



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
Programa de Pós-Graduação em Direito
Curso de Mestrado Acadêmico

JOCLEBER ROCHA VASCONCELOS

**ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE LEIGOS NO SISTEMA ESCABINADO:
ESTUDO DE MODELOS DE JUSTIFICAÇÃO DECISÓRIA NOS CONSELHOS DE
JUSTIÇA MILITAR**

Fortaleza/CE
2020

JOCLEBER ROCHA VASCONCELOS

**ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE LEIGOS NO SISTEMA ESCABINADO:
ESTUDO DE MODELOS DE JUSTIFICAÇÃO DECISÓRIA NOS CONSELHOS DE
JUSTIÇA MILITAR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra

Fortaleza/CE
2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- V45a Vasconcelos, Jocleber Rocha.
Argumentação jurídica de leigos no sistema escabinado : estudo de modelos de justificação decisória nos conselhos de justiça militar / Jocleber Rocha Vasconcelos. – 2020.
274 f. : il. color.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2020.
Orientação: Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra.
1. Argumentação jurídica. 2. Juizes leigos. 3. Deliberação e motivação. 4. Escabinado militar. 5. Estudo de caso. I. Título.

CDD 340


JOCLEBER ROCHA VASCONCELOS


**ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE LEIGOS NO SISTEMA ESCABINADO:
ESTUDO DE MODELOS DE JUSTIFICAÇÃO DECISÓRIA NOS CONSELHOS
DE JUSTIÇA MILITAR**

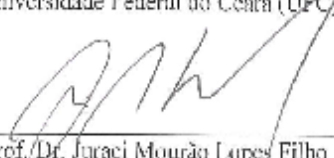
Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Aprovada em 28 de abril de 2020.

BANCA EXAMINADORA


Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)


Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo
Universidade Federal do Ceará (UFC)


Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho
Centro Universitário Christus (Unichristus)

Dedico ao meu querido
pai, no plano espiritual
em que se encontrar!

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à Deus, razão maior da nossa existência.

Aos meus familiares, pela torcida de sempre.

Em especial, à minha esposa Selma, por sua colaboração e compreensão pelo meu afastamento periódico para atividades de pesquisa.

À Universidade Federal do Ceará por me proporcionar um Curso de alto nível e de destacado relevo científico.

Ao Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra, por me aceitar como orientando, e por compartilhar seus valiosos conhecimentos ao longo dessa jornada.

Aos professores Dr. Hugo de Brito Machado Segundo e Dr. Juraci Mourão Lopes Filho, pela gentileza em integrar a banca de avaliação, colaborando com seus conhecimentos para o engrandecimento do trabalho.

Ao amigo, colega de profissão e pesquisador, André Lázaro Ferreira Augusto, que muito contribuiu com as suas experiências sobre pesquisa empírica em Direito, em especial, ao auxiliar na árdua tarefa de revisão do trabalho.

Aos colegas juízes que compartilharam materiais de pesquisa, em especial, Marcos Fernando Theodoro Pinheiro, Sheyla Costa Bastos Dias e Vitor De Luca.

A toda equipe do programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

E aos colegas do curso de Mestrado acadêmico em Direito pela amizade e pelo companheirismo, a quem desejo renovados sucessos nas suas carreiras.

*“O sucesso nasce do querer, da
determinação e persistência em se chegar
a um objetivo. Mesmo não atingindo o
alvo, quem busca e vence obstáculos, no
mínimo fará coisas admiráveis.”*

José de Alencar

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE LEIGOS NO SISTEMA ESCABINADO: ESTUDO DE MODELOS DE JUSTIFICAÇÃO DECISÓRIA NOS CONSELHOS DE JUSTIÇA MILITAR

Jocleber Rocha Vasconcelos

RESUMO

O trabalho tem por objetivo descrever e analisar a forma como são deliberadas e construídas as decisões do sistema escabinado na primeira instância da Justiça Militar da União. Esse sistema é representado pelos Conselhos de Justiça Militar, composto por um juiz civil togado e por quatro juízes militares leigos em direito, sorteados nos termos da lei, para processar e julgar crimes militares. A questão paradoxal é que as deliberações e votos são realizados em sessões públicas, mediante a exposição das razões de decidir. Os votos dos juízes leigos têm o mesmo peso e extensão dos votos do juiz togado, se dirigem a qualquer matéria discutida no feito, seja decisão interlocutória ou final, de cunho estritamente processual, de fato ou de direito, incluindo a aplicação da pena. Tais características tornam esse sistema peculiar, impondo uma reconfiguração do paradigma de avaliar a “justiça das decisões” para verificar a “controlabilidade decisória” e sua legitimidade perante o ordenamento jurídico. O estudo se baseia em teorias direcionadas ao controle endoprocessual e exoprocessual da decisão judicial por intermédio de modelos de justificação. Elegeu-se o modelo Toulmin de argumentação como proposta teórica, para servir como um modelo normativo de justificação e como ferramenta de avaliação dos argumentos já produzidos na prática deliberativa do escabinado militar. Adotou-se a metodologia da pesquisa empírica, com abordagem de cunho indutivo. Pelo método de estudo de caso único, selecionou-se uma sentença no universo de julgamentos em que o juiz togado tenha sido voto vencido, para identificar até que ponto um voto oral proferido por um juiz leigo, e que viesse a se constituir como voto vencedor, estaria revestido das condições formais e substanciais para embasar uma decisão final juridicamente controlável. Após a reconstrução dos argumentos dos votos e da sentença no layout estrutural de argumentos de Toulmin, procedeu-se à análise da correlação da sentença com os votos orais, da qualidade da justificação dos votos e da sentença, das características da deliberação em plenário e da verificação da sua influência na construção da justificação escrita na sentença. Foram obtidas as seguintes conclusões sobre a construção da motivação decisória: representa um processo deliberativo assistemático, sem um roteiro de discussão e de votação; detém ampla discricionariedade, sem fixar deveres e limites argumentativos aos votantes; apresenta reduzido grau de controle intersubjetivo; e possui potencial para formação de “zonas de arbítrio”, nos casos em que o juiz togado vota vencido. As causas são a insuficiência de normas sobre o modelo deliberativo no direito positivo e a inexistência de mecanismos prévios de controle intersubjetivo. Estima-se que o resultado da pesquisa poderá contribuir para: o avanço da teoria da decisão judicial; a ampliação dos controles jurídico, social e político das decisões na primeira instância da Justiça Militar; e a melhoria do padrão argumentativo dos escabinados. Ao final, constatou-se a necessidade de reconfiguração das práticas e da legislação relativos ao processo de deliberação, além de novos estudos para um redesenho institucional, bem como a viabilidade de utilização do layout Toulmin como modelo de justificação decisória do escabinado militar, em conjugação com roteiros de decisão.

PALAVRAS-CHAVES: Argumentação jurídica. Juízes leigos. Deliberação e motivação decisória. Escabinado militar. Modelo Toulmin.

LEGAL ARGUMENTATION OF LAITY IN THE ESCABINADO SYSTEM: STUDY OF DECISIONAL JUSTIFICATION MODELS IN THE MILITARY JUSTICE COUNCILS

Jocleber Rocha Vasconcelos

ABSTRACT

The work aims to describe and analyze how the decisions of the escabinado system in the first instance of the Military Justice of the Union are deliberated and constructed. This system is represented by the Military Justice Councils, composed of a professional civil judge and four military judges laypeople in law, drawn according to the law, to prosecute and trial military crimes. The paradoxical issue is that deliberations and votes are held in public sessions, by setting out the reasons for deciding. The votes of lay judges have the same weight and extent as the votes of the professional civil judge, address any matter discussed in the case, be it interlocutory or final decision, strictly procedural, factual or legal, including the application of the penalty. Such characteristics make this system peculiar, imposing a reconfiguration of the paradigm of evaluating the “fairness of decisions” to verify “decision-making controllability” and its legitimacy before the legal system. The study is based on theories aimed at the “endoprocessual” and “exoprocessual” control of judicial decisions through justification models. The Toulmin model of argumentation was chosen as a theoretical proposal, to serve as a normative model of justification and as a tool for evaluating the arguments already produced in the deliberative practice of military escabinado. Empirical research methodology was adopted, with an inductive approach. By the method of a single case study, a sentence was selected in the universe of judgments in which the professional civil judge has been voted unsuccessful, to identify the extent to which an oral vote made by a lay judge, and which would become a winning vote, would be covered by formal and substantial conditions to support a legally controllable final decision. After reconstructing the arguments of the votes and the sentence in the structural layout of Toulmin's arguments, the correlation of the sentence with the oral votes was analyzed, the quality of the justification of the votes and the sentence, the characteristics of the deliberation in the plenary and the verification of its influence in the construction of the written justification in the sentence. The following conclusions were reached on the construction of decision-making motivation: it represents an unsystematic deliberative process, without a discussion and voting script; it has ample discretion, without setting duties and argumentative limits on voters; it has a low degree of intersubjective control; and it has the potential to form “arbitration zones”, in cases where the professional civil judge votes overdue. Possible causes are the insufficiency of norms about the deliberative model in positive law and the lack of previous mechanisms of intersubjective control. It is estimated that the research result may contribute to: advancing the theory of judicial decision; the expansion of legal, social and political controls over decisions in the first instance of Military Justice; and the improvement of the argumentative pattern of the escabinado. At the end, there was a need to reconfigure the practices and legislation related to the deliberation process, in addition to new studies for an institutional redesign, as well as the feasibility of using the Toulmin's layout as a model for the decision-making of the military escabinado, in conjunction with decision scripts.

KEYWORDS: Legal arguments. Lay judges. Deliberation and reasoned judgments. Military escabinado. Toulmin's model.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Modelo de roteiro de justificação por capítulos de sentença	109
Quadro 2 - Quadro explicativo do Layout Toulmin	124
Quadro 3 - Modelo de Quadro para reconstrução de decisão no Layout Toulmin	156
Quadro 4 - Marcação dos trechos do áudio com divisão de tempo	166
Quadro 5 - Decomposição da sentença no capítulo da materialidade e autoria	170
Quadro 6 - Decomposição da sentença no capítulo da tipicidade objetiva: análise da adequação típica	171
Quadro 7 - Decomposição da sentença no capítulo da tipicidade objetiva: análise da tese defensiva de excludente de tipicidade em relação ao primeiro fato	172
Quadro 8 - Decomposição da sentença no capítulo da tipicidade objetiva: análise da tese defensiva de excludente de tipicidade em relação ao segundo fato	173
Quadro 9 - Decomposição da sentença no capítulo da tipicidade objetiva: análise da tese defensiva em relação à ausência de prejuízo	174
Quadro 10 - Decomposição da sentença no capítulo da tipicidade subjetiva.....	174
Quadro 11 - Decomposição da sentença no capítulo da culpabilidade: análise da tese defensiva de excludente de culpabilidade pelo estado de necessidade exculpante	175
Quadro 12 - Decomposição da sentença no capítulo das circunstâncias atenuantes.....	175
Quadro 13 - Decomposição da sentença: análise da tese defensiva de desnecessidade de aplicação do direito penal	176
Quadro 14 - Decomposição da sentença: análise da tese defensiva de aplicação dos institutos da lei 9.099/95 e conversão em pena restritiva de direitos.....	177
Quadro 15 - Decomposição da cadeia de argumentos do voto oral vencedor: segunda juíza militar (JM2).....	178
Quadro 16 - Decomposição da cadeia de argumentos do voto oral aderente ao vencedor: terceira juíza militar (JM3).....	179
Quadro 17 - Decomposição da cadeia de argumentos do voto oral aderente ao vencedor: quarta juíza militar (JM4).....	180
Quadro 18 - Decomposição do voto oral vencedor no capítulo da materialidade e autoria...	181
Quadro 19 - Decomposição do voto oral vencedor no capítulo da tipicidade objetiva.....	181
Quadro 20 - Decomposição do voto oral vencido no capítulo da tipicidade objetiva: análise da tese defensiva de excludente de tipicidade em relação ao segundo fato	182

Quadro 21 - Decomposição do voto vencido no capítulo da tipicidade subjetiva e na análise da tese defensiva de excludente de tipicidade por ausência de dolo	183
Quadro 22 – Decomposição da cadeia de argumentos do voto oral aderente ao vencido: primeira juíza militar (JM1)	184
Quadro 23 - Voto vencedor no Layout Toulmin: capítulo da materialidade e autoria.....	185
Quadro 24 - Sentença no Layout Toulmin: capítulo da materialidade e autoria.....	186
Quadro 25 - Sentença no Layout Toulmin: análise da adequação típica no capítulo da tipicidade objetiva.....	189
Quadro 26 - Sentença no Layout Toulmin: justificação de premissa na análise da adequação típica	190
Quadro 27 - Voto vencedor no Layout Toulmin: justificação de premissa na análise da adequação típica	191
Quadro 28 - Tese defensiva no Layout Toulmin: argumento de excludente de tipicidade (primeiro fato).....	194
Quadro 29 - Sentença no Layout Toulmin: refutação de tese defensiva de excludente de tipicidade (primeiro fato).....	195
Quadro 30 - Tese defensiva no Layout Toulmin: argumento de excludente de tipicidade (segundo fato)	199
Quadro 31 - Tese defensiva no Layout Toulmin: justificação de premissa em argumento de excludente de tipicidade (segundo fato)	200
Quadro 32 - Sentença no Layout Toulmin: refutação provisória de tese defensiva de excludente de tipicidade (segundo fato)	201
Quadro 33 - Sentença no Layout Toulmin: refutação de tese defensiva de excludente de tipicidade (segundo fato)	201
Quadro 34 – Sentença no Layout Toulmin: refutação provisória de tese defensiva de excludente de tipicidade por ausência de prejuízo	203
Quadro 35 - Sentença no Layout Toulmin: refutação de tese defensiva de excludente de tipicidade por ausência de prejuízo	203
Quadro 36 - Voto vencedor no Layout Toulmin: refutação de tese defensiva de excludente de tipicidade por ausência de prejuízo	204
Quadro 37 - Sentença no Layout Toulmin: capítulo da tipicidade subjetiva (dolo).....	206
Quadro 38 - Sentença no Layout Toulmin: refutação de tese defensiva de excludente de culpabilidade por estado de necessidade exculpante	211

Quadro 39 - Sentença no Layout Toulmin: justificação de premissa na refutação de tese de necessidade exculpante.....	211
Quadro 40 - Sentença no Layout Toulmin: capítulo de circunstâncias atenuantes	213
Quadro 41 - Sentença no Layout Toulmin: refutação de tese defensiva sobre desnecessidade de aplicação do direito penal	216
Quadro 42 - Sentença no Layout Toulmin: refutação de tese defensiva sobre aplicação dos institutos da lei 9.099/95 e conversão em pena restritiva de direitos	218
Quadro 43 - Sentença no Layout Toulmin: cadeia de argumentos.....	220
Quadro 44 - Correlação entre os votos orais e a sentença	223

LISTA DE ABREVIATURAS

CJM	Circunscrição Judiciária Militar
CPC	Código de Processo Civil
CP	Código Penal
CPM	Código Penal Militar
CPP	Código de Processo Penal
CPPM	Código de Processo Penal Militar
CSMJ	Conselho Supremo Militar e de Justiça
Doc	Documento
DTCEA	Destacamento de Controle do Espaço Aéreo
fls	Folhas
JF	Juiz(a) Federal
JM	Juiz(a) Militar
JMU	Justiça Militar da União
LOJMU	Lei de Organização da Justiça Militar da União
OM	Organização Militar
OMS	Organização Mundial da Saúde
SO	Suboficial
STM	Superior Tribunal Militar

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 O SISTEMA DELIBERATIVO E DECISÓRIO DO ESCABINADO MILITAR NO CONTEXTO DO DIREITO BRASILEIRO: UM PROBLEMA NÃO EVIDENTE	27
2.1 A participação de leigos na tomada de decisões penais e o advento dos tribunais populares.....	28
2.2 As peculiaridades da composição escabinada na Justiça Militar no Brasil: a difícil translação da administração para a jurisdição	32
2.3 A Justiça Militar na atualidade e o funcionamento dos Conselhos de Justiça Militar ...	37
2.4 Os sistemas de valoração de provas e a formação do livre convencimento motivado em um tribunal leigo.....	45
2.5 O dever de motivação nos Conselhos de Justiça Militar em face de uma crença velada sobre a decisão pela íntima convicção.....	47
2.6 Lacunas e incongruências do sistema deliberativo e do processo decisório vigente.....	52
2.6.1 A não recepção constitucional de uma sessão secreta.....	55
2.6.2 A oralidade das sessões e a forma dos votos: um paradoxo com o processo escrito	56
2.6.3 A estrita deliberação (discussão) e a decisão por colegialidade	58
2.6.4 A lacuna normativa sobre a estrutura dos votos orais	61
2.6.5 O problema da dispersão de fundamentos e o critério do voto médio	66
2.6.6 A redação de votos e decisões à luz do § 2º do art. 438 do CPPM	67
2.6.7 A tese da “justiça intrínseca das decisões escabinadas” como base de um problema de pesquisa.....	71
3 O CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL POR MODELOS NORMATIVOS DE JUSTIFICAÇÃO	77
3.1 O processo de Constitucionalização do Direito e a evolução do dever de fundamentação judicial	77
3.2 Critérios de controle da função jurisdicional: desenhos institucionais e modelos de justificação.....	80
3.3 Modelos de justificação: entre a descrição e a normatividade	82
3.4 A identificação de zonas de arbítrio nas instâncias decisórias	85
3.5 Funções da motivação das decisões judiciais: endoprocessual e exoprocessual.....	87
3.6 Contexto da descoberta <i>versus</i> contexto da justificação	89
3.7 Raciocínio jurídico <i>versus</i> raciocínio leigo	91
3.8 Teorias da argumentação jurídica e a racionalidade judicial.....	92
3.9 As normas constitucionais e legais como bases para um modelo de justificação das decisões penais militares	95
3.10 As teorias da argumentação jurídica como bases para um modelo de justificação das decisões judiciais	99
3.11 A suficiência da fundamentação jurídica em matéria penal	102
3.12 Capítulos da sentença como técnica de organização argumentativa	107
4 O LAYOUT TOULMIN COMO MODELO NORMATIVO DE JUSTIFICAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL.....	112
4.1 A lógica informal de Stephen Toulmin	112
4.2 O layout básico de análise de argumentos	116
4.3 A força dos argumentos no layout geral.....	121
4.4 Aplicação geral dos argumentos não dedutivos e suas características essenciais	125
4.5 O modelo Toulmin na argumentação jurídica: críticas, limites e possibilidades	130

