a prevista no Título 28, Parte VI, Capítulo 153, Parágrafo 2254, do *U. S. Code* (uma compilação e codificação da legislação federal geral e permanente dos Estados Unidos), que possui a seguinte redação livremente traduzida:

No procedimento de *habeas corpus* movido por pessoa presa mediante julgamento de uma corte estadual, a determinação de uma questão factual feita por um tribunal estadual será presumida como correta. O requerente

³⁹³ SANTOS, Eduardo Sens dos. O Ministério Público tem direito ao contraditório em *habeas corpus*. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. Florianópolis, v.7, n.16, p.127-, jan./jun., 2010. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Atua%C3%A7%C3%A3o_16.pdf. Acesso em 05/06/2021.

deve ter o ônus de refutar a presunção de correção por meio de evidências claras e convincentes.³⁹⁴

Ao contrário do sustentado no trecho anterior do artigo, esta presunção de veracidade não é exclusividade do direito americano. No Brasil os atos judiciais atinentes aos elementos factuais também são presumidamente verdadeiros, uma vez que os juízes gozam de *fé pública* em razão de seu ofício judicante. No entanto, isso diz respeito à *veracidade* de suas alegações, não à *correção* de suas interpretações.

Em outros termos, os fatos narrados pelo juiz são pressupostos verdadeiros, mas a sua interpretação e compreensão do caso em face do ordenamento não é presumidamente correta. As interpretações dos juízes não gozam da mesma “credibilidade” de fé pública dos relatos factuais, pelo contrário, as compreensões fático-jurídicas devem ser tidas como um elemento comum do processo a ser analisado de forma isenta pelo julgador de instância superior que venha a apreciá-la.

Portanto, a confiança institucional é limitada aos expedientes de fato, como o relatório do processo, em que expostos o teor da acusação, o caminhar de tramitação do processo, as datas em que ocorreram os atos instrutórios, o que foi alegado por cada parte, etc., mas não pode significar carta branca para o juiz monocrático decidir sem que sua decisão seja passível de reforma pelo tribunal *ad quem*.

Caso contrário, não haveria razões para a existência do segundo grau de jurisdição, pois, presumidas corretas as interpretações do juiz, restaria às cortes de instâncias superiores a fiscalização da legalidade das decisões, o que é completamente inconcebível em função do teor interpretativo e pragmático do direito.

Destaca-se, ainda, que a transgressão à imparcialidade e ao contraditório não se reserva apenas aos casos relacionados à apreciação de prisões preventivas, mas também nos julgamentos de recursos concernentes à revisão das decisões terminativas de mérito.

Nestas hipóteses, embora o juiz de primeiro grau não seja parte, a parcialidade se revela clarividente, pois, se concebemos o brocardo como um legítimo princípio, estamos admitindo que o magistrado de instância superior presume que a decisão

³⁹⁴ Tradução de: ““In a proceeding instituted by an application for a writ of habeas corpus by a person in custody pursuant to the judgment of a State court, a determination of a factual issue made by a State court shall be presumed to be correct. The applicant shall have the burden of rebutting the presumption of correctness by clear and convincing evidence”. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/2254>. Acesso em 05/06/2021.

proferida em primeiro grau está correta, ou seja, que há uma pressuposição de que o recurso deve ser julgado improcedente antes mesmo de ser lido.

Tal compreensão culminaria na necessidade de o recorrente realizar sempre um esforço argumentativo maior para ter sua insurgência acolhida, o que fere a paridade das armas, haja vista que, além de precisar derruir os argumentos da acusação (no caso de recurso defensivo) acolhidos pelo juiz de primeiro grau, o acusado terá de combater uma *confiança subjetiva* depositada pelos julgadores no prolator da sentença.

Esta confiança, na verdade, acaba por exercer um papel de anteparo decisório, uma espécie de *in dubio pro iudex*, em que, na dúvida, o tribunal acolhe a decisão do juiz singular, em detrimento do princípio do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência, consagrados pelo art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Se em hipóteses duvidosas a corte de apelação adota a posição do juiz, é evidente que o seu julgamento não é imparcial, mas poluído por uma confiança “institucional” subjetiva sem qualquer respaldo legal ou constitucional e que, inevitavelmente, confronta o direito individual do jurisdicionado de ter um julgamento isento, independente, imparcial e com respeito ao contraditório e à paridade das armas.

5.3.4 A negativa de jurisdição e o preterimento do segundo grau de jurisdição

Além de ferir a garantia de imparcialidade e independência do julgador, o *princípio da confiança no juiz da causa* é flagrantemente inconstitucional por transgredir dois princípios fundamentais da jurisdição: a inafastabilidade do Poder Judiciário e o duplo grau de jurisdição.

A primeira está prevista expressamente no art. 5º, XXXV, segundo o qual: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, e diz respeito à prerrogativa individual de estar em juízo e o impedimento do órgão jurisdicional de selecionar arbitrariamente as causas que admitirão apreciação, de modo que o Estado, representado pelo judiciário, não pode se eximir da sua função de proteção do indivíduo frente a abusos.

Este dispositivo, como ensinam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, constitui uma garantia geral de tutela judicial efetiva, abarcada também por

garantias especiais em defesa da liberdade de ir e vir (*habeas corpus*, art. 5º, LXVIII), das liberdades públicas em geral (mandado de segurança, art. 5º, LXIX, LXX), além de eventual lesão decorrente de omissão legislativa (mandado de injunção, art. 5º, LXXI) e dos direitos de autodeterminação sobre dados (*habeas data*, art. 5º, LXXII).³⁹⁵

Trata-se de uma proteção contra arbitrariedades praticadas pelo Poder Público, em qualquer de suas esferas e graus de jurisdição, ao dispor a indeclinabilidade do órgão judicial após a fixação de sua competência, isto é, não pode uma Vara, uma Câmara ou uma Turma se negar ao julgamento de uma causa, se for legalmente competente para apreciação da matéria.

O duplo grau de jurisdição, por seu turno, consiste no direito do indivíduo de ter a matéria de prova reexaminada por outro tribunal,³⁹⁶ também recepcionado pelo ordenamento, ainda que com *status* supralegal, por conta da previsão expressa do seu conteúdo no artigo 8, § 2, “h”, da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 8. Garantias judiciais [...]

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]

h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Como manifestação deste direito universal do indivíduo ao duplo grau de jurisdição, tem-se o fato dos recursos ordinários, como a apelação criminal e o agravo em execução, por exemplo, serem expedientes processuais afetados pelo *efeito devolutivo*.³⁹⁷

Assim, mesmo que admita a atrasada ideia de cisão entre *questões de fato* e *questões de direito*, não se pode ignorar a devolução do exame de todo o processo

³⁹⁵ BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 534.

³⁹⁶ “A exigência do duplo grau de jurisdição, enquanto garantia individual, permite ao interessado a revisão do julgado contrário aos seus interesses, implicando o direito à obtenção de uma nova decisão em substituição à primeira. Para que se possa falar rigorosamente em duplo grau, porém, é preciso que a revisão seja feita por outro órgão da jurisdição, hierarquicamente superior na estrutura jurisdicional”. PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2020, pp. 1147-1148.

³⁹⁷ “O efeito devolutivo consiste na transferência do conhecimento da matéria impugnada ao órgão jurisdicional, objetivando a reforma, a invalidação, a integração ou o esclarecimento da decisão impugnada. Na medida em que o recurso é voluntário, condicionado, pois, à manifestação do inconformismo do sucumbente, cabe ao recorrente delimitar a matéria a ser objeto de reapreciação e de nova decisão pelo órgão jurisdicional competente”. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 1731.

ao órgão julgador de instância superior nos casos de recursos interpostos contra decisões terminativas de mérito.

O *habeas corpus*, por sua vez, é ação autônoma impugnativa e, embora não permita extensa dilação probatória, exige o exame das provas pré-constituídas, como ensina Douglas Fischer:

É de suma importância não se confundir a possibilidade-obrigatoriedade da análise das provas (préconstituídas) que embasam eventual pleito de *habeas corpus* com a – aí sim inaceitável – dilação probatória na sumária sede de cognição do writ. Significa que, se houver provas fora de dúvidas cuja análise – mesmo que detalhada, complexa – seja essencial para o acolhimento da pretensão (liminar ou final) objeto do *habeas corpus*, deve o Poder Judiciário incursionar nos seus exames para exarar conclusões – positivas ou negativas – acerca da pretensão defensiva.³⁹⁸

Disto, concluímos que é intolerável que o magistrado de segundo grau mantenha uma decisão recorrida por *confiar* no exame meritório feito por um colega de instância inferior. Como dito, as alegações factuais do juiz possuem presunção de veracidade, mas a sua interpretação/compreensão do caso não goza da mesma prerrogativa, haja vista que é dever de ofício dos desembargadores o julgamento da causa.

Ao simplesmente manter uma decisão, sob a justificativa de que confia na pessoa que a prolatou, o tribunal emite uma espécie de comunicado no sentido de que não é necessária a análise do caso, haja vista que um juiz já examinou o feito e, por estar próximo dos fatos, merece confiança.

Esta mensagem, em verdade, caracteriza verdadeira negativa de jurisdição e transgressão à garantia de inafastabilidade do Poder Judiciário, porque a corte se exime de avaliar o caso e de decidir com base nas *suas* razões construídas a partir da *sua* análise dos fatos.

Frisa-se, neste ponto, que negativa de jurisdição não é deixar de acolher uma pretensão judicializada ou negar provimento a um recurso, mas se abster de julgar demanda que lhe foi ajuizada com respeito às regras de competência. No caso do *princípio da confiança no juiz da causa*, os órgãos judiciais que o aplicam acabam por incidir nesta conduta inconstitucional de declinar apreciação de insurgência, seja ela

³⁹⁸ FISCHER, Douglas. **Recursos, Habeas Corpus e Mandado de Segurança no Processo Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 255.

legítima ou não, deixando a cargo apenas do juiz de primeiro grau, por conta da sua proximidade com os fatos.

Ressalta-se, mais uma vez, que não se está afirmando que os desembargadores ou ministros não possam concordar com os magistrados monocráticos, a crítica é de que esta afinidade de compreensão do caso seja baseada em uma simples *confiança subjetiva* na opinião de um colega, ao invés de ser devidamente fundamentada a partir de elementos sólidos atrelados aos fatos que levaram os julgadores à mesma conclusão do juiz singular.

Eximir-se de uma fundamentação robusta e concreta através do uso deste “princípio” resulta em uma manifestação de negativa ao direito do indivíduo (ou da sociedade, representada pelo Ministério Público) de ter seu caso reexaminado pelo tribunal competente, materializados na inafastabilidade do Poder Judiciário e no direito ao duplo grau de jurisdição, além de ferir o dever de fundamentação das decisões judiciais e, caracterizando nulidade absoluta.

5.3.5 O princípio da confiança no juiz da causa e a transgressão ao art. 315, § 2º, III, IV e V, do Código de Processo Penal

Além das seríssimas falhas lógicas e das transgressões ao texto constitucional e supralegal, a aplicação do *princípio da confiança no juiz da causa* contraria efusivamente a lei processual penal, especialmente o artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal, que estabelece o que caracteriza uma decisão não fundamentada e, portanto, nula aos olhos da Constituição Federal.

Antes mesmo de iniciar a *acareação do pseudoprincípio* com cada um dos três incisos violados pela sua utilização, cumpre mencionar novamente que a inclusão do referido dispositivo ao Código de Processo Penal representou verdadeira revolução no sistema jurídico penal, uma vez que cristalizou novos controles ao arbítrio do poder estatal e que, por consequência, fortaleceu as garantias do indivíduo.

Neste plano, salienta-se que essas limitações não trataram de engessar o juiz ou dificultar o ofício judicante, mesmo porque o excerto legal não *obriga* o magistrado a tomar posição mais alinhada a método/ideologia/corrente “A” ou “B”, tampouco se destina a definir o que constitui uma decisão *fundamentada*, pois os fundamentos

dependem inevitavelmente dos fatos e o legislador sempre chega tarde quando pretende prever a totalidade das condutas humanas.

Com efeito o papel do art. 315, § 2º, do Código de Processo Penal, é ditar o que *não* configura uma decisão fundamentada, fornecendo critérios mínimos de balizamento, de modo a impedir que os magistrados, que devem obediência ao texto constitucional e legal, prolatem decisões sem fundamentação.

Partindo à acareação do *princípio da confiança no juiz da causa* e do art. 315, § 2º, do Código de Processo Penal, é de bom tom que voltemos a transcrever o texto legal, de forma a facilitar a visualização das incompatibilidades entre o brocardo e o dispositivo:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. [...]
§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Diante das exigências do enunciado normativo transcrito, temos que o *princípio da confiança no juiz da causa* transgrede os incisos III, IV e V, do art. 315, § 2º, sendo o primeiro deles o violado de maneira mais flagrante.

A ilegalidade do brocardo se explica no fato de ser invocado independentemente do conteúdo da decisão em exame, haja vista que pode ser aplicado para manter absolutamente qualquer decisão, sem que para isso seja necessário fazer nenhuma adaptação ao caso concreto, isto é, sem que a sua essência sofra distinção interpretativa. Como já apontamos, com base em escritos de Lenio Streck, o *princípio*

da confiança no juiz da causa é o legítimo artifício decisório passível de utilização para “prender ou para soltar”.³⁹⁹

Trata-se, de fato, de um argumento conjurado ao alvedrio do magistrado de instância superior, de sorte que não há uma obrigatoriedade de sua observância, ou seja, o brocardo serve como um anteparo decisório a ser utilizado a bel prazer quando os julgadores concordarem com o juiz singular.

Aqui se manifesta o caráter confirmador (*confirmation bias*) do *pseudoprincípio*, empregado para “fundamentar” uma decisão que já foi tomada antes de serem elegidas as suas razões, restando claro o típico viés confirmatório de uma decisão subjetiva, uma espécie de carta de *coringa* tirada da manga para solucionar o problema da decisão sem *fundamento*.

Assim, se os magistrados de segundo grau ou de tribunal superior concordarem com o juiz singular por conta de uma opinião meramente subjetiva ou se não souberem como decidir, basta que apliquem o dito “princípio”, independente do teor da decisão que esteja sendo analisada e o seu julgamento estará “motivado”.

Para ilustrar esta constatação, colaciona-se dois julgados da mesma câmara do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sob relatoria da mesma desembargadora, e prolatados em um espaço de quatro meses de diferença, nos quais as foram mantidas decisões de soltura e de prisão sobre o mesmo crime, com base no *princípio da confiança no juiz da causa*.