5 METODOLOGIA: ESTUDO DE CASO DOS JULGAMENTOS DO ESCABINADO MILITAR	137
5.1 A pesquisa empírica em direito: a busca de legitimidade científica.....	137
5.2 A abordagem qualitativa pelo método de estudo de caso.....	140
5.3 A operacionalização do estudo de caso	142
5.4 As camadas de estudo: o caso, o contexto e as unidade de análise	143
5.5 O caso único: amostra de acontecimento jurídico	147
5.6 O protocolo, a seleção e a coleta dos casos analisados	148
5.6.1 Pesquisador <i>versus</i> profissional: a elisão do viés metodológico	148
5.6.2 O protocolo para a seleção e coleta	150
5.7 O procedimento de decomposição dos capítulos de sentença e dos argumentos	153
5.8 O procedimento de análise comparativa das motivações na sentença e nos votos orais	156
6 ANÁLISE DOS DADOS E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS	159
6.1 O procedimento de análise e discussão	159
6.2. Descrição, mapeamento do caso e decomposição dos argumentos.....	161
6.2.1 Observações iniciais	162
6.2.2 Descrição do caso	163
6.2.3 Marcação do áudio com divisão de tempo	166
6.2.4 Degravação do conteúdo do áudio: sessão de julgamento	167
6.2.5 Decomposição dos capítulos de sentença e dos argumentos	170
6.2.5.1 Decomposição da sentença.....	170
6.2.5.2 Decomposição dos votos orais	178
a. Voto vencedor e aderentes	178
b. Voto vencido e aderente	182
6.3 Análise comparativa das motivações na sentença e nos votos orais	185
6.3.1 Materialidade e autoria	185
6.3.2 Tipicidade objetiva: Adequação típica	188
6.3.3 Tese defensiva: excludente de tipicidade (primeiro fato).....	192
6.3.4 Tese defensiva: excludente de tipicidade (segundo fato)	199
6.3.5 Tese defensiva: excludente de tipicidade por ausência de prejuízo	202
6.3.6 Tipicidade subjetiva: dolo	205
6.3.7 Tese defensiva: excludente de tipicidade por ausência de dolo	208
6.3.8 Tese defensiva: excludente de culpabilidade pelo estado de necessidade exculpante	210
6.3.9 Circunstâncias atenuantes.....	213
6.3.10 Tese defensiva: desnecessidade de aplicação do direito penal.....	216
6.3.11 Tese defensiva: aplicação dos institutos da lei 9.099/95 e conversão em pena restritiva de direitos	217
6.3.12 Dosimetria e consectários da pena.....	220
6.3.13 Cadeia de argumentos da sentença	220
6.4 Correlação entre os votos orais e a sentença escrita: triangulação dos dados	222
6.5 Análise da prática deliberativa	226
6.5.1 Publicidade do julgamento	227
6.5.2 Relatório oral	228
6.5.3 Registros dos votos orais	229
6.5.4 Discussão	230
6.5.5 Retirada de dúvidas	231
6.5.6 Votação	232
6.6 Interpretação conjugada dos resultados e limitações da pesquisa	234

6.6.1 A publicidade e os registros dos atos processuais como instrumentos de controle	235
6.6.2 A carência de um relatório prévio ao julgamento e os impactos na decisão	237
6.6.3 A utilidade da discussão na conformação da decisão colegiada	238
6.6.4 A importância da retirada de dúvidas e a sua amplitude no sistema escabinado. .	242
6.6.5 A instituição indevida da votação <i>per relationem</i> no julgamento colegiado	244
6.6.6 A ausência de roteiros de decisão e a produção assistemática dos votos	248
6.6.7 A ausência de uma célula argumentativa e o risco da motivação insuficiente: o Layout Toulmin supriria a demanda?	249
6.6.8 Redação da sentença mediante compensação de argumentos jurídicos	252
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	254
REFERÊNCIAS	267

1 INTRODUÇÃO

Quem já assistiu a um julgamento da primeira instância da Justiça Militar deve ter percebido que além de um juiz civil togado, quatro militares se fazem presentes no órgão judicial. Ao final da sessão, os militares proferem votos públicos em igualdade de condições com o magistrado, no sentido de absolver ou de condenar o réu, também militar, aplicando-lhe as penas cabíveis. Se esse mesmo espectador já tiver assistido a um julgamento do Tribunal do Júri, será inevitável fazer algumas comparações. A principal razão não será distintiva, pela diversa condição de “militar” e de “civil” dos votantes, mas será uma razão comparativa, pela condição de “não juristas” integrando um órgão do Poder Judiciário.

O primeiro arroubo de pensamento explicativo, decorrente da experiência comum, pode ser no sentido de que um leigo produz juízos de fato e de valor no seu cotidiano, além de estar submetido às mesmas regras que o levariam a votar pela condenação ou pela absolvição, tornando-o um “jugador em potencial”. Porém, muitas dúvidas e perplexidades podem se apresentar diante do aprofundamento do tema da participação de leigos na tomada de decisões judiciais em um Estado Democrático de Direito.

Se o referido espectador iniciar um estudo jurídico, tentando aplicar a sua observação ao universo teórico, se deparará com questões difundidas nos estudos de Teoria do Direito, da argumentação, de filosofia do direito, dentre outras. Mesmo sem abrir um único “código” ou “lei”, ele seria capaz de formular as seguintes indagações: os juízos de fato e os juízos de valor da vida comum são igualmente produzidos no âmbito institucionalizado do direito? A violação de uma norma penal implica na violação de uma norma moral, e vice-versa? Em que sentido a responsabilidade jurídica difere da responsabilização ética? Pessoas do povo são capazes de justificar adequadamente as razões do seu convencimento, de modo racional, se forem questionadas a respeito? Como é possível compreender a racionalidade de uma decisão jurídica? Quando a decisão passa a ser arbitrária e não racional? *etc.*

As indagações não permaneceriam em um nível estritamente teórico, incursionando-se em elementos práticos, que podem ser traduzidos na sequência seguinte. Se é certo que um leigo produz juízos de fato e de valor no seu cotidiano, indaga-se como se dá essa produção ao ser confrontado com regras institucionais de aplicação de normas jurídicas. Tenciona-se identificar quais problemas enfrenta o leigo para se submeter tanto ao raciocínio de fato, em face de regras sobre provas, ônus, exclusões e presunções, quanto na interpretação e aplicação do direito, com toda a complexidade que lhe é inerente. Indaga-se, também, como se qualifica

a argumentação jurídica a ser exposta na motivação decisória, e como os juízes togados que presidem ou dirigem os trabalhos deliberativos conseguem interagir e congregar as realidades institucionais em choque. Por fim, busca-se aquilatar quais as possibilidades de controle intersubjetivo das referidas decisões, que não seguem os padrões convencionais de motivação dos demais órgãos judiciais, notadamente em formação colegiada.

Após essa breve reflexão ilustrativa, a qual poderia advir de qualquer iniciante do estudo do tema, pode-se consignar que a organização judiciária da Justiça Militar é o principal esteio das inúmeras controvérsias políticas e jurídicas acerca do papel desse ramo especializado do Poder Judiciário Brasileiro. Porém, seu desenho institucional peculiar não tem despertado um interesse acadêmico, de modo a contribuir para perpetuar crenças equivocadas¹ e interpretações dissonantes com a evolução da Teoria do Direito, alimentadas pela baixa produção científica e doutrinária, em especial as que poderiam se basear no pensamento crítico.

Em regra, os órgãos da Justiça Militar são formados pela combinação de juízes civis técnicos da área jurídica e juízes leigos em direito, sorteados das forças militares², sendo denominados escabinados ou escabinatos. Sua conformação histórica é a mesma dos tribunais de origem popular, destinados a um julgamento mais legítimo, formados pelos próprios pares da sociedade, homens que convivem e compartilham dos mesmos valores e problemas, em um determinado agrupamento social, cujo exemplo mais conhecido no Brasil é o Tribunal do Júri.

O julgamento pelos próprios pares é uma condição de aplicação dos ditames da “Justiça”, porquanto se vincula a um julgamento moral, cujas regras de convivência se encontram internalizadas culturalmente nas diversas sociedades. Algumas regras proibitivas morais de maior relevância foram criminalizadas e passaram a compor o campo do direito penal, como por exemplo: “não matar” e “não roubar”, o que tem justificado a criação de tribunais populares nas diversas sociedades.

¹ Um exemplo bastante comum e distorcido é a ideia de corporativismo da Justiça Militar acerca dos seus julgamentos. Tais crenças são reforçadas justamente pela falta de estudos concretos ou pela anomia legislativa em alguns pontos, que se descuida de atualizar os institutos da Justiça Militar.

² Essa composição mista ocorre essencialmente na primeira instância das Justiças Militares Estaduais (JME) e Justiça Militar da União (JMU). Nesta, o Superior Tribunal Militar corresponde a um tribunal de apelação e também é composto na forma mista entre civis e militares. Nos Estados em que existe um Tribunal de Justiça Militar, também há uma composição mista entre civis e militares. Nos demais Estados, os recursos das ações penais militares seguem para o próprio Tribunal de Justiça. A grande diferença é que nas segundas instâncias da Justiça Militar os militares são nomeados de forma vitalícia, ingressando nos quadros da Magistratura, estadual ou federal, com todos os direitos, deveres e prerrogativas constitucionais. Na primeira instância, os militares que compõem os Conselhos de Justiça são sorteados para atuação nos processos de forma temporária, e exercem paralelamente suas atividades na caserna. Maiores detalhamentos serão feitos no capítulo 2.

Ocorre que essa longa tradição dos povos enfrenta questionamentos evolutivos das ciências jurídicas e sociais, brevemente sintetizados nos três pontos seguintes. Nem todas as normas jurídicas são derivadas de normas morais. O raciocínio jurídico tem limites não encontrados no raciocínio puramente moral, porquanto baseado em regras institucionais de aplicação de normas jurídicas. Com a evolução do direito, a exposição das razões de decidir se tornou o núcleo da atividade judicial, que deixou de se submeter a um mero controle processual, passando a prestar contas à sociedade por meio de um controle político.

Aqui reside um problema invisível, mas que será enfaticamente exposto na pesquisa. A base comum da formação leiga do escabinado militar conduziu a equívocos conceituais, dogmáticos e, principalmente, de aplicação do direito em sua vertente argumentativa, notadamente por se fazer uma comparação linear com o Tribunal do Júri.

A pesquisa parte da observação empírica e questiona preliminarmente uma tese ou corrente de pensamento, raramente discutida em profundidade mínima, a qual advoga ser meritório o formato decisório adotado nos Conselhos de Justiça. Aduz que a experiência dos quatro juízes militares, em alinhamento ao conhecimento técnico do juiz togado, proporcionaria decisões penais justas, de *per se*, sem considerar o contexto e a forma em que as decisões são construídas. Presume-se uma “justiça intrínseca” das decisões do escabinado, com forte ancoragem na experiência dos militares. Esse é o paradigma que motivou as indagações do estudo.³

Apesar do liame na composição por leigos, o desenho institucional dos Conselhos de Justiça, na primeira instância da Justiça Militar da União, que é o objeto de estudo⁴, difere frontalmente do modelo tradicional dos Conselhos de Sentença do Tribunal do Júri. Aqueles são escabinados compostos por um juiz profissional togado e quatro juízes militares leigos em direito, sorteados nos termos da lei, cujas deliberações e votos são realizados em sessões públicas, mediante a exposição das razões de decidir, ressaltando-se que os votos dos juízes leigos têm o mesmo peso e extensão dos votos do juiz togado. A questão paradoxal desse nivelamento é que os votos dos juízes militares, mesmo sendo leigos, se dirigem a qualquer matéria discutida no feito, seja decisão interlocutória ou final, de cunho estritamente processual, de fato ou de direito, incluindo a aplicação da pena, no âmbito dos crimes militares. Por outro lado, não há previsão de controle técnico ou normas diretivas sobre o

³ Cf. a subseção 2.6.7, no capítulo 2.

⁴ A Justiça Militar nos Estados não será objeto de estudo, considerando que suas competências previstas no Art. 125, § 4º e §5º da Constituição Federal de 1988 não são totalmente coincidentes com as da Justiça Militar da União, embora adotem como base a aplicação da lei penal e processual penal militar. A respeito, Cf. seção 2.1 do capítulo 2.

conteúdo dos referidos votos, como a formulação de quesitos ou roteiros de decisão. Por fim, o juiz togado é redator das decisões e sentenças, ainda quando seu voto é vencido.

De forma muito mais restritiva, o Tribunal do Júri funciona na Justiça comum, federal e estadual, somente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.⁵ É constituído por um Juiz-Presidente, magistrado togado, e por um Conselho de Sentença, formado por 7 (sete) pessoas leigas em direito, sorteadas nos termos da lei, para atuação exclusiva naquele julgamento. Os jurados tratam essencialmente da matéria de fato, votando os quesitos formulados pelo Juiz togado que, além de presidir a sessão de instrução e julgamento, irá aplicar a pena e redigir a sentença, sem emitir voto sobre o mérito da causa. Os jurados dispõem da máxima liberdade para votar, em total conformidade com suas consciências, sem necessidade de justificar os votos, que são respondidos de forma sigilosa.

Nota-se claramente que são modelos com opções políticas muito distintas e consequências práticas muito díspares, apesar de ter como base comum a composição por leigos em direito. Esse ponto comum, por um lado, induz a realizar interpretações equivocadas, e por outro, permite o retorno à reflexão inicial sobre o raciocínio do leigo na aplicação de normas jurídicas, a fim de que se possa delimitar as bases e critérios do presente estudo.

Superado esse breve esboço comparativo do escabinado militar, como espécie de tribunal popular, já se percebe que há uma questão paradoxal a ser resolvida, que gira em torno do conflito entre o ideal democrático de participação popular na administração da justiça, por meio de um órgão judicial composto por pessoas do povo – ainda que de um segmento específico da sociedade (o segmento militar) - e o risco de provimentos judiciais arbitrários, quando a decisão prolatada não se revestir de uma adequada fundamentação jurídica.

Uma vez que o modelo do referido colegiado misto tenciona a uma maior justiça das decisões e requer uma aplicação dos conhecimentos empíricos para a apreciação das questões de fato e de direito, levando-se em conta a experiência dos militares sobre os assuntos submetidos ao seu juízo decisório, a primeira indagação que surge é saber se a ausência do “saber jurídico”, da “experiência judicante”, e de outras características e garantias inerentes à magistratura nacional, poderá pôr em risco a legitimidade do sistema, mormente nas hipóteses

⁵ Os crimes dolosos contra a vida estão previstos nos artigos 121 a 126 do Código Penal, quais sejam: homicídio; induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, infanticídio; aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento e o aborto provocado sem o consentimento da gestante.

em que prevaleça o voto vencedor dos juízes leigos para definir o resultado do julgamento, sem a mediação do juiz togado.

Analisar a motivação da sentença escrita nos casos em que o voto do juiz togado for vencido, permite correlacioná-la com o raciocínio dos juízes leigos externado nos votos orais. Detecta-se a capacidade do sistema em promover uma deliberação consistente, com efetiva interação entre seus membros, para troca de experiências e construção dialogada de uma decisão judicial. Por outros termos, busca-se a compreensão se, de fato, o sistema prevê mecanismos de formação decisória em um processo deliberativo efetivamente controlável. Eis a linha de início da problemática, que se contrapõe àquele ideal de uma “justiça intrínseca” das decisões, ancorada na experiência dos quatro militares e na simples existência de um juiz técnico compondo o escabinado.

Nesse posicionamento tradicional de “justiça intrínseca”, leva-se em conta aquele velho princípio democrático de julgamento pelos próprios pares e a pressuposição de que as peculiaridades da vida militar são melhor compreendidas pelos próprios militares. Essas premissas são verdadeiras, mas não refletem necessariamente a conclusão do argumento, que inclui a presunção de justiça como inerente ao julgamento.

A mais complexa situação reside nos efeitos da adoção dessa tese. Remanescem toleradas decisões pouco fundamentadas, tendo como justificativa a impossibilidade de não juristas (leigos) dizerem o direito de forma técnica e a existência de um sistema legal que supostamente seria capaz de suprir as inconsistências e de absorver os custos desse encargo processual de motivação. Em termos práticos: libera-se implicitamente o juiz militar do dever de motivar adequadamente e da responsabilidade de se aprofundar na matéria do julgamento; deposita-se o ônus técnico no juiz togado, mesmo quando ele não contribui para o voto vencedor, conferindo-lhe o dever de redigir as decisões; por fim, deixa-se de se certificar se o sistema legal realmente dispõe de mecanismos que permitem promover esse pretense equilíbrio.

Ao início das investigações, observou-se a inexistência de parâmetros legais ou jurisprudenciais bem definidos, capazes de promover a extração lógica de um modelo deliberativo e decisório, e de conformar o modo de discutir, de votar e de apurar as questões de fato e de direito decididas pelos juízes membros dos Conselhos de Justiça. As conclusões provisórias foram no sentido de que a referida corrente de pensamento não pode ser acolhida sem objeções, ao custo de perpetuar a imprecisa noção do sentimento difuso de “justiça”,

notadamente de uma pretensa “justiça intrínseca”, que privilegia a fonte da decisão e não a forma pela qual ela foi gestada.

Para saber em que ponto científico o debate se encaixa, a questão nodal de enfrentamento deve ser o confronto entre a amplitude da competência jurisdicional atribuída aos juízes militares para decidir todas as questões de fato e de direito, mesmo sem deter formação jurídica, em face da inexistência de balizamentos específicos para a deliberação dos votos, sob um modelo argumentativo mínimo. Quais são, então, os efeitos desse formato no que pertine ao controle das decisões? Transmuda-se, assim, o paradigma de avaliar a “justiça das decisões” emitidas pelos Conselhos de Justiça Militar, conceito de índole intangível, para verificar a “controlabilidade decisória” e sua legitimidade perante o ordenamento jurídico, parâmetro objetivo e de viável atingimento em sede de investigação acadêmica.

Não basta, portanto, confiar a determinado órgão o poder de decidir determinadas questões, pela simples presunção de que é o mais habilitado, o mais experiente, o mais adequado *etc.* Necessita-se saber como essas decisões são construídas e até que ponto são passíveis de controle efetivo, para confirmar ou não o acerto da concessão de poder e de competências. É desse acerto procedimental que vem a legitimidade das decisões do órgão que recebe tais poderes. Muda-se o foco de confiar no órgão, para confiar no modo de fazer desse órgão, o que representa um legítimo procedimento democrático e não autoritário.

O campo de estudos discutirá teorias que tratam do controle intersubjetivo da argumentação jurídica evidenciada nas fundamentações judiciais, com ênfase no uso de modelos de justificação decisória. Referidos modelos são definidos como um conjunto de regras ou cânones que têm por objetivo formar padrões de justificação aos órgãos decisores, impondo-lhes certos ônus argumentativos, a fim de produzir decisões racionais. A importância recai sobre o modo pelo qual a decisão será justificada e os parâmetros de construção dessa decisão.

Os modelos de justificação se destinam a fornecer um padrão de argumentação jurídica minimamente racional, possibilitando controlar a decisão judicial sob o enfoque interno, limitado ao processo penal, e pelo enfoque externo, que se amplia ao controle político e social da atividade judicante.

A ausência de padrões mínimos de racionalidade abre lacunas para que decisões sejam tomadas sem justificação, caracterizando as denominadas zonas de arbítrio, que são aqueles espaços institucionais “em que as decisões não estão fundadas em um padrão de racionalidade qualquer, ou seja, em que as decisões são tomadas sem fundamentação” (RODRIGUEZ, 2013, p. 57). Por isso, os ônus impostos nesses modelos de justificação

constrangem os juízes para a correta alocação das suas experiências individuais, na interpretação e na aplicação das normas jurídicas, mediante a análise percuciente do caso concreto. Também são capazes de evidenciar deveres argumentativos mínimos para que fundamentem adequadamente as decisões judiciais.

Nessa busca teórica, a pesquisa se deteve na análise do modelo argumentativo de Stephen Toulmin⁶, seja como ferramenta de análise das decisões penais, seja como modelo normativo de justificação, voltado à formação decisória do escabinado militar.

Toulmin analisou a maneira como as argumentações são realizadas na prática social, deslocando o centro das atenções da teoria lógica para a prática lógica. Procurou testar as suas ideias mediante a avaliação de argumentos práticos, como efetivamente formulados nos discursos cotidianos, não se limitando a comparar a lógica com o ideal de um filósofo. Concebeu que a lógica se aproxima muito mais dos procedimentos argumentativos em que as alegações são apresentadas, discutidas e estabelecidas no âmbito das lides judiciais, que do aspecto geométrico idealizado pelos lógicos formais.

Com essa análise, a teoria de Toulmin abandonou a ideia de validade formal dos argumentos dedutivos, baseados no método silogístico aristotélico, e promoveu um rearranjo das premissas de acordo com suas funções operacionais, criando um layout argumentativo capaz de instrumentalizar a pesquisa. Por esse motivo, o modelo Toulmin de argumentação se presta a verificar o nível de exigência argumentativa que seja capaz de orientar e de qualificar os votos das pessoas que não são profissionais da área jurídica, como é a situação dos juízes militares. A simplicidade e a versatilidade tornam o modelo extremamente adequado para aplicação na construção das decisões colegiadas com a estrutura de escabinado, abarcando uma vasta gama de situações argumentativas do cotidiano forense

Observa-se que o enfoque na motivação decisória se destina à redução da discricionariedade judicial e ao afastamento do arbítrio. Por outro lado, leva-se em conta que o “subjetivismo” de qualquer juiz, seja ele togado ou leigo, precisa apenas ser controlado, mas não eliminado, vez que a atividade de aplicação do direito é de criação da norma.⁷ Necessário, portanto, que tanto as partes e os órgãos recursais, quanto a sociedade, conheçam quais fatores morais, políticos, jurídicos, econômicos, sociais, culturais, dentre outros, foram conformados à aplicação do direito, contribuindo para a formação do raciocínio jurídico no caso concreto. A obtenção desse conhecimento significa um efetivo controle decisório, quando possível

⁶ Desenvolvido inicialmente na obra: Os usos do argumento. Cf. Toulmin (2006).

⁷ Adota-se nesta obra a concepção subjetivista do direito. Para maiores detalhamentos, conferir capítulo 3, que trata do controle das decisões judiciais.

identificar se as razões que compõem os argumentos não atenderem aos reclamos da sociedade ou se não foram justificadas segundo os fins da Constituição, de modo a permitir as impugnações processuais ou o controle social.

Importante destacar que as decisões da Justiça Militar não se destinam tão somente a assegurar os bens jurídicos militares e a regularidade das Forças Armadas. Fosse isso, estaria-se diante de um tribunal meramente administrativo, o que já se tem por negado, em face da migração institucional ocorrida com a inserção da Justiça Militar no âmbito do Poder Judiciário desde a Constituição de 1934⁸. Como todo órgão do Poder Judiciário, destina-se à assecuração de direitos e garantias individuais, mediante um processo decisório racional. Por isso, o raciocínio sobre os fatos e o seu enquadramento penal tem total pertinência com o controle social, e não apenas com o controle administrativo feito pelo próprio segmento profissional, como se fosse um cerceio de cunho meramente ético ou moral.

Considerando, portanto, que o aspecto leigo da maioria dos componentes do escabinado militar não é um motivo idôneo para suplantar a necessidade de formatação adequada de um modelo de justificação das decisões judiciais, as normas processuais do sistema deliberativo precisam ser confrontadas com a práxis judiciária, por meio da seguinte problematização de pesquisa, formulada de modo bipartido: Como o escabinado militar constrói a motivação das suas decisões no processo de deliberação? Por que a deliberação ocorre da forma descrita?

Tomando-se por base a noção de fundamentação das decisões judiciais como uma das mais importantes conquistas teóricas do direito ocidental no pós-guerra⁹, além de considerar que a Justiça Militar ingressou no Poder Judiciária há mais de oitenta e cinco anos, fixa-se o objetivo geral de descrever e de analisar a forma como são deliberadas e construídas as decisões no âmbito do sistema escabinado militar.

O atingimento dos resultados da pesquisa deve ser feito com base nos seguintes objetivos específicos: descrever o modo peculiar do desenho institucional do escabinado militar, verificando as prescrições normativas sobre a tomada de decisões jurídicas (deliberação, votação individual e conclusão do processo decisório); averiguar os deveres e limites argumentativos impostos aos membros do Conselho de Justiça; descrever os modelos de justificação e suas funções no controle das decisões judiciais; verificar a aplicabilidade experimental do Layout Toulmin de argumentação como modelo de justificação e como

⁸ A Constituição de 1934 incluiu a Justiça Militar Federal no Poder Judiciário, excluindo a competência administrativa, e lhe dotou de competência meramente penal. Sobre o tema, Cf. a seção 2.2, do capítulo 2.

⁹ Cf. a seção 3.1 do capítulo 3.

ferramenta de análise nas decisões penais; discutir os eventuais gargalos do sistema deliberativo do escabinado que impedem o controle intersubjetivo.

Por se tratar de pesquisa empírica de cunho indutivo e de caráter exploratório, não há uma hipótese de pesquisa, mas apenas proposições de estudo. A proposição inicial considerou que as lacunas do sistema deliberativo e decisório previsto no direito positivo são capazes de abrigar “zonas de arbítrio”, ou seja, motivações com decisões meramente simbólicas, em que há uma falsa justificação, não pela mera intencionalidade dos votantes, mas por fatores que a pesquisa tenciona identificar.

A compreensão desses fenômenos será investigada por questões de estudo. Há que se verificar, portanto, se a discussão promovida na deliberação e o tipo de argumentação desenvolvida na decisão se deram em conformidade com o ordenamento jurídico e não ficaram restritos apenas ao campo do subjetivismo do julgador. Isso significa que todas as “experiências” que compõem o julgamento devem ser racionalmente expostas para o controle intersubjetivo, a fim de se verificar se estão adequadas à sua amplitude e ao modelo de competências instituídos pela Constituição. Inicialmente, deve-se indagar: Como se configura o desenho institucional do escabinado militar, no tocante às prescrições normativas sobre a tomada de decisões jurídicas: deliberação, votação individual e redação do processo decisório?

Levando-se em conta as respostas obtidas, se torna necessário compreender as relações funcionais entre os membros do Conselho de Justiça, em especial acerca da eventual submissão a deveres ou procedimentos que lhes direcione a algum tipo de motivação. Surge a seguinte questão de estudo: Qual a amplitude dos deveres e limites argumentativos impostos aos membros do Conselhos de Justiça?

Com base nas teorias de suporte, e com vistas a identificar eventuais zonas de arbítrio, indagar-se-á: Quais as funções dos modelos de justificação no controle das decisões judiciais? Em que medida o Layout Toulmin de argumentação pode ser aplicado como ferramenta de análise das decisões penais e como modelo de justificação no âmbito do escabinado?

Completando a análise, torna-se necessário aprofundar o conhecimento em elementos que excedem a mera construção da motivação. Para além de deveres e limites argumentativos na motivação, deve-se considerar as circunstâncias gerais que envolvem o ritual de integração entre os membros do colegiado, constituídas pela prática deliberativa. Anomia legal, desajustes e descompassos são fatores que impactarão na construção da decisão

do colegiado. O último ponto do estudo, portanto, deve questionar: Quais são os eventuais gargalos do sistema deliberativo do escabinado que impedem o controle intersubjetivo?

O percurso metodológico para obtenção das respostas se baseará no estudo de um caso particular para uma teorização e generalização posterior, revelando o método indutivo, que se torna o mais adequado para a investigação em curso. Essa abordagem do problema demanda uma investigação empírica. As conclusões advirão de observações da prática deliberativa, discursiva e argumentativa, levando em conta a realidade subjacente às prescrições jurídicas. Em vez de buscar respostas apenas nos níveis dogmático e filosófico, serão analisadas situações reais em que juízes leigos e togados proferem decisões nas Justiça Militar da União, com suas possibilidades, limitações e tensões. Considerando que a empiria é um meio de auxílio ao pesquisador para compreensão da realidade, a abordagem qualitativa servirá como um instrumento adequado de recorte social e de possibilidade de estudo dos fenômenos que cercam a ciência do direito.

Se uma norma é dúbia, falha ou lacunosa, terá impactos na realidade prática. Assim, a verificação empírica parte da constatação de defeitos, que é extraída da análise da legislação. A crítica ao direito positivo será apenas o fundamento do problema que, além da pesquisa bibliográfica e da análise jurisprudencial, será solvido pelo estudo e observação da práxis judiciária. Tem a pesquisa, ainda, abordagem exploratória, por não haver trabalhos acadêmicos anteriores registrados na literatura nacional, cujo enfoque seja a análise da deliberação e da motivação dos julgamentos do escabinado militar.

Para solver as indagações em uma abordagem qualitativa, este trabalho elegeu o método de estudo de caso (YIN, 2001, p. 24). Os benefícios para esse tipo de empreendimento argumentativo são evidentes, considerando possuir alguns requisitos, dentre os quais: permitir a aproximação entre a teoria e o plano da prática jurídica; distinguir precisamente entre o campo normativo e o campo da práxis judicial; viabilizar o aprofundamento de reflexões sobre questões jurídicas ligadas às teorias da argumentação, com base em situações concretas; e viabilizar descobertas somente verificáveis por meio de estudo de caso concreto, que seriam impossíveis de vislumbre no âmbito meramente teórico.

O contexto do estudo de caso comportou a seleção e coleta de uma única sentença em que o juiz togado tenha sido voto vencido, porquanto lhe incumbe a redação do decisório em qualquer situação. Essa opção tencionou identificar até que ponto um voto oral proferido por um juiz leigo, que se constituísse como voto vencedor, estaria revestido das condições formais e substanciais para embasar adequadamente a redação da sentença pelo juiz togado, permitindo os controles endoprocessual e exoprocessual.

O tema em estudo tem relevância crucial. Além de não haver estudos acadêmicos exploratórios do sistema deliberativo e decisório do escabinado militar, não há abordagem similar que se utiliza do modelo Toulmin de argumentação. Para além da utilidade acadêmica, as conclusões da pesquisa empírica sobre o padrão argumentativo dos escabinados poderão auxiliar na manutenção ou reformulação do modelo legislativo destinado às competências, bem como ao processo deliberativo e decisório, de modo a ajustá-los a padrões possíveis e cientificamente testados. Afinal, não basta simplesmente a lei fixar determinadas instituições e regras jurídicas para que a realidade do mundo e as relações sociais se encaixem perfeitamente no modelo jurídico. Esse modelo precisa estar em alinhamento ao que o campo e a realidade oferecem.

Em termos práticos, dirige-se o estudo no sentido de avanço no controle social e político das decisões judiciais, em tempos de aplicação de princípios constitucionais de tessitura aberta, coibindo o ativismo judicial e reduzindo o risco de arbitrariedade no uso dos poderes jurisdicionais. A temática cresce de importância no caso da Justiça Militar, em que o sistema processual é específico e diferenciado, com acentuada carência de estudos científicos. Os resultados práticos permitirão a elevação do controle do padrão das decisões proferidas nos Conselhos de Justiça em toda a Justiça Militar Federal.¹⁰

Há outra utilidade concreta, que advém da propositura de um modelo argumentativo que pode ser aplicado na prática. Os juízes militares leigos sorteados para composição temporária dos Conselhos de Justiça disporão de um material indicativo de formulação e construção de argumentos jurídicos, capaz de lastrear suas decisões segundo um modelo fundamentado e isento de vícios. Por meio desse modelo argumentativo, poderão, ainda, comparar argumentos das partes, e capacitá-los a uma melhor análise e fundamentação dos seus próprios votos. Os juízes togados dos Conselhos também poderão se beneficiar, uma vez que disporão de mais ferramentas para as deliberações nas sessões. As partes, Ministério Público, advogados e defensores, terão melhor possibilidade de sindicarem problemas estruturais dos votos e otimizar os mecanismos de impugnação das decisões. Por fim, as instâncias recursais e revisoras terão melhor clareza conceitual para identificar os pontos falhos nas estruturas argumentativas dos julgados em primeira instância, e proferir as reformas e correções pontuais.

¹⁰ Efetuadas as adaptações metodológicas e análises de possibilidades de inferências, os estudos podem ser aproveitados, em alguma medida, às Justiças Militares Estaduais.

Considerando a adoção do método indutivo, o relatório da pesquisa empírica seguirá um padrão diferenciado das pesquisas bibliográficas, de cunho dedutivo. Primeiro, procede-se à problematização das questões de estudo, seguindo-se dos aportes teóricos em capítulos distintos. Somente após a teorização de base e a formulação de uma proposta teórica, proceder-se-á ao estudo de caso propriamente dito, com a discussão dos resultados, encerrando-se com as considerações finais.

A redação da dissertação foi estruturada em sete capítulos, com subdivisões variadas.

Após a apresentação da pesquisa neste primeiro capítulo, o segundo capítulo se destina a uma densa problematização das questões de estudo. Além de apresentar a evolução do desenho institucional do escabinado militar, discorrerá sobre as normas de direito positivo que regulam a tomada de decisões jurídicas (deliberação, votação individual e conclusão do processo decisório, com a redação), fazendo-se breves diferenciações do modelo tradicional do tribunal do júri. Levando em conta o dever de fundamentação, se desenvolve por meio de uma pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, análise da legislação, e pelo método interpretativo, verificando as eventuais incongruências normativas e possibilidades de integração das lacunas, com as regras de exegese, à luz de uma filtragem constitucional. Tenciona-se identificar se o modelo dispõe do mínimo normativo à produção de decisões em bases públicas e com alguma previsibilidade estrutural, compatível com o dever constitucional de fundamentação dos julgados. Pela negativa, são identificados problemas e lacunas, que serão complementados pela análise empírica.

O terceiro capítulo avançará sobre a teoria da justificação das decisões judiciais, enfocando diversos aspectos normativos, formais e argumentativos sobre o dever de motivar. Sintetiza toda a literatura necessária ao embasamento do estudo, cuja tônica se concentra nos modelos de justificação como forma de controle judicial e como meio de detecção de zonas de arbítrio. Além de discutir noções estruturais do raciocínio jurídico, elencará os requisitos para que uma decisão seja adequadamente fundamentada. Versará sobre as teorias da argumentação e o seu papel no âmbito da justificação das decisões judiciais. Concebe-se que a busca por modelos normativos de justificação será capaz de instrumentalizar a análise e a avaliação dos argumentos jurídicos.

O quarto capítulo se constitui em uma proposta teórica, que apresenta a teoria argumentativa de Toulmin como modelo normativo de justificação judicial. Além de situar os aspectos da lógica informal, discute a aplicação geral dos argumentos não dedutivos e suas características essenciais. Demonstra como é estruturado o layout de argumento de Toulmin e

a funcionalidade de seus elementos. Por meio de análise crítica, busca identificar os limites e possibilidades do modelo Toulmin na argumentação jurídica, com a finalidade especial de identificar a sua serventia como ferramenta de análise nas decisões penais e como modelo de justificação para a formação decisória do escabinado militar.