O primeiro trata do Habeas Corpus n. 4011326-79.2019.8.24.0000, julgado em 02 de maior de 2019, em que o impetrante postulava a revogação da prisão preventiva decretada em sentença condenatória concernente ao crime de tráfico de drogas:

HABEAS CORPUS. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE PELA PRÁTICA DO CRIME TIPIFICADO NOS ARTIGOS 33, § 1º, INCISO III, C/C 40, INCISO III, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006, NO MOMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. POSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA E ALICERÇADA EM FATOS CONCRETOS. PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA MEDIDA EXTREMA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FORTES INDÍCIOS DO COMETIMENTO DE NOVAS OCORRÊNCIAS DE TRÁFICO NO LOCAL. **PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO**

³⁹⁹ “Isso é um problema paradigmático. O princípio da confiança no juiz da causa, que serve para prender e para soltar, é muito usado. Se quer prender o acusado, basta dizer que confia no juiz da causa, enquanto se quer soltar também é só utilizar como base o mesmo princípio.” STRECK, Lenio. **Promessas constitucionais de modernidade e ausência de Estado social: desafios e consequências**. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira (org). *Grandes Eventos do IDP: Direito Constitucional*. Brasília: IDP, 2017, p. 86.

JUIZ DO PROCESSO. MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO QUE SE IMPÕE. ORDEM DENEGADA.

- "[...] 1. Sempre que restarem presentes prova da materialidade e indícios de autoria, o juiz está autorizado a manter o réu segregado, para, dentre outras finalidades, assegurar a garantia da ordem pública (art. 312 do Código de Processo Penal). 2. Inexiste ilegalidade na prisão quando a autoridade dita como coatora explicita suficiente e fundamentadamente as razões fáticas e jurídicas pelas quais determina a prisão preventiva. 3. "A circunstância de o réu ter respondido solto ao processo não obsta lhe ser negado o apelo em liberdade, quando a prisão preventiva, em sede de sentença penal condenatória, é justificada em sua real indispensabilidade, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal". (STJ - Habeas Corpus n. 190590/SP, da Quinta Turma, Rel. Mina. Laurita Vaz, j. em 21/06/2012). 4. **Cumpre lembrar o princípio da confiança no juiz da causa, que, por estar mais próximo dos fatos e das pessoas envolvidas, melhor pode avaliar a necessidade da providência cautelar.** (TJSC, Habeas Corpus (Criminal) n. 4015945-57.2016.8.24.0000, de Garopaba, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 13-12-2016) (grifo nosso).⁴⁰⁰

Na ocasião, os desembargadores empregaram o “princípio” para fundamentar a manutenção da prisão preventiva decretada, sob o argumento de que o juiz singular havia fundamentado suficientemente a decisão e que merecia maior confiança por conta da proximidade com os fatos.

Curiosamente, quatro meses depois, os mesmos julgadores aplicaram o brocardo para arrazoar decisão que mantinha a concessão da liberdade provisória a um acusado pelo mesmo crime, em razão de o juiz estar mais próximo dos fatos:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. SUPOSTA PRÁTICA DOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33, CAPUT, E 35, AMBOS DA LEI N. 11.343/06) E PORTE ILEGAL DE MUNIÇÕES USO RESTRITO (ART. 16 DA LEI N. 10.826/03). DECISÃO QUE CONCEDEU A LIBERDADE PROVISÓRIA DOS RECORRIDOS, MEDIANTE A FIXAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES. RECLAMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENDIDA A PRISÃO PREVENTIVA PELA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. TESE NÃO ACOLHIDA. PRESENÇA DO FUMUS COMMISSI DELICTI. AUSÊNCIA, NO ENTANTO, DO PERICULUM LIBERTATIS. INEXISTÊNCIA DE FATOS NOVOS QUE JUSTIFIQUEM O DECRETO SEGREGATÓRIO. RECORRIDA PRIMÁRIA, COM BONS ANTECEDENTES, RESIDÊNCIA FIXA. RECORRIDO REINCIDENTE, PORÉM POSSUI VÍNCULO COM O DISTRITO DE CULPA. COMPROVADO NOS AUTOS ORIGINÁRIOS QUE AMBOS OS RECORRIDOS VÊM CUMPRINDO AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. COMPARECIMENTO EM JUÍZO CONFIRMADO POR CERTIDÕES E FICHAS DE APRESENTAÇÃO.

⁴⁰⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Primeira Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 4011326-79.2019.8.24.0000. Relatora: Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Data de Julgamento: 02/05/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em 06/07/2021.

APLICABILIDADE, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.⁴⁰¹

Trata-se, portanto, de argumento genérico, empregável a qualquer julgamento, seja para condenar ou absolver, prender ou soltar, exasperar ou minorar a pena, etc., desde que a sua aplicação se destine à manutenção da decisão de primeiro grau, independente do seu conteúdo. Ou seja, um artifício utilizado discricionariamente e sem qualquer fundamento lógico, legal ou constitucional, exatamente o tipo de argumento que o dispositivo legal se destina a combater.

O inciso IV do dispositivo, por seu turno, é transgredido principalmente nas ações de *habeas corpus*, em que os julgadores de instâncias superiores ignoram os argumentos do impetrante em nome de uma *confiança subjetiva* na própria *subjetividade* do juiz singular.

Nestes casos, o contraditório e a imparcialidade são fulminados, pois, se os magistrados de segundo grau ou de Cortes Superiores realmente *confiam* no seu colega de toga de primeira instância, os argumentos em favor do paciente sequer são levados em consideração.

Evidentemente, se os apontamentos do impetrante forem, de fato, analisados, ainda que não sejam acolhidos, é porque os julgadores não *confiaram* verdadeiramente no juiz singular, de modo que o emprego do *pseudoprincípio* representa mero instrumento retórico para tentar conferir à decisão uma aura de legitimidade inexistente, e aqui nos reportamos às diversas críticas já exaradas quanto a este tipo de decisão no presente trabalho.

Fornecemos como exemplo o Habeas Corpus n. 0001804-47.2020.8.03.0000, do Tribunal de Justiça do Amapá, em que a câmara julgou pedido de revogação da prisão preventiva imposta a indivíduo acusado pelo crime de homicídio qualificado na forma tentada. Na oportunidade, as razões elencadas pela impetrante segundo o relatório do próprio acórdão diziam respeito ao fato de a vítima não correr risco de vida e de a conduta criminosa ter sido um ato isolado na vida do paciente, não estando presentes os pressupostos autorizadores da segregação cautelar.

⁴⁰¹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Primeira Câmara Criminal). Recurso em Sentido Estrito n. 0006874-25.2019.8.24.0023. Relatora: Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Data de Julgamento: 05/09/2019. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em 06/07/2021.

Em que pese a linha argumentativa da impetrante, o acórdão em nenhum momento analisa as teses defensivas, nem mesmo para julgá-las insuficientes para a revogação da prisão, limitando-se a sustentar que o crime praticado era grave, havendo prova de materialidade e indícios de autoria, que a decisão de primeiro grau foi fundamentada e que, por conta da proximidade do juiz singular com o caso, “impõe-se, como regra, dar mais credibilidade às suas conclusões”:

PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS - PRISÃO PREVENTIVA - PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES - SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA - PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ - APLICAÇÃO - DENEGAÇÃO DA ORDEM - 1) Tem-se por justificada a prisão preventiva, quando, além da prova da materialidade e de suficientes indícios da autoria, também fica evidenciada a necessidade de garantir a ordem pública pela gravidade concreta do delito, mormente quando praticado em cidade interiorana - 2) Nesses casos, por força do princípio da confiança no juiz, impõe-se, como regra, dar credibilidade às suas fundamentadas conclusões, eis que, atuando mais próximo dos fatos, é quem melhor pode avaliar, pelo menos em tese, a necessidade ou não de aplicação da medida extrema - 3) Ordem denegada.⁴⁰²

Evidentemente, o julgado supratranscrito é apenas um exemplo ilustrativo do sintomático comportamento jurisprudencial na aplicação deste *pseudoprincípio*, em que é tida como impositiva a confiança nas conclusões do juiz de primeiro grau, em função da sua proximidade com o local dos fatos, de modo que as argumentações das partes são colocadas em patamar jurídico abaixo.

Nos casos de processos de *habeas corpus*, esta disparidade de credibilidade dos argumentos jurídicos fere, de forma ainda mais grave, o princípio do contraditório e da paridade das armas, além de culminar na expressa transgressão ao art. 315, § 2º, IV, que exige a apreciação de todas as teses apresentadas pelas partes.

Por fim, o art. 315, § 2º, V, do Código de Processo Penal é violado quando da aplicação do *princípio da confiança no juiz da causa*, pois, conforme delineado em algumas oportunidades e em especial no primeiro capítulo desta dissertação, as decisões judiciais calcadas neste *pseudoprincípio* costumam se limitar a sustentar que o magistrado singular está mais próximo dos fatos e, por isso, possui melhores

⁴⁰² AMAPÁ. Tribunal de Justiça (Seção Única). Habeas Corpus n. 0001804-47.2020.8.03.0000, Relatora: Des. Sueli Pereira Pini, Data de Julgamento: 06/08/2020, Data de Publicação: 25/08/2020. Disponível em: <http://tucujuris.tjap.jus.br/tucujuris/pages/consultar-jurisprudencia/consultar-jurisprudencia.html>. Acesso em 02/01/2021.

condições de extrair os detalhes do caso, sendo, em regra, invocado um julgado que o aplicou sem que seja realizado o devido exame das semelhanças entre os casos.

Além de a aplicação deste raciocínio ser vazia de sentido e logicamente incoerente (5.3.1), colaciona-se um julgado qualquer que o tenha empregado em recurso ou ação impugnativa, sem qualquer apontamento de semelhança factual ou processual, como no caso do emblemático Recurso em Habeas Corpus n. 73.206/ES do Superior Tribunal de Justiça.

Na ocasião, a defesa interpôs recurso contra decisão em *habeas corpus* prolatada pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo que aplicou o *princípio da confiança no juiz da causa*, tendo as razões recursais impugnado expressamente a utilização deste *pseudoprincípio*.

A Quinta Turma do Tribunal da Cidadania não deu provimento ao recurso e, nas razões apresentadas no voto do relator com relação à inaplicabilidade do brocardo, consignou que o acórdão da Corte Capixaba estava em consonância com a jurisprudência superior de que o “princípio” é legítimo, fazendo referência a julgado anterior do próprio Superior Tribunal de Justiça neste sentido:

“Por fim, quanto ao pedido do ora recorrente para que se reconheça “a inaplicabilidade do princípio da confiança do Juízo de primeiro grau” (fl. 755), tenho que o v. acórdão atacado está em consonância com a jurisprudência desta Corte, verbis: “em matéria de prisão cautelar, deve ser observado o princípio da confiança no juiz do processo, uma vez que está presente no local onde o crime é cometido e conhece as peculiaridades do caso concreto, sendo quem melhor pode avaliar a necessidade da decretação e manutenção da segregação cautelar (HC n. 289.373/MG, Sexta Turma, Re. Min. Marilza Maynard, Des. convocada do TJ/SE, DJe de 5/6/2014)”.⁴⁰³

Este parágrafo extraído do voto é o único destinado à análise da insurgência com relação ao brocardo, de modo que, além de não ter sido minimamente aprofundada a legitimidade do *princípio da confiança no juiz da causa* como resposta às indagações do recorrente, a decisão se restringiu a invocar julgado anterior que tenha aplicado o mesmo entendimento como “fundamento” da sua decisão.

⁴⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Recurso em Habeas Corpus n. 73.206, Relator: Min. Félix Fischer, Data de Julgamento: 13/09/2016, Data de Publicação: 26/09/2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 02/01/2021.

No entanto, analisando o julgado do fragmento supratranscrito e o julgado referenciado como razão de decidir, verifica-se que não guardam a menor consonância entre si.

Breve leitura dos votos dos relatores de ambos os processos permite concluir que são casos completamente distintos, haja vista que o primeiro se refere à revogação de prisão preventiva em acusação de tráfico de drogas e associação para o tráfico, enquanto o segundo diz respeito a *habeas corpus* manejado contra decisão proferida em processo que apurava a prática de homicídio qualificado.

As dessemelhanças entre os casos não se limitam à capitulação dos crimes, pelo contrário, vão muito além disso, pois os fatos se diferem em variados aspectos, como a natureza dos delitos (um cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e outro sem vítima), a suposta periculosidade dos agentes, suas circunstâncias pessoais, os motivos e circunstâncias de cada crime, os contextos sociais envolvidos, dentre várias outras distinções que não foram em nenhum momento levadas em consideração na fundamentação das decisões, embora ambas tenham sido assentadas no mesmo “fundamento”.

O exemplo é oportuno, não só por ter sido concebido em julgamento da mais alta corte brasileira em material infraconstitucional, mas por retratar fielmente a regra de decisões desta espécie Brasil afora: os magistrados de instâncias superiores escolhem acolher a decisão de primeiro grau e invocam um *pseudoprincípio*, vazio de conteúdo lógico e jurídico, para tentar legitimar o seu julgamento, tudo isso com base em um mero julgado sem qualquer semelhança com o caso concreto apreciado.

Ao jurisdicionado que questiona “por que as conclusões do juiz singular merecem maior credibilidade?” resta a resposta de que a razão para esta conclusão é que o tribunal tem decidido assim, conforme o julgado “X”, o que é claramente insuficiente para caracterizar uma decisão fundamentada à luz da previsão legal do art. 315, § 2º, do Código de Processo Penal e, por consequência, a validade do julgamento, conforme dispõe o art. 93, IX, da Constituição Federal.

Diante de toda esta exposição, espera-se que tenha ficado nítido o quão vazia e falaciosa é a argumentação construída pelo *princípio da confiança no juiz da causa* e como a sua aplicação fere a lei processual penal e, especialmente, os direitos constitucionais do indivíduo com relação aos processos judiciais na esfera penal.

CONCLUSÃO: CONTRA FATOS SÓ RESTAM ARGUMENTOS – A RELAÇÃO LINGUAGEM E DIREITO

De todo o exposto neste trabalho, podemos destacar algumas conclusões de relevo.

A primeira e principal delas se relaciona com o reconhecimento das dimensões linguística e histórica do direito.

Há mais de um século, é assente na filosofia a conclusão de que a linguagem não se trata de mero instrumento de transmissão de informações, mas sim, condição sem a qual sequer podem existir os dados informativos.

Como consectário, tem-se que tais dados não apenas são compostos pela linguagem, mas *constituem* linguagem.

No Direito, mais do que em qualquer outra área do saber, essa inferência possui ainda mais relevância, afinal, todos os seus componentes (regras, princípios, valores, costumes) nada mais são do que informações. Ou seja, o Direito é ele mesmo linguagem, como enfatiza o constitucionalista português António Castanheira Neves:

O direito é linguagem, e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o direito é-o numa linguagem e como linguagem – propõe-se sê-lo numa linguagem (nas significações linguísticas em que se constitui e exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é.⁴⁰⁴

A essa dimensão linguística do Direito soma-se ao seu aspecto constitutivo de história, sobretudo no campo das decisões judiciais, pois “falar de processo, todavia, é, antes de tudo, falar de *atividade recognitiva*: a um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão (mais preciso seria dizer Poder, com o peso que o substantivo tem) de dizer o direito no caso concreto”.⁴⁰⁵

Nesse contexto, arrisca-se dizer que o magistrado julgador atua em um processo judicial de forma assemelhada (porém, evidentemente, não idêntica) a um

⁴⁰⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais**, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 90.