O quinto capítulo explicitará a metodologia da pesquisa empírica e o percurso metodológico desde o seu nascedouro, especificando o método, os critérios de seleção e a coleta dos dados, que se concentram em uma sentença que será objeto do estudo de caso único. A sentença foi selecionada no universo de julgamentos em que o juiz togado tenha sido voto vencido, para identificar até que ponto um voto oral proferido por um juiz leigo, e que viesse a se constituir como voto vencedor, estaria revestido das condições formais e substanciais para embasar uma decisão final juridicamente controlável.

A partir da observação dos dados coletados e em consonância com o embasamento teórico, o sexto capítulo apresentará o detalhamento do procedimento de análise, os resultados e as discussões. Em síntese, o estudo de caso será realizado por meio das seguintes etapas: coleta e seleção do caso; decomposição dos argumentos da sentença escrita e dos votos orais; recomposição no Layout Toulmin; análise da correlação da sentença com os votos; análise das características e da qualidade da justificação dos votos e da sentença; análise das características da deliberação em plenário e verificação da sua influência na construção da justificação escrita da sentença.

O capítulo se encerra com uma interpretação dos dados, para instrumentalizar e responder às questões formuladas no problema da pesquisa, que buscou saber como os votos são construídos e porque a deliberação ocorre de tal maneira. Conjugados os resultados teóricos dos dois capítulos anteriores, analisará a influência do sistema deliberativo e das suas respectivas práticas na construção das motivações das decisões do escabinado militar. Simultaneamente, discutirá os eventuais gargalos do sistema deliberativo do escabinado que impedem o controle intersubjetivo, além de listar as limitações da pesquisa e o surgimento de novas questões de estudo.

O sétimo capítulo apresentará considerações finais, que além de sintetizar as conclusões parciais dos capítulos anteriores, respondem aos problemas da pesquisa e verifica o atingimento dos objetivos propostos.

2 O SISTEMA DELIBERATIVO E DECISÓRIO DO ESCABINADO MILITAR NO CONTEXTO DO DIREITO BRASILEIRO: UM PROBLEMA NÃO EVIDENTE

Este capítulo¹¹ irá introduzir as noções essenciais que configuram a problematização do estudo, envolvendo o sistema deliberativo e decisório do escabinado militar no contexto do direito brasileiro.

Objetiva descrever o modo peculiar do desenho institucional do escabinado militar, verificando as prescrições normativas sobre deliberação, votação individual e conclusão do processo decisório, com a redação da sentença, em uma breve distinção em relação ao modelo tradicional do Tribunal do Júri. Tem por escopo, ainda, averiguar se existe definição de deveres e limites argumentativos impostos aos membros dos Conselhos de Justiça, e qual a sua amplitude no processo deliberativo. Isso permitirá identificar se é possível defluir um modelo de justificação de decisões, a partir da legislação.

Na primeira seção, abordará a participação de leigos na tomada de decisões penais e o advento dos tribunais populares; na seção 2.2, serão destacadas as peculiaridades da composição escabinada na Justiça Militar no Brasil, considerando a translação do sistema administrativo para o jurisdicional; na próxima seção, 2.3, discorrer-se-á sobre a Justiça Militar na atualidade e o funcionamento dos Conselhos de Justiça Militar; na seção 2.4 serão apresentados os sistemas de valoração de provas e a formação do livre convencimento motivado em um tribunal leigo; na seção 2.5, discorre-se sobre o dever de motivação nos Conselhos de Justiça Militar, tecendo-se críticas a uma crença velada sobre a decisão pela

¹¹ Este ponto da investigação foi precedido de uma busca exploratória, que deu origem a um “*paper*” ampliado. A divulgação ocorreu por meio da publicação de um capítulo de livro, que discutiu temas relevantes e modernos no âmbito da Justiça Militar. As conclusões iniciais foram no sentido de que o modelo deliberativo-decisório do sistema escabinado militar em primeira instância, previsto na lei processual, foi recepcionado pela Constituição Federal, em grande parte, e possuía as bases mínimas para a produção de decisões em bases públicas e com alguma previsibilidade estrutural, compatível com o dever constitucional de fundamentação dos julgados. Porém, tratava-se de análise meramente dogmática, de cunho interpretativo, acerca das normas de direito positivo que regem o referido sistema. Ao final dessa pesquisa, com a ampliação do escopo do estudo, e com análises de cunho dogmático, filosófico e argumentativo, percebeu-se que a formatação legal desse modelo decisório é por demais lacônica e capaz de distorcer a prática deliberativa. Ainda que não invalide as conclusões iniciais, surgem novas evidências de que os julgamentos são proferidos sem um lastro de motivação adequado, dada a falta de um modelo normativo de construção de decisões adequadamente fundamentadas. Esse foi o mote para que se firmasse a metodologia da pesquisa empírica, pelo método do estudo de casos, cujos detalhamentos serão abordados no capítulo 5. Por meio de análise empírica será possível averiguar como os juízes do escabinado deliberam e decidem, e os impactos desse sistema deliberativo decisório na conformação prática das decisões. Para conhecimento do capítulo do livro, aproveitado grandemente neste capítulo da pesquisa, conferir: VASCONCELOS, Jocleber Rocha. *O processo decisório nas deliberações dos Conselhos de Justiça Militar: um estudo analítico à luz do dever de motivação das decisões judiciais*. In: Fernando Pêsoa da Silveira Mello. (Org.). *Perspectivas da Justiça Militar contemporânea*. 1ed. Rio de Janeiro - RJ: Lumen Juris, 2018, p. 25-68.

íntima convicção; por fim, na seção 2.6, apresentará lacunas e incongruências do sistema deliberativo e do processo decisório vigente, que serão dissecados nas seguintes subseções: 2.6.1 A não recepção constitucional de uma sessão secreta; 2.6.2 A oralidade das sessões e a forma dos votos: um paradoxo com o processo escrito; 2.6.3 A estrita deliberação (discussão) e a decisão por colegialidade; 2.6.4 A lacuna normativa sobre a estrutura dos votos orais; 2.6.5 O problema da dispersão de fundamentos e o critério do voto médio; 2.6.6 A redação de votos e decisões à luz do § 2º do art. 438 do CPPM; e 2.6.7 A tese da “justiça das decisões escabinadas” como base de um problema de pesquisa.

2.1 A participação de leigos na tomada de decisões penais e o advento dos tribunais populares

A participação popular na administração da justiça é uma realidade constante nas jurisdições mundiais,¹² em decorrência de fatores históricos, políticos, jurídicos, sociais e culturais. No âmbito da jurisdição criminal se pode verificar uma recorrente participação de leigos em direito (não juristas)¹³ atuando em alguns tipos de processos e proferindo decisões.¹⁴

Apesar da existência de diversos formatos para que os leigos participem das decisões estatais, mormente na condição de jurados, os órgãos judiciais em matéria penal têm sido constituídos predominantemente sob duas modelagens básicas. Podem ser constituídos exclusivamente por jurados leigos destinados à formação da culpa e ao julgamento da matéria de fato, quando são denominados de júri puro ou tradicional, ou por uma composição mista de juiz (es) técnico (s) da área jurídica (juízes togados) e de juízes leigos, todos com voz e voto sobre o mérito da causa (questões de fato e de direito), recebendo a denominação de escabinado ou júri misto.

¹² Conferir Hans (2003).

¹³ Importante destacar o significado da expressão “leigo”, para os fins desta pesquisa. Não se está a tratar dos juízes leigos, nos termos do inciso I do artigo 98 da Carta Magna e da Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1995). Nesse caso, são auxiliares da Justiça, recrutados entre advogados com mais de cinco anos de experiência, que não podem exercer a advocacia perante os juizados enquanto permanecerem na função. No caso desta pesquisa, a expressão “leigo” considera as pessoas do povo, sem necessária formação jurídica, que são convocadas temporariamente para exercer atividade judicante como jurado ou juiz temporário.

¹⁴ É mais comum a participação de leigos na administração da Justiça Penal que na Justiça Civil, tanto nos sistemas do *common law* ou do *civil law*. No Brasil, a Emenda Constitucional 24, de 1999, extinguiu a figura do Juiz Classista na Justiça do Trabalho, que era um cidadão leigo, não necessariamente formado em direito, escolhido pelos sindicatos de trabalhadores e de empregadores para um mandato temporário na Justiça do Trabalho. A respeito da participação de leigos na Justiça Civil no âmbito da União Europeia, verificar Mahura (2015).

Pode-se sintetizar, de modo explicativo, que os tribunais de origem popular são gênero, dos quais o Tribunal do Júri e os escabinados são espécies. O “júri puro” ou “clássico” é aquele tribunal em que todos os juízes votantes são tirados do povo (os jurados), sendo o juiz técnico (presidente) dotado apenas de “voz” para controlar a sessão, redigir e comunicar o veredicto. Os jurados tratam essencialmente da matéria de fato, deliberando e decidindo o que lhe é colocado pela condução diretiva do juiz togado. Na maioria dos sistemas, este juiz togado irá aplicar a pena, em decorrência das circunstâncias que foram definidas no julgamento.

Já os escabinados¹⁵ contêm um misto de juízes populares e de técnicos na sua constituição, todos com direito a voto e voz, em todas as matérias, de fato e de direito. A denominação de “escabinado” ou “escabinato”¹⁶ tem origem histórica europeia, derivada da palavra “escabino”, que significava determinados cargos de Magistrados ou Juízes Leigos.

Essas tipologias, no entanto, podem derivar e assumir variadas composições, formas, funções, modos de atuação e limites processuais, como se verifica no estudo comparado do direito estrangeiro ou na própria história brasileira ao longo dos séculos.¹⁷ Os critérios de seleção, sorteio, composição, poderes processuais, competências, nível de instrução recebido, formas de convocações, dever de motivar os votos, dentre outros, são aspectos multifários nas legislações dos diversos países, e via de regra comportam classificações e efeitos processuais bastante variados.

Mas, em que ponto existe uma linha comum na concepção de estabelecer tribunais populares para atuação na Justiça criminal?

A grande carga de conteúdo moral ou ético que existe no âmbito das normas criminais levou os povos, ao longo dos séculos, a adotar o julgamento pelos próprios pares, como condição de aplicação dos ditames da “Justiça”¹⁸. É inegável que comandos normativos como “não matar”, “não roubar”, “não ofender”, “não lesionar”, dentre tantos outros, estão presentes no campo das normas penais, através de tipos legais que incriminam essas condutas,

¹⁵ Segundo Romeiro (1994, p. 7), “Trata-se de colégio judiciário muito difundido não só na Justiça Militar, mas também na Justiça Penal comum da maioria dos países civilizados.”

¹⁶ Significava determinados cargos de Magistrados ou Juízes Leigos. Há registros de que, no Brasil, o instituto do escabinado, misto de juízes togados com juízes leigos, foi trazido no período do Governo de Maurício de Nassau.

¹⁷ Acerca dos modelos de tribunais populares e seu comparativo, Cf. Tese Doutoral de Vale (2014). Cf., também, dissertação de Mestrado de Araújo (2008), acerca da estatística de adoção dos referidos sistemas de julgamento na atualidade.

¹⁸ Armando Ribeiro (2013, p. 86) esclarece a concepção, no sentido de que “(...) os jurisdicionados devem ter assegurada a garantia de que seus julgadores compartilhem de um mesmo espectro de vivências, ações e sentidos historicamente partilhados, ou seja, de um mesmo ‘mundo da vida’, se quisermos usar a expressão habermasiana.”

como também nas regras de convivência moral e social, sendo conhecidas e internalizadas culturalmente pelas comunidades gregárias.

O raciocínio linear parte do princípio de que se uma pessoa comum é capaz de avaliar uma norma moral que impede a destruição da vida humana, essa pessoa terá a mesma capacidade de dizer se o eventual infrator dessa norma moral deverá ser condenado, à luz de regras penais.

Se a possibilidade de uma decisão razoável emitida por leigos é intuitiva para os casos penais, também é intuitivo que as sociedades evoluíram social, econômica e politicamente. O direito é um instrumento que acompanha essa evolução e tem sido modificado constantemente. Portanto, o problema não está em poder decidir, mas em “como, o quê e quanto decidir”. O núcleo do que é inerente à experiência comum e o núcleo do que se insere na esfera da capacitação judicial parece ficar bastante obscuro em tempos modernos.

Embora esse aspecto de sociologia jurídica não seja o foco do estudo, é importante deixar clara essa noção, para mais à frente ser cabível a discussão sobre a amplitude técnica da atuação de leigos na tomada de decisões penais. O que importa neste momento é fazer a ligação com um aspecto que nos últimos anos tem sido considerado um fator de evolução do direito, que é o dever de fundamentação das decisões judiciais, com a exposição das razões de decidir. O conhecimento dos fundamentos da decisão permite o controle da atuação do Poder Judiciário, situação que não existia quando da concepção histórica dos tribunais populares.

No âmbito de tribunais populares, as razões de decidir nem sempre são expostas de forma motivada, tanto por força de vedação expressa para o formato do júri tradicional ou mesmo por impossibilidade técnica, decorrente da ausência de formação jurídica. Portanto, é no âmbito penal que se concentram as maiores dúvidas sobre a eventual anomalia ou higidez das decisões proferidas por tribunais populares. Se considerarmos que nem mesmo há definição precisa de um modelo decisório jurídico-racional a ser desempenhado por juristas profissionais, quando se migra para o campo das decisões proferidas no âmbito de tribunais populares, formados parcial ou completamente por não juristas, as indagações sobre a amplitude do dever de fundamentação judicial se intensificam.

Para além da dificuldade metodológica que se apresenta com a impossibilidade de sindicarem o raciocínio dos jurados, que não é exteriorizado em uma votação¹⁹, estudos

¹⁹ Pela estruturação constitucional do Tribunal do Júri, cuja cláusula de sigilo das votações impõe que os veredictos sejam ditados pelo sistema da “íntima convicção”, com livre apreciação da prova e sem exposição dos motivos pelos jurados, não é possível investigar como esses leigos em direito raciocinam sobre questões jurídicas e como prolatam seus votos no caso concreto, tampouco para definir qual o grau de racionalidade de suas decisões e quais são os efetivos impactos na distribuição de Justiça. Inclusive, esse foi um dos pontos

acadêmicos recentes e publicados em revistas especializadas²⁰, bem como alguns entendimentos jurisprudenciais no direito comparado europeu²¹, apontam para uma tendência de declínio desse formato de júri tradicional. A ausência do fornecimento de razões jurídicas para as suas decisões tem sido elencada como um fator capaz de contribuir para alavancar o arbítrio, em detrimento do espírito democrático pelo qual o próprio modelo de órgão judicial foi instituído.

Nota-se que a concepção histórica motivadora da sua criação no calor das grandes revoluções do século XVIII era direcionada à participação popular direta na administração da justiça, para compensar a desconfiança nos juízes de carreira dos regimes da época, vinculados ao Poder despótico. Atualmente, o papel dos tribunais do júri está migrando fortemente do aspecto político para um papel mais jurídico, com maior conexão aos limites institucionais do direito, o que privilegia os modelos de júris mistos e o oferecimento de razões para seus veredictos.

No Brasil, existem duas espécies de atuação de leigos em matéria penal, ambas com assento Constitucional e integrantes do Poder Judiciário Nacional que são, respectivamente: a) o Tribunal do Júri, nos termos do Art. 5º. XXXVIII, da Constituição Federal; e b) os Órgãos Judiciais da primeira instância da Justiça Militar (Conselhos de Justiça), nos termos do Art. 92, VI; Art. 122, II, e Art. 125, § 3º e §5º, da Constituição Federal.

O objeto de estudo se concentrará nos Conselhos de Justiça, cujo formato escabinado permitirá a obtenção de algumas conclusões nos âmbitos teórico e prático.

Cabe destacar que a pesquisa se limitará aos Conselhos de Justiça, no âmbito da Justiça Militar da União, deixando de analisar as Justiças Militares Estaduais, cujas competências previstas no Art. 125, § 4º e §5º da Constituição Federal de 1988 não são totalmente coincidentes, embora tenham como base a aplicação da lei penal e processual penal militar.

A partir daqui se faz necessário, portanto, identificar o seu desenho institucional e as suas características procedimentais, por meio de descrição normativa e de breves comparações com o sistema adotado no Tribunal do Júri²², tendo em conta a necessidade de

nodais para a escolha do objeto da pesquisa, no sentido de direcionar aos escabinados, ainda que se tenha em mente a maior relevância prática do Tribunal do Júri perante a sociedade brasileira e maior difusão perante a comunidade jurídica.

²⁰ Cf. Jackson e Kovalev (2016).

²¹ O caso de 2010 do Taxquet contra a Bélgica, no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, simbolizou uma espécie de mudança precedente acerca da concepção sobre a motivação dos julgados nos tribunais populares, por exigir que os jurados explicitem as razões do seu convencimento. A esse respeito consultar Cohen (2016).

²² Para verificar detalhadamente as características e distinções entre os referidos órgãos jurisdicionais, conferir Figueiredo (2009, p. 108/119).

compreender melhor o aspecto da motivação do raciocínio decisório no âmbito de um tribunal predominantemente leigo.