⁴⁰⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza” de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: **Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 176, *apud* LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 156.

historiador.⁴⁰⁶ Ambos analisam argumentos e provas submetidas à sua apreciação, sem ter contato, todavia, com os fatos propriamente ditos, mas apenas com a reprodução linguística destes. Isso porque os reais eventos são espaço-temporalmente irrepetíveis e, portanto, não passíveis de transcrição exata em registros materiais (seja em escritos, imagens ou vídeos).

Com isso, ao contrário do jargão popular, é possível afirmar-se que: contra fatos só há argumentos.

Deduz-se, nesse passo, que epistemologicamente o processo penal não é formado por fatos, mas por enunciados linguísticos a eles alusivos (documentos, depoimentos, fotos, vídeos, áudios, etc.), convencionalmente chamados de *provas*. Como cediço, incumbe às partes produzir esses elementos *reconstitutivos* dos fatos e acoplar os argumentos, a fim de demonstrar a verossimilhança das suas pretensões.

Em meio a esse exercício de fusão de horizontes *gadameriana*, levado a efeito sob o contraditório (corolário do processo penal democrático), são construídas as compreensões acerca do caso penal, cabendo ao magistrado a tarefa da formulação da resposta mais justa e adequada possível. Para tanto, partirá o julgador do conhecimento produzido intersubjetivamente, observadas toda a dinâmica de dados em que é lançado e, especialmente, a integridade e coerência do ordenamento, assim como a história institucional (tradição) do direito.

Esse arquétipo decisório repete-se quando da remessa do caso *sub judice* ao segundo grau de jurisdição ou a um Tribunal Superior, guardadas as devidas distinções procedimentais, seja pela interposição de recursos, com seu efeito devolutivo, ou com a proposição de ações autônomas impugnativas.

Nesse ponto, reside a segunda importante conclusão deste trabalho: a inexequível (e ilegítima) cisão entre *questões de fato* e *questões de direito*, propalada por setores positivistas da doutrina e da jurisprudência, com arrimo nos (superados) postulados da Filosofia da Consciência e sua plenipotência do *sujeito assujeitador*.

⁴⁰⁶ “Um ponto importante de distinção é que, enquanto a pesquisa historiográfica tem início e é delimitada pela vontade do próprio investigador, o oposto se passa com o juiz: por conta do princípio da demanda (art. 2º do CPC) e da imparcialidade que é característica da jurisdição, o julgador é *jogado* no caso, não escolhendo sequer até onde pode investigar. Os limites são dados pelas partes. Assim, diz com clareza Calamandrei, a curiosidade que empurra o historiador à sua investigação, inspira-o a aprender com suas descobertas, é *vedada* ao juiz”. SCHMITZ, Leonard. **Presunções Judiciais: raciocínio probatório por inferências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 54.

Com hasteio nas obras de Gadamer, Müller e Dworkin, viu-se que o direito pode ser classificado como ciência interpretativa, haja vista, sobretudo, suas já mencionadas dimensões linguística e histórica. Tendo isso em conta, concluiu-se que não há como o julgador ignorar a facticidade do caso e limitar-se à apreciação das “*teses jurídicas*”, sem ter em mente, a todo momento, os eventos subjacentes.

Mais que isso: essas reflexões conduzem à conclusão de que não é cabível o ideário positivista de interpretação silogística do direito por meio de um procedimento de subsunção da premissa maior (texto da lei) à premissa menor (fatos), como se texto e norma fossem sinônimos e o fato devesse ser acoplado a uma previsão legal ou à discricionariedade do juiz.

A norma jurídica é produto do processo simbiótico cognoscível da interpretação/compreensão/aplicação dos fatos/direito, notadamente porquanto resulta da análise do *programa normativo* (texto) e do *âmbito normativo* (fatos), de modo que a norma decisória de um caso passa a representar um novo elemento textual, integrante da história institucional do direito (um dos capítulos do *romance em cadeia dworkineano*), para embasar a integridade do direito e novos julgamentos futuros.

Dessa forma, não procede, definitivamente, a crença de que o magistrado deve analisar o fato e, aí então, procurar o direito a ser aplicado. Tampouco, aliás, se pode permitir que ao juiz seja facultado *decidir* e, em movimento posterior, buscar o fundamento para o seu julgamento, como sugerem implicitamente correntes positivistas e defensores do *livre convencimento motivado*.

Assim, à luz das ideias pós-positivistas de Müller e Dworkin, buscou-se demonstrar o quão equivocada e autoritária é a visão positivista de que a indeterminação do direito e a textura aberta dos enunciados normativos podem proporcionar discricionariedade ao julgador, autorizando-o a julgar conforme a sua vontade, como se o modelo Sujeito-Objeto, próprio da Filosofia da Consciência, estivesse em consonância com uma decisão judicial democrática.

A partir da análise de quatro vertentes acadêmicas distintas sobre princípios jurídicos, foi possível estabelecer-se que o princípio *da confiança no juiz da causa* não preenche os requisitos exigidos por nenhuma dessas teorias, entre as quais aquelas desenvolvidas pelos célebres Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Em verdade, com base nas sábias lições de Warat, constatou-se que a criação jurisprudencial do brocardo, há quase cem anos, veicula conceito *estereotipado*, voltado a um discurso persuasivo de manutenção da decisão de primeiro grau, perpetuado pelo *senso comum teórico* dos juristas.

Não bastasse, após exaustiva análise dos elementos atinentes às garantias fundamentais judiciais e, em especial, da fundamentação das decisões penais, passou-se ao exame do raciocínio silogístico envolto na aplicação do princípio *da confiança no juiz da causa*. Quanto ao ponto, concluiu-se que o raciocínio construído em torno do brocardo configura, também, enorme equívoco jurídico-filosófico.

Isso porque a *confiança no juiz da causa* é baseada ou em premissas falsas ou não necessariamente verdadeiras ou, na melhor das hipóteses, irrelevantes para o julgamento em instâncias recursais. Diz-se isso, pois a mera propinquidade não justifica especial *confiança* ao magistrado de origem, afinal: 1) não é ele o único agente estatal próximo dos fatos; 2) o togado não necessariamente estará mais próximo dos acontecimentos, em comparação aos julgadores de instâncias superiores; 3) essa suposta maior proximidade não lhe garante, de todo modo, melhores condições de aferir os detalhes do caso; e 4) nem sempre, as decisões que aplicam o brocardo são mantidas em sua integralidade.

Ao final, concluiu-se, ainda, que o conteúdo do brocardo contraria frontalmente os mais caros vetores constitucionais relacionados à fundamentação das decisões judiciais, tais como a imparcialidade, o contraditório, a inafastabilidade do Poder Judiciário e o segundo grau de jurisdição. Isso porque tal argumento decisório parte da premissa de que é facultado aos magistrados de instâncias superiores julgar de acordo com a sua *consciência*, eximindo-se do seu mister judicante em prol de uma *confiança subjetiva* na interpretação de juiz de grau de jurisdição inferior e, portanto, subordinado à sua posição hierárquica.

Verificou-se, outrossim, que a aplicação do suposto princípio configura verdadeira transgressão ao Código de Processo Penal, sobretudo ao art. 315, § 2º, III, IV e V, incluído após a recente reforma promovida pela Lei n. 13.964/2019, na medida em que pode fazer-se presente em “fundamentações” de decisões de qualquer natureza indistintamente, além de oportunizar aos magistrados de instâncias superiores que decidam sem a análise de todas as teses aventadas pelas partes, com

base apenas na apresentação de um julgado anterior, desacompanhado, inclusive, da devida identificação de similitude entre os casos.

A despeito de todos os apontamentos apresentados, infelizmente o retrato da realidade é ainda muito preocupante. O princípio *da confiança no juiz da causa* permanece sendo aplicado diariamente em julgamentos de Tribunais de todo o país, inclusive, pelas Cortes Superiores, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, ao qual incumbe, como se sabe, o resguardo da aplicação da lei infraconstitucional e a estabilização da jurisprudência.

Essa recorrente aplicação do *pseudoprincípio* foi o que motivou, inclusive, estes anos de pesquisa e toda esta construção teórica para abordá-lo de maneira completa e aprofundada. A expectativa é chamar a atenção dos atores jurídicos para a relevância e a necessidade de um maior rigor na fundamentação dos julgamentos penais, com o conseqüente afastamento do argumento atinente à *confiança no juiz da causa* da jurisprudência pátria.

O único meio para tal conscientização é justamente o debate acadêmico-jurídico honesto, pautado na responsabilidade moral de se argumentar de maneira devidamente fundamentada e de demonstrar-se, por meio da razão, a veracidade e a procedência das alegações. Afinal, apenas boas razões são capazes de ensejar a reforma de entendimentos equivocados e, portanto, de restabelecer a integridade do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade: alcance da atuação administrativa e judicial no Estado Constitucional**. 2013. Tese (doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

_____; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: RT, 2013.

_____. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____; STRECK, Lenio. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Constitucionalismo Discursivo – 3. ed. rev.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol, 16, n.2, 2003.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANTISIERI, Dario; REALE, Giovanni. **História da Filosofia, 5: Do romantismo ao empiriocriticismo**. São Paulo: Paulus, 2005.

_____; _____. **História da Filosofia: Do romantismo até nossos dias**. São Paulo: Paulus, 1991.

ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Klaus Negri. **Processo penal didático**. Salvador: Juspodivm, 2019.

ARISTÓTELES. **Organon VI: Elencos Sofísticos**. Tradução e notas de Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães Editores, 1986.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2019.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense: 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 240, 1-42, abr/jun. 2005.

_____. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, t. III, 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

BENTO, Milani M. **Positivismo Jurídico e Neoconstitucionalismo**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

BICCA, Luiz. **Racionalidade moderna e subjetividade**. São Paulo: Loyola, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOGO, Juliano Rafael. Positivismo, pós-positivismo e princípios: uma crítica ao princípio da confiança no juiz do processo (penal). **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 28, n. 1, p. 165-180, 11, dez/2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 26ª ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2011.

BRAGA, Paulo Sarno; DIDIER JR, Freddie; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil. V. 2**. Salvador: JusPodivm, 2010.

BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação jurídica**. São Paulo: Atlas, 2009.

CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**, v. 07, n. 23, tradução de Roberto B. Del Claro, Curitiba: Gênesis, jan. 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e Medidas Cautelares Diversas: A individualização da medida cautelar no Processo Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais**, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. **Questão-de-facto – Questão-de-Direito ou O Problema Metodológico da Juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)**. Coimbra: Almedina, 1967.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do Código de Processo Penal: Uma refundação garantista? **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**, Goiânia, ano XXI, n. 34, p. 21-34, jul./dez. 2017.

COLLINS, Sean T. *Blood Caffeine Sex Magic: How 'Game of Thrones' Geets Written*. **OBSERVER**, Los Angeles, 02 de abr. de 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In: Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DE FARIAS, Antônio Miguel Müller. **As exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada no processo penal brasileiro**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução: Enrico Corvisieri. Acrópolis, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Justiça para ouriços**. Tradução de Elói Pedro Duarte. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

_____. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Kant e o Ornitorrinco**. Rio de Janeiro: Record, 1998.

FACCHINI NETO, Eugênio; HAEBERLIN, Martín P. O “estilo” jurídico alemão – breves considerações sobre alguns dos seus fatores determinantes. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 133, p. 245-281, mar/2014.

FAZZALARI, Elío. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERREIRA, António Gomes. **Dicionário de Latim-português**. Porto: Porto Editora, 2001.

FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugenio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2021.

_____. **Recursos, Habeas Corpus e Mandado de Segurança no Processo Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

FILHO, Espínola. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 1999. Petrópolis: Vozes.

_____. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução de Enio Paulo Giachini, 2002. Petrópolis: Vozes.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Introducción. In: GARZÓN VALDÉS, Ernesto (Compilador). **Derecho y filosofía**. Barcelona: Editorial Alfa, 1985.

GESTA LEAL, Rogério. **Hermenêutica e Direito**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Por que tenho medo dos juízes**. São Paulo: Malheiros, 2014.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEIDEGGER, Martin. **O que é uma coisa**. Tradução: Carlos Mourão. Lisboa: Edições 70, 1987.

_____. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estimativa da população residente no Brasil e Unidades da Federação com data de referência 1º de julho de 2020**. Brasília, 2020.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**, 5ª edição. Tradução: Alexandre Fradique Morujão e Manuela Pinto dos Santos. Fundação Calouste Gulbenkian: 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **A democracia**, A democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFONT, Cristina. **Lenguaje y apertura del mundo: El giro lingüístico de la hermenêutica de Heidegger**. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência**. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LIMA, Lucas Rodrigues. **A interpretação-aplicação do direito na construção da resposta correta**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Espírito Santo.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2019.

LOPES JUNIOR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. **Direito processual penal**. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOSANO, Mário. **Sistema e Estrutura no Direito, vol. II**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **A motivação das decisões judiciais civis em um estado de direito: necessária proteção da segurança jurídica**. 2013. Dissertação (mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão. *In: Revista ANAMATRA*. São Paulo, n. 21, p. 30-50, 1994.

MARTINS, Douglas Roberto. Princípio da confiança no juiz do processo (no juiz da causa ou no juiz próximo dos fatos): análise crítica a partir da Teoria da Argumentação Jurídica de Manuel Atienza. *In: BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar; ROSA, Alexandre Morais. (Org.). Argumentação Jurídica e o Direito Contemporâneo*. Itajaí: UNIVALI, 2016, v. 1, p. 356-377, 2016.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na -"sociedade órfã". **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap), n. 58, p. 183-202, 2000.

Michaelis, Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2015.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão no Processo Penal como *bricolage* de significantes**. 2004. Tese (doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná.

_____. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 282.

MUCHERONI, Marcos Luiz. **Verdade & Método e sua hermenêutica**.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: Introdução à teoria metódica estruturantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Teoria estruturante do Direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NASCENTES, Antenor. **Dicionário etimológico resumido da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1966.

NEUMANN, Ulfrid. Positivismo jurídico, realismo jurídico y moralismo jurídico en el debate sobre "delincuencia estatal" en la anterior RDA. **Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho**, n. 17-18, p. 435-444, 1995.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NIGRO, Rachel Barros. **Desconstrução linguagem política**. 2007. Tese (doutorado em Filosofia) – Pontífica Universidade Católica do Rio de Janeiro.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado** – 19. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. **Manual de Direito Penal**, 16ª Ed. São Paulo: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OMMATI, José Emílio Madauar. A fundamentação das decisões jurisdicionais no projeto do Novo Código de Processo Civil. In: A. FREIRE; B. DANTAS; D. NUNES; F. DIDIER JR. et al., **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, vol. III, 2014, p. 113-122.

_____; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria do Direito Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2020.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999.

RADBRUCH, Gustav. **El hombre em el derecho**. Buenos Aires: Depalma, 1980.