2.2 As peculiaridades da composição escabinada na Justiça Militar no Brasil: a difícil translação da administração para a jurisdição

A composição escabinada é um tema transversal à estrutura das Justiças Militares no mundo, que podem ser constituídas por competência meramente administrativa e não integrar o Poder Judiciário²³, ou possuir jurisdição penal efetiva, como é o caso da Justiça Militar no Brasil²⁴, que integra o Poder Judiciário Brasileiro desde 1934.²⁵

A Justiça Militar se instalou no Brasil com a vinda da família real Portuguesa, em 1808, herdando as características do Conselho de Guerra Português, e de alguns aspectos do antigo regime europeu. Apesar de ser o primeiro embrião de um sistema judicial do país, a Justiça Militar era uma jurisdição administrativa integrada às forças militares (Armada e Exército), em paralelo ao sistema judicial ordinário, dotada de algum poder normativo, e com normas punitivas que se mesclavam em uma espécie de direito administrativo e penal aplicado pelas próprias corporações.²⁶

A segunda instância era constituída pelo Conselho Supremo Militar e de Justiça (CSMJ), criado por D. João VI, por meio do alvará régio de 1 de abril de 1808, na cidade do Rio de Janeiro, tendo composição mista entre uma maioria de militares e uma minoria de juízes civis. Na primeira instância havia uma estrutura composta por Conselhos de Disciplina e de Investigação que se destinavam à apuração inquisitorial dos crimes e à formação da culpa, sendo constituídos apenas por militares. Já os Conselhos de Guerra processavam e

²³ Em alguns países, as chamadas Justiças Militares assumem diversas formas, como Cortes ou Tribunais Marciais ou Conselhos de Guerra, normalmente com competências administrativas, instituídos como um segmento da estrutura militar, para a garantia da hierarquia e a disciplina internas. Pode-se dizer que são extensão das suas Forças Armadas, gerindo uma espécie de contencioso administrativo e sujeitas ao Comando Militar. Essa é justamente a diferença da Justiça Militar brasileira, que tem previsão constitucional e se insere no âmbito do Poder Judiciário, com todas as garantias que lhe são inerentes. É nesse contexto que pairam as discussões sobre a possibilidade ou não do julgamento de civis no âmbito da Justiça Militar da União, controvérsia que pode ser verificada em detalhado artigo de Neto (2016, p. 53-137).

²⁴ No Brasil, a composição escabinada data de 1777, com a criação dos Conselhos de Justiça pela Ordenação de 20 de agosto de 1777 (ROSA FILHO, 2017, p. 25, 27 e 82). Pelo fato de ser o Brasil uma colônia de Portugal, as estruturas e normas de Justiça Militar portuguesa funcionavam em todo o território colonial.

²⁵ A Constituição de 1934 incluiu a Justiça Militar Federal no Poder Judiciário, excluindo a competência administrativa, e lhe dotou de competência jurisdicional meramente penal. (Art. 63, 84/87). A Justiça Militar dos Estados teve sua organização autorizada por lei federal em janeiro de 1936. No entanto, só foi incluída como componente do Poder Judiciário pela Constituição de 1946. (Art. 124)

²⁶ Cf. estudo de Souza e Silva (2016, p. 361-380), em que aborda a estrutura e o funcionamento da justiça militar ao longo da história do Brasil, abarcando os períodos imperial e republicano, em uma visão crítica sobre composição, suas atribuições e o alcance de seu trabalho, no contexto político e social.

julgavam os réus acusados pelos Conselhos de investigação, tendo composição escabinada, em que atuavam seis militares e um juiz civil concomitantemente.

Após a Constituição de 1891, o CSMJ foi transformado no Supremo Tribunal Militar, doravante denominado Superior Tribunal Militar (STM), cuja composição variou ao longo do tempo.²⁷ Atualmente, o STM é composto por quinze ministros vitalícios, sendo dez militares e cinco civis especializados na área jurídica, cujo detalhamento será feito abaixo. Já a primeira instância permaneceu com os conselhos mistos formados por quatro juízes militares sorteados periodicamente e por um juiz civil togado, situação que perpassou todas as demais Constituições e permanece igual numericamente até o presente momento.

Observa-se que a principal característica da Justiça Militar, desde sempre, foi a composição escabinada, formada por juízes civis versados em direito e por juízes militares leigos, com maioria absoluta destes, com a finalidade de processar e julgar crimes militares definidos em lei. A organização tinha por finalidade a aplicação da lei de modo mais justo e legítimo, por meio da agregação de conhecimentos técnico-jurídicos do juiz togado, com conhecimentos empíricos dos juízes leigos.²⁸

O foco da pesquisa se concentra na primeira instância, porquanto os militares que integram a segunda instância se encontram em situação bastante diferenciada da condição original do termo “leigo” utilizado nesta pesquisa e que constitui a noção básica da composição dos júris tradicionais e dos escabinados em todo o mundo. Ainda que seja dispensável a formação jurídica para ingresso dos militares nos respectivos cargos de segundo grau da Justiça Militar, não é cabível o seu estudo nesta pesquisa como meros leigos em direito, observadas as características e condições em que passarão a atuar nos tribunais, inclusive com um aporte de assessoramento específico. Os referidos militares são oficiais do mais alto posto das respectivas Forças Armadas, nomeados para integrar os referidos tribunais na condição de ministros, passando a se submeter ao regime jurídico da Magistratura Nacional²⁹, com todos os seus deveres e garantias.

Diferente da segunda instância, que tem esse modelo específico, a primeira instância sempre foi integrada por uma composição de apenas um juiz civil versado em letras jurídicas, e quatro militares sorteados para compor o mesmo órgão judicial, denominado atualmente de Conselho de Justiça. Outra peculiaridade é que os juízes militares sempre atuaram de forma temporária, após a realização de um sorteio periódico.

²⁷ Conferir Rosa Filho (2017).

²⁸ Acerca das peculiaridades da existência de juízes militares integrando Conselhos de Justiça, e sua atuação jurisdicional, conferir Roth (2003).

²⁹ Submetem-se à Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Lei complementar 35, de 14 de março de 1979.

Mesmo após a Constituição de 1934, que de forma revolucionária promoveu a separação do aparelho de jurisdição administrativa da cadeia de comando militar, com a sua inserção formal no Poder Judiciário, a legislação processual e orgânica pouco foi modificada para alterar a lógica da composição e das atribuições dos integrantes dos Conselhos de Justiça Militar na primeira instância. Afinal, a maioria maciça dos órgãos da Justiça Militar continuou sendo composta por juízes militares e não por juízes civis togados, quer na primeira instância (militares membros dos Conselhos de Justiça), quer na segunda instância (ministros militares do Superior Tribunal Militar). Esse desequilíbrio demonstra um contrassenso na ideia de “jurisdicionalização” e de “transformação” de uma mentalidade originariamente administrativa, que foi engendrada no período colonial³⁰, perpassando o período imperial até o advento da República.

Abre-se um ponto de crítica ao desenho institucional, pelo seu reflexo direto no objeto da pesquisa. Essa cultura da jurisdição militar administrativa foi transplantada para o seio do Poder Judiciário, tornando-se um modelo jurisdicional misto, que continuou a processar e julgar inclusive os civis, mesmo sem atender à lógica que fundamentou a criação dos escabinados, que consiste no “julgamento pelos próprios pares”. Um militar não é par de um civil, e este, além de não ser par daquele, não compreende e não se insere no universo da experiência militar. Por que, então, continuariam sob a égide de uma jurisdição ancorada em sistemas administrativos de hierarquia e disciplina, mesmo depois da Constituição de 1988? Por que o desenho institucional dos escabinados pendia para uma maioria de militares, em detrimento de um único elemento togado, e com as mesmas competências destes? Por que não havia uma diferenciação técnica nas competências processuais, alocando as matérias de cognição e julgamento aos respectivos níveis da experiência militar e judicante? Por que as regras sobre deliberação, votação e redação da sentença não evoluíram para definir deveres argumentativos de acordo com os papéis do técnico e dos leigos no processo penal militar?

Aparentemente, não há respostas racionais ou baseadas em uma lógica de técnica legislativa, o que denota uma clara opção de inércia política do Poder Constituinte, em disciplinar a matéria de forma genérica na Constituição de 1988, mesmo ciente de que a recepção desse modelo legal, com indícios de franca desatualização, não descaracterizaria os influxos e tendências de julgamentos com uma lógica mais administrativa e com menor compreensão de uma racionalidade judicial.³¹ A conclusão é que essa lógica da experiência

³⁰ Acerca do funcionamento da justiça militar no período colonial, Cf. Souza (2015, p. 368-408).

³¹ Endossando o entendimento de que somente uma mudança na racionalidade jurídica seria capaz de reformar efetivamente a Justiça Militar, e não apenas a mudança na estrutura dos órgãos, traz-se à baila as preleções de

estritamente militarizada foi acolhida pelas constituições seguintes, e tolerada (recepcionada) pela Constituição Federal de 1988, em prol do amparo da regularidade das instituições militares e da asseguaração dos pilares da democracia.

Mas, remanescem dúvidas: Por qual motivo caberia uma descrição crítica à opção político-constitucional de 1934, em face dos avanços constitucionais que nos remetem ao presente momento? Qual a utilidade dessa reflexão para os objetivos da pesquisa?

Uma transformação dessa envergadura, de administração para jurisdição, não se opera com uma simples readequação dos órgãos nos Quadros dos Poderes Constitucionais e mediante adaptações legislativas pontuais. Seria necessária uma modificação mais radical, tanto orgânica, quanto cultural e normativa, que não se operou de imediato em 1934, e que se distendeu ao longo de sucessivas constituições e legislações, vindo a ser ampliada somente em dezembro de 2018, por ocasião da edição da Lei 13.774³², com a retirada do julgamento de civis da competência dos Conselhos de Justiça, passando à competência monocrática do Juiz Federal da Justiça Militar³³, além de outras mudanças notadamente relevantes ao avanço da própria Justiça Militar da União.³⁴ Nada obstante, o sistema de deliberação e de decisão existente deixa claras evidências de que não houve aperfeiçoamento, sequer pela via jurisprudencial, como se demonstrará abaixo.

A compreensão histórica da criação e funcionamento dos órgãos de justiça é um forte elemento de investigação, inclusive na seara da argumentação jurídica.³⁵ Aqui reside um indício histórico de que o sistema deliberativo e decisório do escabinado militar que

Mario Tiburcio Gomes Carneiro (1960 apud LOBO, 1960, p. 27), que foi Ministro do STM e doutrinador do direito militar, por ocasião do prefácio à segunda edição da obra de Hélio Lobo: “ A presença de ‘juizes de direito’ e de ‘desembargadores’, da justiça comum, em comissão nas duas instâncias da justiça militar do Império, nas funções de ‘Auditores’ e ‘Conselheiros togados’, do Conselho Supremo Militar e de Justiça; e, na República, a presença de juristas, em função efetiva, nas duas instâncias com a designação de ‘*Auditores*’ e ‘*Ministros*’ do Tribunal Militar, não retirava dos tribunais militares previstos na Constituição do Império e na Constituição de 1891, o caráter de órgãos administrativos; de sorte que a inclusão deles no Poder Judiciário, de conformidade com a Constituição de 1934 e o esquema nela traçado, importou, sem dúvida, reforma substancial que, infelizmente, até agora não foi regulamentada pelo Congresso Nacional em lei formal, nem convenceu ainda a justiça militar de que não pertence mais aos quadros administrativos.”

³² A referida lei alterou a Lei 8.457/92, que organiza a Justiça Militar da União.

³³ A Lei 13.774/18 que alterou dispositivos da Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992, promoveu a modificação na denominação do cargo de Juiz-Auditor para Juiz Federal da Justiça Militar, no caso da Justiça Militar da União. A nomenclatura substitui a denominação antiga, que remonta ao período colonial, e se adequa à natureza do cargo e à expressão textual da Constituição de 1988 (art. 108, I, “a” e 122). Nada obstante, o CPPM quando trata de juiz auditor ou auditor, está a tratar dos juizes togados indistintamente.

³⁴ Uma mudança significativa, porém demasiadamente tardia, foi a realocação da presidência do Conselho de Justiça ao juiz togado, que antes era da alçada do militar mais antigo. O centro do colegiado passou a ter uma feição técnica, em detrimento da mera conveniência de alocação do Poder Militar no modelo anterior. Cf. Art. 30-I-A, da Lei 8.457/92.

³⁵ A respeito da combinação entre uma perspectiva argumentativa e a história do direito, conferir Roesler e Reis (2018, p. 68).

remanesceu nesse contexto, assim como o seu próprio desenho institucional e suas finalidades jurídico-políticas, podem não ter sido conformadas ao direito constitucional moderno.

Essa compreensão histórica nos auxilia em dupla vertente. A primeira é o registro de um desvirtuamento teórico do entendimento sobre a finalidade do escabinado na Justiça Militar: proclama-se uma tese da justiça intrínseca, considerando tão somente a relevância da experiência dos militares no conhecimento das atividades da caserna, sem levar em conta a forma pela qual as decisões são construídas. A análise dessa tese, que se formou sob uma ótica monocular, será discutida após o estudo do sistema de deliberação e decisão, ao final do capítulo.

A segunda, que advém da anterior, é o entendimento do contexto diferenciado em que surgiram os colegiados na Justiça Militar. O contexto atual do escabinado militar deve levar em conta outra cultura jurídica dominante (GOMES FILHO, 2001, p. 117) e um auditório ampliado³⁶, cujo destino da motivação não se limita aos atores processuais. Surge um contexto de prestação de contas da atividade jurisdicional, por meio da motivação para toda a sociedade (GOMES FILHO, 2002 p. 118). Anteriormente, o objetivo da motivação da decisão se destinava apenas ao controle interno do processo, de modo que uma boa redação da sentença pelo juiz togado seria capaz de cumprir a finalidade. Atualmente, diante do direito moderno, e com o desenvolvimento de noções sobre lógica informal, racionalidade prática, justificação externa dos argumentos, dentre outros conceitos das teorias da argumentação jurídica, houve um alargamento nos controles político e social da atuação judicante.

O dever de fundamentação das decisões judiciais é uma injunção do momento político-jurídico alcançado pelo direito no nosso país. A confrontação histórica da gênese das instituições é capaz de revelar significados que podem compor a hermenêutica constitucional. Cabe, portanto, um aprofundamento do desenho institucional do escabinado militar na atualidade, com vistas à discussão posterior sobre o seu sistema deliberativo e decisório.

³⁶ Ao tratar dos auditórios aos quais se dirige a motivação, um mais restrito e a um outro mais amplo, Gomes Filho (2001, p. 118) discorre com propriedade: “Essa diferença de auditórios não se reflete apenas na linguagem ou na técnica de redação, o chamado estilo da motivação, mas na própria estrutura do discurso justificativo, pois enquanto no primeiro caso os fundamentos de ordem técnica certamente terão prevalência, no segundo será privilegiada uma argumentação mais preocupada em explicitar os valores comunitários que presidiram as escolhas adotadas.

2.3 A Justiça Militar na atualidade e o funcionamento dos Conselhos de Justiça Militar

Atualmente a Justiça Militar da União é prevista no artigo 92, VI, da Constituição Federal como um dos órgãos do Poder Judiciário,³⁷ tendo a sua estrutura básica disciplinada nos artigos 122 e 123³⁸, cuja finalidade é o processo e julgamento dos crimes militares definidos em lei³⁹, sejam cometidos por militares ou civis.

Os crimes militares são definidos para o tempo de paz⁴⁰ e tempo de guerra⁴¹. Interessa ao estudo somente a primeira situação, porquanto a organização da Justiça Militar em tempo de guerra⁴² será diferenciada, em termos estruturais⁴³ e procedimentais⁴⁴.

Os requisitos que definem os crimes militares em tempos de paz estão previstos no artigo 9º do Código Penal Militar⁴⁵, e envolvem circunstâncias especializantes, como por

³⁷ CF 88, Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: VI - os Tribunais e Juízes Militares;

³⁸ Art. 122. São órgãos da Justiça Militar: I - o Superior Tribunal Militar; II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei. Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo: I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional; II - dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

³⁹ CF 88, Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

⁴⁰ Os crimes militares em tempos de paz devem atender aos requisitos do art. 9º, do Código Penal Militar.

⁴¹ Os crimes militares em tempos de guerra devem atender aos requisitos do art. 10, do Código Penal Militar.

⁴² A Justiça Militar em tempo de guerra funcionará em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX da Constituição Federal.

⁴³ Conferir artigos 89 a 97, da Lei 8.457/92, que disciplinam a organização da justiça militar em tempo de guerra.

⁴⁴ Conferir artigos 675 a 710 do CPPM, que disciplinam o processo e o julgamento na justiça militar em tempo de guerra.

⁴⁵ Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial; II - os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar; III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar; b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo; c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras; d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior. § 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares

exemplo, a condição de militar do sujeito ativo e passivo, em certos casos; o local sob a administração militar; a atuação em razão da função militar; a ordem administrativa militar; o patrimônio sob a administração militar, dentre outras circunstâncias.

Estes elementos ou circunstâncias previstas em lei refletem o conjunto de coisas e situações que dizem respeito àquilo que em direito penal se denomina de “bem jurídico”, que são todos os valores da vida humana protegidos pelo direito (BITENCOURT, 2010. p. 308). A diferença é que constituem bens jurídicos especiais, voltados à proteção das instituições militares, para a garantia do seu prestígio, da sua eficiência, da sua regularidade, ou da manutenção da hierarquia e da disciplina que lhe é inerente. De modo indireto, há uma proteção do Estado de Direito e de suas instituições democráticas.

Por isso existe a atração da competência de uma justiça especializada para processar e julgar os crimes militares, cujas normas foram criadas para a proteção dos “bens jurídicos penais militares”. O seu desenho institucional e as regras do processo legal devem observar os fins da Constituição Federal, em atenção às normas do direito penal especial.

A proteção dos bens jurídicos traduzida pelas circunstâncias do artigo 9º do CPM não existe isoladamente. É um mero indicativo da especialização da matéria. Deve se somar aos bens jurídicos previstos nos tipos legais da legislação penal, comum ou militar, para que finalmente se tenha a caracterização do crime militar. Desse modo, um crime militar é aquele com previsão na lei, agregado às circunstâncias do artigo 9º do CPM.

Alguns crimes militares podem ter sua definição apenas no Código Penal Militar, de modo a proteger certos bens jurídicos inerentes à atividade militar⁴⁶, como os crimes contra a autoridade, a disciplina, o serviço, o dever e a administração militar, dos quais se pode exemplificar: crimes de deserção⁴⁷, recusa de obediência⁴⁸, violência contra superior⁴⁹, oposição à ordem de sentinela⁵⁰, ingresso clandestino⁵¹, etc.

contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri. § 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto: I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais: a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica; b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999; c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral.

⁴⁶ Cf. Art. 9º, I, do CPM.