REGO, Eduardo de Carvalho. **O controle de constitucionalidade como principal instrumento à disposição do Judiciário em sua consolidação como superpoder**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROVER, Tadeu; VASCONCELOS, Marcos de. Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões. **Consultor Jurídico**, 04.03.2015.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio de hecho em derecho penal**. Madri: Marcial Pons, 2000.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Tradução de Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS, Eduardo Sens dos. O Ministério Público tem direito ao contraditório em habeas corpus. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. Florianópolis, v.7, n.16, p.127-, jan./jun., 2010.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

_____. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de resposta no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Presunções Judiciais: raciocínio probatório por inferências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SHAPIRO, Fred. The most-cited legal scholars. **Journal of Legal Studies**, v. 29, n. S1, Jan. 2000.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Supremo Tribunal Federal precisa de lolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **Direito. UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 96-118, 2016.

_____. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva: FGV, 2011.

STEIN, Ernildo. Gadamer e a Consumação da Hermenêutica. In: **Hermenêutica e Epistemologia: Os 50 anos de Verdade e Método**. STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. **Precisamos falar de Direito e Moral: Os problemas da interpretação e da decisão judicial**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

_____. **Promessas constitucionais de modernidade e ausência de Estado social: desafios e consequências**. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira (org). **Grandes Eventos do IDP: Direito Constitucional**. Brasília: IDP, 2017.

_____. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

WARAT, Luís Alberto. As falácias jurídicas. Traduzido por Horácio Wanderlei Rodrigues. **Revista Sequência**, Florianópolis, Vol. 06, n. 10, p. 123-130, jan. de 1985.

_____. **Epistemologia e ensino do Direito: o sonho acabou**. Coordenadores: DAL RI JÚNIOR, Arno; MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha; ROVER, Aires José. Florianópolis: Boiteux, 2004.

_____. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

_____. **O Direito e a sua linguagem**. Porto Alegre: safE, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina Penal Nazista: A dogmática penal alemã entre 1933 a 1945**. Tradução e comentários de Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

_____. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ANEXOS

ANEXO 1 – LISTA DE TRIBUNAIS QUE JÁ FIZERAM USO DO *PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA* COMO RAZÃO DE DECIDIR E SEUS RESPECTIVOS JULGADOS:

Tribunais de Apelação da Justiça Estadual:

ACRE. Tribunal de Justiça (Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 0000807-65.2013.8.01.0000, Relator: Des. Francisco Djalma, Data de Julgamento: 09/05/2013, Data de Publicação: 28/05/2013. Disponível em: <https://esaj.tjac.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 03/01/2021.

ALAGOAS. Tribunal de Justiça (Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 0805238-38.2020.8.02.0000, Relator: Des. Washington Luiz D. Freitas, Data de Julgamento: 26/08/2020, Data de Publicação: 31/08/2020. Disponível em: <https://www2.tjal.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em 03/01/2021.

AMAZONAS. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 4005112-69.2015.8.04.0000, Relator: Des. Djalma Martins da Costa, Data de Julgamento: 25/01/2016, Data de Publicação: 25/01/2016. Disponível em: <https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em 03/01/2021.

AMAPÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 0011559-97.2011.8.03.0001, Relator: Des. Manoel Brito, Data de Julgamento 21/08/2018. Disponível em: <http://tucujuris.tjap.jus.br/tucujuris/pages/consultar-jurisprudencia/consultar-jurisprudencia.html>. Acesso em 03/01/2021.

BAHIA. Tribunal de Justiça (Terceira Câmara Cível). Agravo de Instrumento n. 0009028-84.2017.8.05.0000, Relator: Des. Moacyr Montenegro Souto, Data de Publicação: 26/11/2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjba.jus.br/>. Acesso em 03/01/2021.

CEARÁ. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara Criminal). Apelação Criminal n. 0067951-44.2015.8.06.0001, Relatora: Desa. Francisca Adelineide Viana, Data de Julgamento: 02/12/2020, Data de Publicação: 02/12/2020. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 03/01/2021.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça (Primeira Turma Criminal). Recurso em Sentido Estrito n. 2002.08.1.000604-9, Relator: Des. Waldir Leôncio C. Lopes Júnior, Data de Julgamento: 26/06/2022, Data de Publicação: 06/11/2002. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>. Acesso em 03/01/2021.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. (Segunda Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 0002738-60.2003.8.08.0000, Relator: Des. Antônio José Miguel Feu Rosa, Data de Julgamento: 03/09/2003, Data de Publicação: 01/10/2003. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/cons_jurisp.cfm Acesso em 03/01/2021.

GOIÁS. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 0378159-67.2014.8.09.0000, Relator: Des. João Waldeck Felix de Sousa, Data de Julgamento: 20/01/2015, Data de Publicação: 29/01/2015. Disponível em: <https://projudi.tjgo.jus.br/ConsultaJurisprudencia>. Acesso em 03/01/2021.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 009135-2006, Relator: Des. Milson de Souza Coutinho, Data de Julgamento: 03/08/2006. Disponível em: <https://jurisconsult.tjma.jus.br/#/home>. Acesso em 03/01/2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 10000160-02.2.17.4000. Relator: Des. Wanderley Paiva, data do julgamento 23/02/2016, Data de Publicação: 04/03/2016. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>. Acesso em 03/01/2021.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara Criminal). Recurso em Sentido Estrito n. 0009400-29.2018.8.12.0800, Relator: Des. José Ale Ahmad Netto, Data de Julgamento: 30/07/2019, Data de Publicação: 01/08/2019. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em 03/01/2021.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara Cível). Apelação Cível n. 55770/2007, Relator: Dr. José Mauro Bianchini Fernandes, Data de Julgamento: 09/06/2008, Data de Publicação: 20/06/2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta>. Acesso em 03/01/2021.

PARÁ. Tribunal de Justiça (Terceira Turma de Direito Penal). Recurso em Sentido Estrito n. 0009856-10.2018.8.14.0028, Relator: Des. Leonam Gondim da Cruz Junior, Data de Julgamento 21/03/2019, Data de Publicação: 22/03/2019. Disponível em: http://gsa-index.tjpa.jus.br/consultas/search?q=00098561020188140028&jp_search=2&client=consultas&proxystylesheet=consultas&site=jurisprudencia&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&aba=JP&entqr=3&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&filter=0&getfields=*&lr=lang_pt&partialfields=snum_cnj%3A00098561020188140028. Acesso em 03/01/2021.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça (Câmara Especializada Criminal). Recurso em Sentido Estrito n. 0000923-42.2017.8.15.0000, Relator: Des. João Benedito da Silva, Data de Julgamento: 26/09/2017. Disponível em: <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/>. Acesso em 03/01/2021.

PARANÁ. Tribunal de Justiça (Terceira Turma Recursal). Recurso Inominado n. 0001319-37.2016.8.16.0158, Relator: Juiz Marco Vinícius Schiebel, Data de

Julgamento: 19/03/2019, Data de Publicação: 20/03/2019. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 03/01/2021.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara Regional de Caruaru). Habeas Corpus n.3772745, Relator: Des. Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima, Data de Julgamento: 15/04/2015, Data de Publicação: 02/06/2015. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/consulta.xhtml>. Acesso em 03/01/2021.