⁴⁷ Cf. Art. 187 do CPM.

⁴⁸ Cf. Art. 163 do CPM.

⁴⁹ Cf. Art. 157 do CPM.

⁵⁰ Cf. Art. 187 do CPM.

⁵¹ Cf. Art. 302 do CPM.

Pode, ainda, haver definição de crimes tanto no Código Penal Militar, quanto no Código Penal ou na legislação penal comum⁵², como os crimes contra a vida, contra o patrimônio, crimes sexuais, dentre outros, que em regra são crimes comuns, mas que se tornarão crimes militares devido à incidência da chamada tipicidade indireta, que é a aplicação das circunstâncias especializantes do artigo 9º do CPM. Assim, serão crimes militares, por exemplo: um homicídio, se praticado por um militar contra um militar⁵³; um furto, se praticado por um militar contra militar ou civil, em área sujeita à administração militar⁵⁴; um roubo, se praticado por um civil contra o patrimônio sob a administração militar⁵⁵; a fraude processual praticada por militar ou civil, quando atenta contra a ordem administrativa militar⁵⁶; a violação sexual mediante fraude, quando praticada por militar atuando em razão da função⁵⁷; dentre outros.

Portanto, a Justiça Militar é prevista na Constituição Federal, que delega⁵⁸ à lei ordinária a sua organização, funcionamento e competências, tendo em conta o conceito de crime militar, e a adequação de regras para o seu processo e julgamento. Para tal fim, foi editada a Lei de Organização Judiciária Militar da União (LOJMU), Lei 8.457/92, sendo este diploma complementado em boa parte por normas do Código de Processo Penal Militar (CPPM), que engloba regras de funcionamento e de competências, para além das regras de processo e procedimento.

A referida Justiça especializada é formada apenas por duas instâncias: o Superior Tribunal Militar, na segunda instância, e as auditorias militares na primeira instância.⁵⁹

O Superior Tribunal Militar tem sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional, acumulando as funções de tribunal superior e de instância recursal em toda a Justiça Militar da União, além da competência originária para processar e julgar oficiais-generais que cometam crimes militares.

A primeira instância é subdividida no território nacional em 12 (doze) Circunscrições Judiciárias Militares, em numeração ordinal, da primeira à décima segunda.⁶⁰ A cada

⁵² Ressalte-se que a possibilidade de crimes previstos no Código Penal comum ou na legislação extravagante configurar crime militar somente ocorreu a partir da edição da lei 13.491/17, que ampliou as hipóteses legais.

⁵³ Cf. Art. 9º, II, “a”, e Art. 205, ambos do CPM.

⁵⁴ Cf. Art. 9º, II, “a”, e “b”, e Art. 240, ambos do CPM.

⁵⁵ Cf. Art. 9º, III, “a”, e Art. 242, ambos do CPM.

⁵⁶ Cf. Art. 9º, II, “e”, e III, “a”, do CPM e Art. 347, do CP.

⁵⁷ Cf. Art. 9º, II, “c”, do CPM e Art. 215, do CP.

⁵⁸ Parágrafo único do art. 124 da Constituição Federal.

⁵⁹ Cabe ressaltar que o detalhamento dos órgãos componentes da Justiça Militar Federal está listado no Art. 1º Lei. 8.457/92: São órgãos da Justiça Militar: I o Superior Tribunal Militar; II - a Corregedoria da Justiça Militar; II-A - o Juiz-Corregedor Auxiliar; III os Conselhos de Justiça; IV - os juízes federais da Justiça Militar e os juízes federais substitutos da Justiça Militar.

Circunscrição Judiciária Militar corresponde uma Auditoria⁶¹, excetuadas as seguintes, que terão: a) a primeira: 4 (quatro) Auditorias; b) a terceira: três Auditorias; c) a segunda e a décima primeira: duas Auditorias.⁶²

As Auditorias são as unidades jurisdicionais básicas da primeira instância⁶³, sendo compostas por dois juízes togados, sendo um Juiz Federal da Justiça Militar, e um Juiz Federal Substituto da Justiça Militar, além da estrutura cartorária formada pelos servidores.⁶⁴ Nela atuarão os Conselhos de Justiça, mediante sorteio e convocação.

A primeira instância funciona de dois modos: o juízo monocrático, desempenhado singularmente por um Juiz Federal da Justiça Militar, e o juízo colegiado, desempenhado pelos Conselhos de Justiça. O juízo singular tem competência para o processo e julgamento dos crimes militares cometidos por civis, e o juízo colegiado os crimes militares cometidos por militares.⁶⁵

Os Conselhos de Justiça têm composição escabinada e são compostos por um juiz togado da carreira jurídica (Juiz Federal da Justiça Militar) e por quatro Juízes Militares, não integrantes das carreiras jurídicas, sorteados dentre oficiais da ativa de cada arma (Marinha, Exército e Aeronáutica)⁶⁶, para atuação temporária em todos processos que correm na Auditoria Militar. Podem ser de dois tipos: Especiais e Permanentes. Sua composição é

⁶⁰ Lei 8.457/92, Art. 2º Para efeito de administração da Justiça Militar em tempo de paz, o território nacional divide-se em doze Circunscrições Judiciárias Militares, abrangendo: a) a 1ª - Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo; b) a 2ª - Estado de São Paulo; c) a 3ª - Estado do Rio Grande do Sul; d) a 4ª - Estado de Minas Gerais; e) a 5ª - Estados do Paraná e Santa Catarina; f) a 6ª - Estados da Bahia e Sergipe; g) a 7ª - Estados de Pernambuco, Rio Grande do Norte, Paraíba e Alagoas; h) a 8ª - Estados do Pará, Amapá e Maranhão; i) a 9ª - Estados do Mato Grosso do Sul e Mato Grosso; j) a 10ª - Estados do Ceará e Piauí; l) a 11ª - Distrito Federal e Estados de Goiás e Tocantins; m) a 12ª - Estados do Amazonas, Acre, Roraima e Rondônia.

⁶¹ Lei 8.457/92, Art. 102. As Auditorias da Justiça Militar têm por sede: as da Primeira Circunscrição Judiciária Militar, a Cidade do Rio de Janeiro (RJ); as da Segunda, a Cidade de São Paulo (SP); as da Terceira, respectivamente, as Cidades de Porto Alegre, Bagé e Santa Maria (RS); a da Quarta, a Cidade de Juiz de Fora (MG); a da Quinta, a Cidade de Curitiba (PR); a da Sexta, a Cidade de Salvador (BA); a da Sétima, a Cidade de Recife (PE); a da Oitava, a Cidade de Belém (PA); a da Nona, a Cidade de Campo Grande (MS); a da Décima, a Cidade de Fortaleza (CE); as da Décima Primeira, a Cidade de Brasília (DF); e a da Décima Segunda, a Cidade de Manaus (AM).

⁶² Cf. Art. 11 da Lei 8.457/92.

⁶³ Em termos comparativos, correspondem às varas federais e estaduais.

⁶⁴ Cf. Art. 15 da Lei 8.457/92.

⁶⁵ Antes da Lei 13.774/2018, que alterou a Lei 8.457/1992, os crimes militares eram sempre processados e julgados na primeira instância pelos Conselhos de Justiça. A condição hierárquica do militar ou a condição de civil influenciava apenas na definição do tipo de Conselho, se especial ou permanente. O juiz togado não detinha competência monocrática para processar e julgar, atuando apenas na relatoria da composição colegiada, com voz e voto, e exercendo alguma função de controle de admissibilidade na produção probatória. Com a alteração da LOJMU, houve modificação da competência horizontal na primeira instância, sendo que os crimes militares passaram a ser processados e julgados, em função da qualidade da pessoa, se militar ou civil. Os crimes militares cometidos por militares continuam a ser julgados por Conselhos de Justiça, Especial ou Permanente. Já os crimes militares cometidos por civis, ou por militar processado conjuntamente com civil, passaram a ser julgados e processados pelo Juiz Federal de forma monocrática.

⁶⁶ A definição da Força Armada de origem do Conselho de Justiça é obtida em função do bem jurídico violado, se inerente à Marinha, Exército ou Aeronáutica, ou pela vinculação respectiva do réu a uma das três Forças.

estabelecida em atenção à hierarquia do acusado⁶⁷, de modo que todos os militares membros do Conselho sejam hierarquicamente superiores aos acusados. Os Conselhos Especiais são destinados a processar e julgar os oficiais, exceto os oficiais-generais⁶⁸, e os Conselhos Permanentes possuem como atribuição processar e julgar os Aspirantes a Oficial e os praças.

Os juízes militares dos Conselhos Especial e Permanente são sorteados em lista de antiguidade dentre oficiais de carreira⁶⁹, da sede da Auditoria, com vitaliciedade assegurada.⁷⁰ Os sorteios dos juízes militares são feitos pelo Juiz Federal da Justiça Militar, em audiência pública, na presença do Procurador do Ministério Público Militar e do diretor de Secretaria. A diferença é que os Conselhos Permanentes são sorteados trimestralmente⁷¹, compondo um total de quatro por ano, em relação a cada uma das Forças Armadas: Marinha, o Exército e a Aeronáutica. Durante o trimestre, os Conselhos Permanentes de Justiça atuam em todos os processos da respectiva Força Armada, na fase em que se encontraram. Nesse interregno, é possível que participem somente da instrução, da instrução e julgamento, ou apenas do julgamento de determinados processos.

Já os Conselhos Especiais são sorteados episodicamente, para cada processo, de acordo com a hierarquia e a Força Armada do réu. O sorteio ocorre após o recebimento da denúncia pelo magistrado, compondo a lista aqueles oficiais que possuem ascendência hierárquica perante o réu, os quais permanecem até o julgamento do processo, sendo substituídos apenas nas hipóteses legais.

Observe-se que durante essa investidura temporária, os Conselhos de Justiça atuam após o recebimento da denúncia, passando pela fase instrutória, até a sessão de julgamento,

⁶⁷ Os círculos hierárquicos e a escala hierárquica nas Forças Armadas, bem como a correspondência entre os postos e as graduações da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, são fixados no Art. 16 da Lei 6.880/80, e no seu anexo. Tomando a escala hierárquica do Exército, de forma bastante sintética e a título ilustrativo, partindo dos graus inferiores para os superiores, temos no círculo de praças: Soldado, Cabo, Terceiro-Sargento, Segundo-Sargento, Primeiro-Sargento, Subtenente, e os praças especiais, que são os Aspirantes-a-Oficial. No círculo de oficiais, temos: Segundo-Tenente, Primeiro-Tenente, Capitão, Major, Tenente-Coronel e Coronel. No círculo de Oficiais-generais, temos: General de Brigada, General de Divisão e General de Exército.

⁶⁸ Julgam oficiais até o posto de capitão-de-mar-e-guerra ou coronel.

⁶⁹ Os oficiais temporários não concorrem ao sorteio nos Conselhos de Justiça.

⁷⁰ Recorre-se a oficiais no âmbito de jurisdição da Auditoria se insuficientes os da sede e, se persistir a necessidade, excepcionalmente a oficiais que sirvam nas demais localidades abrangidas pela respectiva Circunscrição Judiciária Militar. Cf. Art. 18, da Lei 8.457/92. Quando a hierarquia do oficial acusado impossibilitar a constituição do Conselho de Justiça em determinada sede, ou quando a dificuldade de constituí-lo ou mantê-lo retarde demasiadamente o curso do processo, ocorrerá o desaforamento, nos termos do Art. 109, alínea “c”, do CPPM.

⁷¹ A nomenclatura “permanente” está ligada à atuação regular e constante durante um trimestre do ano civil.

encerrando sua participação com a prolação da sentença.⁷² Ou seja, só não participam da fase postulatória⁷³, que é exclusiva do magistrado togado.

Ressalvadas as atribuições da presidência⁷⁴ e da relatoria dos Conselhos⁷⁵, que são desempenhadas pelo juiz togado, quase não existe diferença na competência horizontal interna⁷⁶, cabendo a todos os membros do Conselho conhecer, processar e julgar matérias de fato e de direito.⁷⁷

A única diferença de competências está na atribuição do juiz togado controlar monocraticamente as intervenções das partes e do próprio Conselho durante a produção probatória, em hipóteses muito restritas, quer seja na admissibilidade de certos meios de provas, quer seja na admissão, deferimento e formulação de perguntas nos depoimentos orais, e dos quesitos nos exames e perícias.⁷⁸

Mesmo assim, pairam divergências jurisprudenciais sobre os limites da atuação monocrática do juiz togado no exame das referidas questões, em um nítido descompasso que restringe as suas competências processuais monocráticas ao mínimo indispensável, ao passo que amplia demasiadamente as competências do Conselho, conferindo-lhe o poder de decisão sobre todas as questões de fato e de direito, nos moldes do inciso V, do Art. 28 da LOJMU. Considerando que as funções do juiz togado no controle de admissibilidade de provas e questionamentos é matéria de direito processual, que em uma interpretação literal estariam

⁷² Embora o Conselho de Justiça seja um órgão colegiado, suas decisões finais são denominadas de sentenças, uma vez que integram a primeira instância judicial.

⁷³ Fase de admissibilidade da peça acusatória.

⁷⁴ Observe-se que a atribuição de presidência dos Conselhos, desde a sua concepção original, que foi albergada pela redação do Código de Processo Penal Militar, cabia ao militar mais antigo integrante do Conselho de Justiça. Porém, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, a presidência dos Conselhos de Justiça no âmbito da Justiça Militar estadual passou ao Juiz de Direito, em correta retificação promovida nos parágrafos do Art. 125 da CF 88. Em relação à Justiça Militar Federal, com o silêncio da Constituição, prevaleceu até dezembro de 2018 a formatação preconizada pelo CPPM e definida expressamente na Lei 8.457/92, atribuindo a presidência dos Conselhos a um Militar mais antigo, conforme artigo 16, “a” e “b”. Nada obstante e de forma tardia, a Lei 13.774, de 2018 transferiu a presidência dos Conselhos para o Juiz Federal da Justiça Militar. Cf. Art. 30-I-A, da Lei 8.457/92.

⁷⁵ Art 438, § 2º do CPPM e Art. 30, VII, da Lei 8.457/92.

⁷⁶ Esse é um ponto do desenho institucional que tem impacto direto no objeto de estudo, qual seja, uma inexistente disciplina para o controle das provas, da atividade dos demais juízes, de deliberar e de construir a motivação decisória.

⁷⁷ Lei 8.457/92, Art. 28. Compete ainda aos conselhos: I - decretar a prisão preventiva de acusado, revogá-la ou restabelecê-la; II - conceder menagem e liberdade provisória, bem como revogá-las; III - decretar medidas preventivas e assecuratórias, nos processos pendentes de seu julgamento; IV - declarar a inimputabilidade de acusado nos termos da lei penal militar, quando constatada aquela condição no curso do processo, mediante exame pericial; V - decidir as questões de direito ou de fato suscitadas durante instrução criminal ou julgamento; VI - ouvir o representante do Ministério Público sobre as questões suscitadas durante as sessões; VII - conceder a suspensão condicional da pena, nos termos da lei; VIII - praticar os demais atos que lhe forem atribuídos em lei.

⁷⁸ Art 300, § 2º, 427 e 430 do CPPM e Art. 30, V e VI, da Lei 8.457/92.

inseridas no contexto das questões de direito, surge uma “zona cinzenta” que impede a tecnicidade jurídica em detrimento do mero poder de fato.

Essa redução da atuação monocrática de admissibilidade de provas⁷⁹, ainda que ligada à atividade instrutória, tem possibilidade de repercutir no sistema decisório, por considerar que os juízes militares poderão formar o seu convencimento com elementos de prova que não deveriam compor o processo penal. Esse ponto vem reforçar a importância de um correto sistema de deliberação e de construção da motivação decisória, como forma de exercer o controle sobre a racionalidade das provas e da interpretação jurídica.

Por todas as características listadas, percebe-se que os Conselhos de Justiça são tribunais populares, mas com diferenças fundamentais em relação ao Tribunal do Júri.

Nos termos do Art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal, o Tribunal do Júri funciona na Justiça comum, federal e estadual, no julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Trata-se de um “júri puro” ou “clássico”, constituído por um Juiz-Presidente, magistrado togado, e por um Conselho de Sentença, formado por 7 (sete) pessoas leigas em direito, sorteadas nos termos da lei, para atuação exclusiva naquele julgamento.

Observe-se que a Constituição Federal define as principais balizas do Tribunal do Júri, assegurando como cláusula pétreia: a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, deixando a cargo da lei processual a sua composição e as regras procedimentais.

A competência do Conselho de Sentença é limitada aos crimes dolosos contra a vida e seus jurados dispõem da máxima liberdade para votar, em total conformidade com suas consciências, sem necessidade de justificar os votos. Em votação secreta, apenas responderão aos quesitos formulados pelo Juiz togado que, além de presidir a sessão de instrução e julgamento, irá aplicar a pena e redigir a sentença. O procedimento da competência do Tribunal do Júri é detalhado no Código de Processo Penal.⁸⁰

Diferente do balizamento constitucional específico para a linha dorsal do Tribunal do Júri, percebe-se que o Código de Processo Penal Militar e a Lei de Organização Judiciária são

⁷⁹ As regras sobre admissibilidade de provas sofrem influência do tipo de sistema ou prática judicial. Nos processos do common law, que há possibilidade de julgamentos por jurados leigos, desobrigados de motivar sentenças, existe um controle mais rígido de admissibilidade das provas. Adota-se um caráter psicologista, tendo em vista o risco da influência indevida de certas provas sobre o convencimento dos jurados. (VÁZQUEZ, 2013, p. 12). É aquilo que se denomina de “gatekeeper” no direito americano, que é o controlador da admissibilidade das provas científicas no processo, com o poder de decisão do que será ou não produzido nos autos.

⁸⁰ Acerca do procedimento relativo aos processos da competência do tribunal do júri, conferir artigos 406 a 497 do Código de Processo Penal.

os diplomas que definem composição, competências e atribuições dos Conselhos de Justiça⁸¹, de forma que eles se submetem a todos os princípios, regras e limites constitucionais inerentes aos demais órgãos do Poder Judiciário. Podem, no entanto, ter grande variação no disciplinamento infraconstitucional⁸², obedecidos aqueles limites.⁸³

Essa breve distinção comparativa entre o Tribunal do Júri e os Conselhos da Justiça Militar serve para demonstrar que a Constituição Federal estabeleceu uma distinção estrutural e cuidou de reservar um núcleo duro de garantias e permissões apenas ao primeiro, o júri tradicional, mas não aos Conselhos da Justiça Militar⁸⁴, que são escabinados. Em consequência, as possibilidades e limitações jurídicas são notadamente distintas nos modelos referenciados, o que impede a suscitação de teses que levem em conta a “justiça dos julgamentos” com base apenas na condição de leigos que proferem decisões ancoradas na experiência, sem considerar outros elementos e funções dos órgãos judiciais.

Essa constatação é de vital importância para um estudo exploratório e crítico. Pedra angular do que se investiga acerca da fundamentação das decisões judiciais é saber como tais diferenças impactam no sistema de apreciação e valoração das provas processuais, e na qualificação subsequente dos fatos. Afinal, se decidir é dar por provado determinado fato, aplicando-lhe o direito subjacente, a forma de explicitar a convicção do juiz na conformação dos fatos ao direito é que consiste na fundamentação da decisão judicial.

Há que se identificar, portanto, como os Conselhos de Justiça se encaixam nesses sistemas, para a realização de inferências sobre a motivação das decisões.

⁸¹ Para uma visão completa das questões que envolvem o processo e julgamento no âmbito da primeira instância, cf. Figueiredo (2011, p. 852/876).

⁸² Como exceção ao disciplinamento infraconstitucional, no caso das Justiças Militares Estaduais existem alguns regramentos sobre competências estabelecidos nas hipóteses do Art. 125, § 4º e §5º da Constituição Federal. Todavia, por não compor o nosso objeto de estudo, será desconsiderada na presente análise.

⁸³ Confrontando os Art. 92, VI, Art. 122, II, e Art. 125, § 3º e §5º, tudo da Constituição Federal, percebe-se que não há imposição de que a primeira instância da Justiça Militar da União seja composta por órgãos escabinados, mormente na forma como existem, referindo-se apenas a Juízes Militares. Por outro lado, a Justiça Militar Estadual terá obrigatoriamente Conselhos de Justiça integrando sua estrutura. Mesmo assim, não é fixada a composição e atribuições, mas tão somente a competência para processar e julgar os crimes militares cometidos pelos integrantes das Polícias e Corpos de Bombeiros Militares, exceto aqueles cometidos contra civis. Logicamente que essa defasagem de normas entre as Justiças Militar Federal e Estadual é uma anomalia inerente aos procedimentos legislativos, que abarcam a redação das emendas constitucionais, gerando distorções, incongruências e dificultando uma interpretação harmônica do sistema de jurisdição militar. Nada obstante, em sentido geral, a lei ordinária passa a ter uma grande possibilidade de ampliação ou mesmo de restrição das competências dos Conselhos de Justiça na Justiça Militar da União e do disciplinamento de sua atuação nos processos.

⁸⁴ Em análise mais atenta, percebe-se que a Constituição Federal sequer impôs a formação escabinada na primeira instância da Justiça Militar da União, deixando a cargo da lei. Cf. Art. 122, II, da Constituição Federal.

2.4 Os sistemas de valoração de provas e a formação do livre convencimento motivado em um tribunal leigo

Para analisar o sistema de formação da convicção judicial, deve-se compreender previamente que o Brasil adotou um processo penal baseado no sistema acusatório, nos termos descritos por Ferrajoli (2002), caracterizado por um modelo contraditório, em que as partes, Ministério Público e Defesa, produzem dialogicamente as provas que serão analisadas pelo Juiz, a quem cabe decidir de forma imparcial e motivada.

A sua característica fundamental é a separação entre as funções de acusação e de julgamento, que repercutem no modo de concretização do processo penal e das garantias individuais. A natureza de confronto entre as partes, mediante igualdade e contraditório, propicia a busca da verdade, tão almejada no processo penal. Esta verdade é concretizada no processo penal pela valoração das provas produzidas, destinando-se a formar a convicção judicial.

As provas são destinadas à reprodução histórica dos fatos alegados e deduzidos no processo. É a partir da produção probatória, cuja proeminência cabe às partes, que o juiz fará a valoração devida para chegar às suas conclusões sobre os fatos e decidir a contenda, aplicando-lhes o direito. Eis o porquê deste momento ganhar relevância processual, tanto na análise valorativa em si quanto na demonstração do raciocínio judicial para a tomada da decisão.

No processo penal, a valoração, avaliação ou apreciação da prova é estudada basicamente segundo três modalidades ou sistemas.⁸⁵

O primeiro é o “sistema da verdade legal”, também denominado de sistema da “verdade formal”, ou “tarifado”, em que a valoração das provas é taxativamente prevista na lei, a qual estabelece o valor e a hierarquia por meio de preceitos fixos, de modo que sobra pouco espaço discricionário ao juiz para a apreciação. O direito brasileiro atual não comporta esse tipo de sistema, com exceção de pequenos resquícios, em especial quando trata das provas técnicas ou documentais.

Outro é o sistema da “íntima convicção” ou da “certeza moral”. Nesta variante, a valoração das provas é obtida livremente pelo juiz sem qualquer parâmetro externo, bastando a sua convicção interior e sem a necessidade de declinar os motivos. Como se verá, somente no âmbito do Tribunal do Júri há essa possibilidade.

⁸⁵ Cf. Oliveira (2012, p. 329-333).

Por fim, no último sistema denominado de “livre convencimento motivado”, as provas não têm previamente um valor específico determinado por lei e o juiz pode realizar a apreciação que entender cabível, desde que declare expressamente os motivos de sua convicção, mediante fundamentação racional. Eis o porquê de também de ser denominado de sistema de “persuasão racional”. Este é o modelo adotado no Brasil atualmente.

Por isso que no sistema em vigor a liberdade do juiz é apenas relativa, vez que ao valorar a prova e as alegações dos autos, segundo seu convencimento pessoal, deve motivar as suas escolhas, a partir de parâmetros racionais. As escolhas não são arbitrárias, segundo sentimentos meramente pessoais, mas devem estar ancoradas em elementos lógicos. Trata-se de uma liberdade objetiva, e não totalmente subjetiva, nos termos de Knijnik (2007, p. 19).

Surgem, por conseguinte, dois conceitos importantes para a fundamentação produzida nas decisões judiciais: motivação e racionalidade. O primeiro é a exteriorização das razões de decidir; o segundo é a expressão lógica e consistente daquilo que se enuncia.

Oliveira (2012, p. 330) aduz que “o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas.” Nessa assertiva, fica facilmente perceptível a utilidade de uma motivação racional do sistema de valoração probatória, no sentido de validar o modelo de processo penal acusatório.

Essa argumentação racional, portanto, é o esteio material da motivação jurídica, cuja base normativa foi lançada expressamente no art. 93, IX, da CF⁸⁶ para dar um sentido de obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais:

Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

A referida norma objetivou um maior controle social e político das decisões judiciais, com vistas a conformar a discricionariedade latente e a hipertrofia do Poder Judiciário na

⁸⁶ Nessa mesma linha, prevê o inciso XLVI do art. 5º, da Carta Magna, quando preconiza que a lei regulará a “individualização” da pena. Esse comando não se dirige unicamente ao legislador, mas também ao órgão julgador, que dá concretude à norma. Para individualizar a pena, o juiz precisa demonstrar as circunstâncias que a lei estabelece e que foram provadas nos autos, capazes de influenciar na escolha e na dosimetria das penas, por meio de fundamentação adequada.

solução de demandas notadamente complexas, a partir da evolução do direito e das correntes teóricas que sucederam o formalismo jurídico.⁸⁷

A fundamentação judicial tem aspecto de garantia constitucional, no sentido de proteção e assegurar de direitos⁸⁸, com funções endoprocessual e extraprocessual, que serão melhor especificadas no capítulo seguinte. Por ora, é importante registrar que a função endoprocessual assegura às partes a possibilidade de insurgência ou impugnação específica, demonstrando eventuais obscuridades, contradições, omissões, imperfeições, nulidades, incoerências lógicas, dentre outros vícios de uma decisão judicial, além de viabilizar uma nova decisão hígida ou a reforma do julgado. Na segunda função, torna-se possível o controle social do papel dos Juízes, no seu mister de dizer o direito mediante os ditames públicos e democráticos.⁸⁹

Torna-se necessário, portanto, conhecer a amplitude normativa do dever de motivação adotado no âmbito dos tribunais populares, em especial nos Conselhos de Justiça, e verificar a sua repercussão no processo penal.

2.5 O dever de motivação nos Conselhos de Justiça Militar em face de uma crença velada sobre a decisão pela íntima convicção.

Consideradas as balizas supracitadas, retoma-se o comparativo em relação ao Tribunal do Júri para demonstrar que não há qualquer dúvida objetiva acerca da opção político-constitucional em excepcionar a regra geral, e permitir o julgamento pela íntima convicção dos jurados, apesar de algumas críticas desferidas pela inconstitucionalidade (RANGEL, 2005) ou pela inadequação do modelo (SOUZA e FRANCK JUNIOR, 2013).

Como os jurados votam de forma sigilosa e sem deliberação, podem conferir qualquer valor à prova dos autos, segundo a sua convicção pessoal, sem estarem presos às amarras lógicas do processo penal ou da dogmática jurídica. Trata-se de uma derrogação do sistema geral de valoração probatória, em prol de ideais democráticos. Isto só é possível porque a própria Constituição se encarregou de estabelecer a exceção, o que reforça a

⁸⁷ O formalismo defendia que o Direito seria completo, e que haveria uma regra para cada caso (coerência e exatidão), a qual poderia ser interpretada de forma clara e também uniforme.

⁸⁸ A doutrina discute a natureza jurídica do comando constitucional de fundamentação das decisões judiciais, atribuindo-lhe variavelmente a pecha de direito fundamental, garantia ou princípio constitucional. Em que pese as possíveis significações do preceito constitucional, o mais importante é conhecer a sua amplitude e aplicação precisa no Estado Democrático de Direito, para o fim dos controles jurídico, político e social das decisões judiciais.

⁸⁹ Conforme sintetizou Ferrajoli (2002, p. 497), o valor endoprocessual é de garantia de defesa e o valor extraprocessual é de garantia de publicidade.

compreensão da argumentação jurídica em simbiose com o direito constitucional. Ressalte-se, todavia, que este estudo não objetiva fazer análise dessa modalidade de órgão judicial, tampouco se ele poderia ser criticado ou readequado.

Já em relação aos Conselhos de Justiça, a ausência de uma exceção constitucional ao dever de motivar impediria o intérprete de levantar qualquer tipo de dúvida ou de incluir uma derrotabilidade da regra, ficando claro que suas decisões se inserem na regra geral da norma-garantia do Art. 93, IX, da CF 88 e, portanto, no sistema da persuasão racional.

O próprio Código de Processo Penal Militar, editado em 1969, positivou o sistema da persuasão racional no artigo 297, embora sem impor aos juízes a forma e o dever de motivar os votos, quando preconizou que “O juiz formará convicção pela *livre apreciação do conjunto das provas colhidas em juízo*. Na consideração de cada prova, o juiz deverá confrontá-la com as demais, *verificando se entre elas há compatibilidade e concordância*.” Da mesma forma, quando estabelece o compromisso a ser prestado pelos membros do Conselho de Justiça, no seu artigo 400, aduzindo: “Prometo *apreciar com imparcial atenção os fatos que me forem submetidos e julgá-los de acordo com a lei e a prova dos autos*.” (grifei)

Em suma, não é o fato de haver uma composição escabinada que, por si só, imporia uma exceção constitucional ao dever de motivar, sem que a própria Carta Constitucional assim dispusesse expressa ou implicitamente. De tal modo, as decisões dos Conselhos de Justiça devem ser fundamentadas identicamente a todas as demais decisões judiciais.

A releitura do direito existente a partir dos princípios e valores constitucionais já seria por demais satisfatória para fechar a questão e promover a dedução de que os Conselhos de Justiça Militar devem decidir de forma fundamentada. Trata-se da interpretação da norma inferior tomando como base a hierarquia normativa da Constituição, denominada de filtragem constitucional. Parte-se da preeminência da Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, dotados de unidade axiológica, que influenciam na interpretação das leis em geral. Ou seja, não é possível compreender um instituto de direito infraconstitucional, a não ser sob a ótica de toda a Constituição (SCHIER, 1999).

Essa técnica interpretativa induz ao entendimento inicial de que uma mera adequação da leitura sistemática com o conjunto de normas do próprio código, ou até mesmo pela integração jurídica, valendo-se da suplementação das normas de outros diplomas, já sanaria a dúvida sobre o dever de motivação nos escabinados militares.

Nessa linha de pensamento, eventual incompletude das normas do art. 297 do CPPM poderia ser complementada pela leitura do art. 155 do Código de Processo Penal (CPP), que teve sua redação alterada em 2008, justamente para melhor adequação constitucional.

Verifique-se o texto do Art. 155: “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.” (Grifei)

O texto do Código de Processo Penal já é mais evoluído no sentido do processo acusatório, ao trazer expressamente menção à fundamentação, além de trabalhar outros conceitos do devido processo legal e a distinção das provas entre as fases inquisitiva e acusatória. Ressalte-se que a alínea “a”, do artigo 3º do CPPM já traz expressamente a possibilidade de utilização integrativa de outras normas do processo penal comum, nos casos de lacunas do direito processual castrense.⁹⁰

Entrementes, as perplexidades verificadas na rotina e na práxis judiciária impõem uma análise detalhada desse dever constitucional. Muitas confusões são observadas na interpretação das normas orgânicas e processuais relativas ao modelo de deliberação e votação nas sessões colegiadas em primeira instância das Justiças Militares, justamente pela presença de leigos nestes órgãos.

Por isso, abre-se uma vertente interpretativa que professa que os juízes militares, por serem leigos, estariam dispensados por lei de motivar os seus votos, bastando apenas condenar ou absolver, ou que a sua motivação pode ser a mera concordância com a tese de uma das partes processuais, ou ainda, que a redação da sentença ou decisão pelo juiz togado já supriria qualquer carência técnica.⁹¹ Na verdade, trata-se de uma crença baseada em um senso comum teórico, que raramente é revelada em argumentos de decisões⁹² ou mesmo em produções acadêmicas⁹³. Aqui entra em cena uma comparação velada com o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, pela condição de leigos dos militares votantes no escabinado.

⁹⁰ CPPM, Art. 3º: “Os casos omissos neste Código serão supridos: a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar.”

⁹¹ A referida constatação é descrita em BARROSO (2012).

⁹² Apesar de ser muito raro verificar uma decisão adotando expressamente esta vertente de interpretação, é possível colher esporadicamente algum tipo de menção a essas crenças. A esse respeito, conferir trecho em *obiter dictum* de Apelação STM, Nº 0000101-40.2016.7.11.0111-DF, transcrita em: Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar. – Vol. 28, n. 1 (jul./dez. 2018). – Brasília, DF: Superior Tribunal Militar, Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento, 2019. p. 182 “Característica especial da Justiça Militar é o fato de os Juízes Militares, à semelhança dos membros do Júri, não serem obrigados a declinar os fundamentos que os levaram a votar em um ou noutro sentido. Ainda mais a destacar é o fato de o Juiz-Auditor ser responsável por lavrar a Sentença mesmo quando vencido, como no presente caso.

Dessa forma, torna-se impossível para esta Corte aferir os fundamentos que efetivamente levaram os Juízes Militares a proferirem seus votos condenatórios, uma vez que a Sentença foi lavrada por terceiro que sequer os conhecia. No máximo, cogitava-os.” Grifei.

⁹³ Cabe ressaltar que não existe pesquisa científica que defenda expressamente tais posicionamentos, mas tão somente a praxe forense, por atores do direito processual penal militar. A título de exemplo, Neves (2017, p. 147) faz menção a existência de tais posicionamentos, sem, no entanto, apresentar as referências bibliográficas,

Esta pesquisa parte da hipótese de que tais afirmações não podem subsistir diante do ordenamento jurídico pátrio, pela seguinte análise: os Conselhos de Justiça, sob o molde básico do CPPM e da LOJMU, estabelecem paridade de atribuições judicantes entre juiz togado e juízes militares, de modo que todos os votos têm o mesmo peso e extensão para formação do julgado, que se dá por maioria ou unanimidade.⁹⁴

A distinção entre atribuições no interior dos Conselhos, que são competências horizontais internas, fica por conta apenas do aspecto de relatoria dos processos e de redação da sentença, e da presidência dos Conselhos⁹⁵, que cabem ao juiz togado. Nada obstante, com exceção da redação da sentença pelo juiz togado, que será objeto de análise posterior, tais distinções funcionais⁹⁶ não impactam no grau de cognição e de decisão sobre a matéria fática e jurídica, sendo relevantes apenas no terreno da coleta das provas e de atos procedimentais, que não são objeto de estudo específico nesta pesquisa.

Importante fixar, também, outro aspecto distintivo em relação às decisões do Tribunal do Júri, que são *subjetivamente complexas*, pois resultam da conjugação da vontade de dois órgãos com atribuições distintas no mesmo processo, sendo o pronunciamento das questões de mérito, acerca do crime e autoria, efetuado pelos jurados do Conselho de Sentença com base nas respostas objetivas aos quesitos formulados pelo Juiz-Presidente (sim ou não), e as demais questões processuais e de direito, de aplicação da pena e consectários, pelo próprio Juiz-Presidente.