PIAUI. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara Especializada Criminal). Habeas Corpus n. 201100010009992, Relator: Des. Joaquim Dias de Santana Filho, Data de Julgamento: 15/03/2011. Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/home/jurisprudencia>. Acesso em 03/01/2021.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça (Sétima Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 0029813-38.2021.8.19.0000. Relator: Des. José Roberto Lagranha Tavora, Data de Julgamento: 10/06/2021, Data de Publicação: 15/06/2021. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ConsultarJurisprudencia.aspx?Version=1.1.13.0>. Acesso em 02/07/2021.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça (Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 2005.002668-3, Relator: Desa. Judite Nunes, Data de Julgamento: 03/06/2005, Data de Publicação: 05/07/2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjrn.jus.br/>. Acesso em 03/01/2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Oitava Câmara Criminal). Agravo em Execução Penal n. 70076577048, Relatora: Desa. Isabel Borba Lucas, Data de Julgamento: 16/05/2018, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 23/05/2018. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 03/01/2021.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 0003763-64.2016.8.22.0000, Relator: Juiz José Gonçalves da Silva Filho, Data de Julgamento: 18/08/2016, Data de Publicação: 26/08/2016. Disponível em: <http://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/consultaJuris.jsf>. Acesso em 03/01/2021.

RORAIMA. Tribunal de Justiça (Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 0000.16.001345-4, Relator: Juiz Convocado Erick Linhares, Data de Julgamento: 20/09/2016, Data de Publicação: 26/09/2016. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjrr.jus.br/juris/>. Acesso em 03/01/2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (Segunda Câmara Criminal). Recurso Criminal n. 2013.04212-28, Relator: Des. Sérgio Rizelo, Data de Julgamento: 03/09/2013. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em 03/01/2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (Terceira Turma Recursal Cível). Recurso Inominado n. 0004914-55.2015.8.26.0011, Relator: Dr. Rodrigo de Castro Carvalho,

Data de Julgamento: 19/02/2016, Data de Publicação: 22/02/2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?gateway=true>. Acesso em 03/01/2021.

SERGIPE. Tribunal de Justiça (Câmara Criminal). Habeas Corpus n. 0010970-28.2019.8.25.0000, Relatora: Desa. Ana Lúcia Freire de A. dos Anjos, Data de Julgamento: 26/11/2019. Disponível em: <https://www.tjse.jus.br/portal/consultas/jurisprudencia/judicial>. Acesso em 03/01/2021.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara Cível) – Agravo de Instrumento n. 0016974-27.2019.8.27.0000, Relatora: Desa. Etelvina Maria Sampaio Felipe, Data de Julgamento: 12/09/2019, Data de Publicação: 18/09/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjto.jus.br/>. Acesso em 03/01/2021.

Tribunais de Apelação da Justiça Federal:

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região – Terceira Turma). Habeas Corpus n. 0067148-38.2015.4.01.0000, Relator: Des. Fed. Márcio César Ribeiro, Data de Julgamento: 14/09/2016, Data de Publicação: 03/02/2017. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/>. Acesso em 03/01/2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2ª Região – Sexta Turma Especializada). Apelação Cível n. 0005764-65.2004.4.02.5001, Relator: Des. Guilherme Bollorini Pereira, Data de Julgamento: 17/09/2014. Disponível em: https://www10.trf2.jus.br/consultas/?entqr=3&lr=lang_pt&ie=UTF-8&oe=UTF-8&adv=1&ulang=&access=p&entqrm=0&wc=200&wc_mc=0&ud=1&filter=0&getfields=*&q=&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&site=v2_jurisprudencia&sort=date:D:S:d1&base=JP-TRF. Acesso em 03/01/2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região – Segunda Turma). Habeas Corpus n. 539 SP 2002.03.00.000539-9, Relator: Juiz Arice Amaral, Data de Julgamento: 05/03/2002, Data de Publicação: 27/05/2002. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>. Acesso em 03/02/2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região – Oitava Turma). Habeas Corpus n. 2004.04.01.000177-8, Relator: Des. Otávio Roberto Pamplona, Data de Julgamento: 11/02/2004, Oitava Turma, Data de Publicação: 18/02/2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>. Acesso em 03/01/2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5ª Região – Primeira Turma). Habeas Corpus n.0024542-67.2004.4.05.0000, Relator: Des. José Maria Lucena, Data de Julgamento: 03/02/2005, Data de Publicação: 14/03/2005. Disponível em: <https://julia-pesquisa.trf5.jus.br/julia-pesquisa/#consulta>. Acesso em 03/01/2021.

Tribunais de Apelação da Justiça do Trabalho:

AMAZONAS E RORAIMA. Tribunal Regional do Trabalho (11ª Região – Primeira Turma). Embargos de Declaração n. 0000301-98.2016.5.11.0051, Relator: Des. David Alves de Mello Junior, Data de Julgamento: 08/08/2017, Data de Publicação: 09/08/2017. Disponível em:

<https://portal.trt11.jus.br/index.php/jurisprudencia1>. Acesso em 03/01/2021.

PARAÍBA. Tribunal Regional do Trabalho (13ª Região – Tribunal Pleno). Agravo Regimental n. 0021700-93.2013.5.13.0000, Relator: Des. Paulo Maia Filho, Data de Julgamento: 05/12/2013, Data de Publicação: DJe 17/12/2013. Disponível em:

<https://www.trt13.jus.br/jurisprudencia/#/>. Acesso em 03/01/2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região – Oitava Turma). Recurso Ordinário Trabalhista n. 0020740-49.2015.5.05.0411, Relator: Des. João Paulo Lucena, Data de Julgamento 13/07/2017, Data de Publicação: 13/07/2017. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/acordaos>. Acesso em 03/01/2021.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região – Terceira Turma). Recurso Ordinário Trabalhista n. 0001285-59.2013.5.02.0303, de Guarujá/SP, Relatora: Des. Ana Maria Contrucci, Data de Julgamento: 24/06/2014, Data de Publicação: 03/07/2014. Disponível em: <https://juris.trt2.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 03/01/2021.

Tribunais de Apelação da Justiça Eleitoral:

AMAZONAS. Tribunal Regional Eleitoral. Processo Administrativo n. 8.692, de Manaus. Relator: Des. Francisco Nascimento Marques, Data de julgamento: 03/08/2016, Data de Publicação: DJEAM- Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 162, Data: 06/09/2016. Disponível em: <https://www.tre-am.jus.br/jurisprudencia/pesquisa/pesquisa-de-jurisprudencia>. Acesso em 04/01/2021.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional Eleitoral. Recurso contra Decisões de Juízes Eleitorais n. 9.776, Relator: Des. Vilson Fontana, Data de Julgamento: 10/09/2014, Data de Publicação: DJE – Diário de Justiça de JE, Tomo 162, Data: 16/09/2014. Disponível em: <http://apps.tre-sc.jus.br/e-docsweb/abreConsulta/tipoConsulta/ACORDAO>. Acesso em 04/01/2021.

Tribunais Superiores

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 124.729/SE, Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 23/06/2020, Data de Publicação: 30/06/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 04/01/2021.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Habeas Corpus n. 33.101-8/RJ, Relator: Min. Gen. Ex. Antônio Joaquim Soares Moreira, Data de Julgamento: 13/06/1995. Disponível em:

https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/jurisprudencia/html/consulta.php?field_filter=n%C3%BAmero+do+processo&q=33.101-8. Acesso em 05/01/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 56.695, Relator: Min. Djaci Falcão, Data de Julgamento: 28/11/1978, Data de Publicação: 19/02/1979, Revista Trimestral de Jurisprudência 91/104. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur121904/false>. Acesso em 05/01/2021.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos (Terceira Turma). Recurso Criminal n. 1.118/SP, Relator: Min. Nilson Naves, Data de Julgamento: 28/06/1985. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/juritfr/toc.jsp>. Acesso em 05/01/2021.