Diversamente, as decisões produzidas pelos Conselhos de Justiça são tomadas pela maioria dos votos de todos os juízes e são classificadas como *subjetivamente plúrimas*, pois provêm de um órgão colegiado homogêneo (em termos de poderes processuais), considerando-se que os votos dos juízes dos Conselhos têm o mesmo peso e extensão, dirigem-se a toda e qualquer matéria de fato e de direito, penal e processual, inclusive quanto à aplicação da pena, formando-se a maioria em cada capítulo e/ou no dispositivo da sentença.

que notadamente são inexistentes. Ressalte-se que o autor é Membro do Ministério Público Militar e leva as suas experiências aos textos doutrinários.

⁹⁴ Art. 435, parágrafo único e Art. 438, § 1º do CPPM, e Art. 27 e 28 da Lei 8.457/92.

⁹⁵ Reitere-se que embora as atribuições de Presidência dos Conselhos devam realmente ser da alçada de um técnico em direito, como é o juiz togado, isso em nada interfere no poder decisório dos votos, sendo atribuições meramente de administração e de polícia das sessões.

⁹⁶ Por exemplo, o juiz togado assume o papel de relator do processo e tem, dentre outras, a incumbência de determinar a realização de exames, perícias, diligências e nomear peritos; bem como formular ao réu, ofendido ou testemunha suas perguntas e as requeridas pelos demais juízes, bem como as requeridas pelas partes para serem respondidas por ofendido ou testemunha (art. 30, V e VI da LOJMU). Pode, ainda, o juiz togado proceder todos os demais atos da instrução criminal de forma monocrática fora da sede, exceto o interrogatório do acusado, a acareação e a inquirição de testemunhas, que devem ser realizados na sede da Auditoria, perante o Conselho. Por fim, pode dar impulso ao processo, e realizar atos e decisões de cunho meramente procedimental, que não sejam estritamente questões de fato e de direito, que é competência do Conselho.

Ora, se as decisões dos Conselhos de Justiça são subjetivamente plúrimas e se o Conselho de Justiça deverá decidir de forma fundamentada, é forçoso concluir que todos os juízes integrantes do órgão deverão fundamentar os seus votos e não somente o juiz togado.

Uma interpretação contrária falharia em termos lógicos e jurídicos. É neste sentido que Taruffo (2015) assenta que a motivação é garantia geral e obrigatória para todas as decisões, sendo que nenhuma norma infraconstitucional pode limitar o preceito constitucional. Portanto, não cabe uma interpretação do CPPM no sentido de retirar do juiz militar o dever de fundamentar as suas próprias decisões. O que pode variar é apenas o modo e a adequação dessa motivação, mas não a sua obrigatoriedade.

Ressalte-se que nesta pesquisa é adotada como premissa básica esse dever de motivação individual de cada voto pelos juízes militares. A interpretação pela inexistência da possibilidade de motivação dos votos individuais dos juízes militares nos conduziria ao encerramento da pesquisa neste ponto, uma vez que o próprio texto da lei já denotaria uma incongruência com um modelo que se intitula de democrático.

Dentre os raríssimos estudos que se debruçam sobre o tema na esfera processual penal militar, Roth (2004) foi um dos primeiros a abordar a questão específica. Em sentido convergente ao deste trabalho, concluiu que os votos (decisões) de todos os juízes formam a decisão do colegiado, por agregação, a qual só será fundamentada se todas as decisões individuais forem fundamentadas:

Importante consignar que a decisão do colegiado é formada, então, da decisão proferida pelo voto dos juízes individualmente, de tal sorte que o cômputo daqueles é que formará a decisão do colegiado. Entendo, assim, que cada um dos votos do Colegiado deve obedecer ao mandamento constitucional da motivação para ser válido. Esse raciocínio encontra razão também pelo fato de os votos dos juízes, sejam convergentes ou divergentes, poderem ocorrer por fundamentos diversos, daí a motivação explícita do juiz permitirá às partes o exame da sua pertinência e razoabilidade. (ROTH, 2004, p. 26)

A partir da conjugação do comando constitucional que só comportaria exceções expressas, e até mesmo discutíveis, bem como da própria arrumação dos dispositivos legais, cabe a interpretação de que não só a decisão final do Conselho de Justiça deve ser motivada pelo juiz togado, mas de que todos os juízes militares devem obrigatoriamente explicitar o raciocínio lógico utilizado para chegar à decisão do seu voto, a partir da valoração do material probatório inserido no processo, com vistas a formar pelo menos uma maioria para a decisão final.⁹⁷

⁹⁷ Esse também é o entendimento de Neves (2017, p. 148) ao tratar do princípio da motivação das decisões judiciais: “Justamente por esse princípio, repetimos, impõe-se ao juiz militar que motive seu voto. Com todo

Deve-se analisar a partir da premissa de obrigatoriedade da motivação nos votos individuais, se o sistema deliberativo do processo penal militar proporciona as bases para que a votação emita uma decisão minimamente racional, pública e passível de controle, em especial nos preceitos normativos que se referem à forma e estrutura dos votos dos juízes militares, bem como sobre a redação final das decisões.

A abordagem precisa de um duplo enfoque. Inicialmente, analisar-se-á se as normas de direito positivo fornecem um desenho institucional e procedimentos que permitam a publicidade, a deliberação e a motivação das decisões, que será feita na próxima seção deste capítulo. Um segundo enfoque acontecerá na sequência, por meio da pesquisa empírica, nos capítulos 5 e 6. Pelo método do estudo de caso, verificar-se-á como ocorrerem as deliberações para a construção da motivação decisória.

2.6 Lacunas e incongruências do sistema deliberativo e do processo decisório vigente

Estudar o escabinado militar pressuporia uma análise completa do sistema processual adotado, do desenho institucional integral do órgão judicial, das competências funcionais, dos ritos procedimentais, além do sistema de deliberação e votação, a fim de se ter uma visão completa de todos os fatores que intervêm na formação da decisão judicial. Isso ampliaria em demasia o escopo da pesquisa, trazendo prejuízos metodológicos. A opção se limitou à análise do sistema de deliberação e de decisão, que é capaz de cumprir a proposta de estudo.

O objetivo do trabalho é dissipar dúvidas prévias sobre como a motivação da decisão judicial é construída naqueles órgãos, considerando que não é possível afirmar se um colegiado predominantemente leigo pode emitir decisões fundamentadas, sem a análise das normas procedimentais que viabilizam tais decisões. Repise-se, para melhor clareza, que não se analisa neste momento as decisões proferidas e o seu grau de racionalidade, situação que deve ser investigada na sequência da pesquisa empírica, a partir de aspectos qualitativos ligados a questões filosóficas, epistemológicas e de argumentação jurídica.⁹⁸

respeito aos que postulam de forma diversa, não enxergamos essa exceção no disposto no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, como ocorre no caso do Tribunal do Júri em que a alínea b do inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, ao consagrar o sigilo das votações, excepciona a regra geral de motivação das decisões judiciais.” Da mesma forma, entende Figueiredo (2009, p. 17): “Por óbvio que os juízes militares têm o dever de fundamentar seus respectivos votos, seja nas questões de direito suscitadas, seja no tocante ao mérito”

⁹⁸ Tais campos do saber é que dispõem de ferramentas capazes de investigar adequadamente o padrão argumentativo e a correção das decisões proferidas pelo sistema escabinado. Nesses estudos, portanto, será possível afirmar, em tese, se uma decisão produzida por leigos e redigida por um togado, nos moldes do nosso direito positivo, pode ser racionalmente fundamentada, segundo modelos de argumentação jurídica. São discussões iniciadas com teorizações e complementadas por um estudo de caso, nos próximos capítulos.

Neste capítulo, a delimitação do estudo é ainda maior e a preocupação reside apenas na amplitude normativa formal, qual seja, a estrutura e a forma que definem a maneira de externar os votos proferidos pelos juízes, togados e militares. Perpassa, assim, por um recorte metodológico que distingue institutos, analisa procedimentos e conceitos relativos às deliberações, às votações orais, à justificativa escrita dos votos vencedores e vencidos e à redação das decisões ou sentenças. Ocorre uma mera apreciação das normas de direito positivo.

O recorte será suficiente para problematizar o estudo e identificar eventuais falhas, lacunas ou incoerências. Permitirá aquilatar e discutir, ainda, acerca da prefalada tese da justiça intrínseca das decisões e, por fim, trazer os elementos necessários à realização da pesquisa empírica nos capítulos subsequentes.

Por isso, há a necessidade de verificar se este sistema deliberativo da legislação infraconstitucional apresenta compatibilidade com a carta constitucional, permitindo as bases mínimas para que ocorra a motivação completa dos votos proferidos nos Conselhos de Justiça e se essa exposição motivada atende aos pressupostos de um processo penal acusatório. Pela negativa, será possível identificar lacunas e problemas, que poderão ser complementados pela análise empírica.

Para os fins da pesquisa, conceitua-se como modelo ou sistema deliberativo e decisório o conjunto de dispositivos legais, especialmente os previstos na Seção VII – Título I do Livro II do Código de Processo Penal Militar, destinados à sessão de julgamento e da sentença, mas que são aplicáveis também às decisões interlocutórias⁹⁹, e que preveem ou deveriam prever o modo de deliberação dos juízes, a motivação, a justificativa escrita dos votos e a redação da decisão final. Agregam-se a estes dispositivos, os pertencentes às Leis de Organização Judiciária Militar que complementam tais atribuições.

Embora o código não deixe organizado de forma essencialmente didática, existem duas grandes fases que compõem o processo deliberativo-decisório e que interferem no raciocínio que aqui se debate: uma fase oral e uma escrita, cujos principais dispositivos são os transcritos a seguir.

⁹⁹ O sistema de deliberação e votação das decisões interlocutórias não foi delineado no CPPM, o que não impede que lhe seja estendido o mesmo procedimento de julgamento, com as devidas adaptações. Basta notar que o próprio artigo 443 do CPPM, quando discorre sobre a leitura de sentença, textualmente trata de “sentença” e de “decisão”, como sendo o mesmo procedimento. Isso já ocorre com muita frequência na prática forense, mormente porque a própria principiologia da composição escabinada pressupõe a necessidade de deliberação. Ademais, a lei 8.457/92, em várias passagens, atribui a ideia de que o mesmo procedimento das sessões de julgamento se aplica ao de deliberação de decisões (ver Art. 29, VI e art. 30, VII). Outra interpretação não pode ocorrer, sob pena de não haver a formação decisória pelo sistema colegiado, no caso de decisões interlocutórias.

Art. 434. Concluídos os debates e decidida qualquer questão de ordem levantada pelas partes, o Conselho de Justiça passará a deliberar em sessão secreta, podendo qualquer dos juízes militares pedir ao auditor esclarecimentos sobre questões de direito que se relacionem com o fato sujeito a julgamento.

Art. 435. O presidente do Conselho de Justiça convidará os juízes a se pronunciarem sobre as questões preliminares e o mérito da causa, votando em primeiro lugar o auditor; depois, os juízes militares, por ordem inversa de hierarquia, e finalmente o presidente.

Art 438, § 2º - A sentença será redigida pelo auditor, ainda que discorde dos seus fundamentos ou da sua conclusão, podendo, entretanto, justificar o seu voto, se vencido, no todo ou em parte, após a assinatura. O mesmo poderá fazer cada um dos juízes militares.

A partir do texto legal, será possível extrair, criticar e interpretar as normas que tratam sobre a deliberação, a votação, a justificação e a redação das decisões, dando-lhes a extensão necessária e a integração das incompletudes. Para a análise completa e uma melhor fluidez de entendimento, cabe decompor as referidas normas, com o fim de descrever um breve esboço desse procedimento deliberativo e da sua materialização em uma decisão ou sentença na forma escrita, formulando a síntese das suas etapas:

a) Etapa de sustentações orais – feitas as leituras e exibições de provas na sessão de julgamento, ocorrem as sustentações orais das partes¹⁰⁰;

b) Fase deliberativa – decidida qualquer questão de ordem eventualmente levantada, os juízes passam a deliberar em *sessão pública*¹⁰¹, podendo qualquer dos juízes militares pedir ao juiz togado esclarecimentos sobre questões jurídicas que se relacionem com o fato sujeito a julgamento;

c) Fase de votação – ato contínuo, o presidente do Conselho de Justiça convidará os juízes a se pronunciarem sobre as questões preliminares e o mérito da causa, votando em primeiro lugar o juiz togado. Na sequência, votam os juízes militares por ordem inversa de hierarquia;

d) Apuração dos votos – o próximo passo é a apuração dos votos, para verificar a formação da maioria, se não houver unanimidade, segundo o sistema do “voto médio” preconizado no parágrafo único do art. 435 do CPPM;

¹⁰⁰ CPPM, Art. 433. Terminada a leitura, o presidente do Conselho de Justiça dará a palavra, para sustentação das alegações escritas ou de outras alegações, em primeiro lugar ao procurador, em seguida ao assistente ou seu procurador, se houver, e, finalmente, ao defensor ou defensores, pela ordem de autuação dos acusados que representam, salvo acôrdo manifestado entre eles.

¹⁰¹ Ver comentários críticos na seção 2.6.1, acerca da não recepção constitucional de uma sessão de deliberação secreta.

e) Fase de proclamação – proclama-se o resultado do julgamento pelo Presidente e são adotadas as medidas de intimações, publicações, lavraturas de ata e outros atos procedimentais;

f) Fase de redação da sentença – no lapso temporal estabelecido pela lei¹⁰², ocorre a redação das justificativas dos votos, quando cabível, e da sentença, conforme preconiza o § 2º, do art. 438 do CPPM, que tem um papel estrutural nesse modelo.

Em todo esse emaranhado normativo, alguns aspectos precisam de sindicância, quer pela necessidade de aclarar os conceitos, quer pela confusão interpretativa do sistema adotado pelo código. São fatores capazes de gerar sérios problemas dogmáticos, com potencial repercussão prática, principalmente sobre a qualidade da motivação das decisões judiciais. É no espectro desses aspectos normativos que será feita uma detida análise das características e sobre possíveis lacunas, incongruências e compatibilidades constitucionais, de acordo com o inciso IX do art. 93, da CF 88.

Para verificar se há bases normativas mínimas que condicionem uma decisão colegiada hígida e estruturalmente completa, há de se interpretar o processo deliberativo e a formação decisória do rito procedimental do CPPM a partir da Constituição, e não o inverso. Desta forma, cada subtópico abaixo analisado deverá identificar a compatibilidade ou não com a Constituição Federal, além de destacar possíveis fatores intervenientes ou lacunas que impedem a deliberação efetiva ou a motivação das decisões.

Ressalte-se que as referências bibliográficas que interpretam ou criticam diretamente as normas sobre deliberação e decisão dos Conselhos de Justiça Militar são bastante raras, cujos principais artigos ou ensaios foram listados e discutidos abaixo. A observação é importante porque em determinados momentos da análise não haverá apoio doutrinal sobre os argumentos críticos construídos nesta pesquisa, mas apenas contribuições hermenêuticas de direito constitucional e do processo penal comum, que servirão de apoio para inferências e interpretações normativas.

2.6.1 A não recepção constitucional de uma sessão secreta

A primeira análise recai sobre a existência de uma sessão secreta na fase de deliberação e votação. A dissonância com a Constituição nesse ponto é notória, por violar frontalmente normas expressas nos seus artigos 5º, LX e 93, IX, os quais determinam que a lei

¹⁰² O Art. 30, VII, da Lei 8.457/92 e o Art. 443 do CPPM estabelecem o prazo de 8(oito) dias para a redação das sentenças e decisões pelo juiz togado.

só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem e que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos.

Assim, uma definição *a priori* de sessão secreta não é possível no ordenamento jurídico brasileiro, porque a regra é a publicidade dos atos processuais. A exceção à publicidade dos atos processuais tem possibilidade restrita e sempre com fundamento constitucional, nos casos de defesa da honra, imagem ou intimidade de terceiros ou, ainda, por interesse público, segurança da sociedade ou do Estado, havendo em tais hipóteses possibilidade de participação apenas das partes e advogados.

Para além da regra, consta excepcionalmente no direito brasileiro a garantia do sigilo da votação no Tribunal do Júri, a qual não permite abrandamento, por ser uma norma com *status* de garantia individual. Cabe aqui reiterar que a Constituição Federal não fez concessões aos Conselhos de Justiça Militar, como o fez com o Tribunal do Júri em relação ao sigilo das votações.

Portanto, o artigo 434 do CPPM, na parte em que prevê uma fase de deliberação em sessão secreta, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Esse entendimento também possui amparo na jurisprudência do próprio Superior Tribunal Militar¹⁰³ e dos demais Tribunais Superiores, notadamente no Supremo Tribunal Federal.¹⁰⁴

O registro sobre a incongruência legislativa é importante, a fim de verificar o impacto dessa norma na prática deliberativa.

2.6.2 A oralidade das sessões e a forma dos votos: um paradoxo com o processo escrito

Os atos processuais, das partes ou do juízo, podem ser realizados na forma oral e englobar as etapas de postulação, defesa, instrução, debates, deliberação e decisão, de acordo com o rito que a lei estabelecer.

As normas do CPPM e das LOJM privilegiaram a oralidade¹⁰⁵ como feição básica dos atos decisórios do processo penal militar, considerando que o Conselho de Justiça atua precipuamente nas audiências, quer seja de instrução ou de julgamento. Não há procedimento

¹⁰³ Ver julgado do STM – HC 33.131-0-RJ. Publicado em 17/10/1995.

¹⁰⁴ Ver julgados do STF: HC 67494-RJ; HC 69.968-PR; RHC 67494; e RMS 23036.

¹⁰⁵ “Para bem demonstrar esse predomínio da forma oral sobre a escrita é bem de ver que o CPPM permite verbalmente opor a exceção de incompetência (art. 143 ao 147), arguir falsidade de documento (art. 163 ao 168), formular pedidos de liberdade provisória, de menagem e de diligências durante a instrução do processo. E o que é mais relevante, na sessão de julgamento, obrigatoriamente, as partes fazem uso da palavra para suas alegações finais perante o Conselho, conforme disposição do art. 433.” (ROSSETTO, 2004, p. 37).

no código em que o colegiado seja demandado que não seja para atuar em uma audiência, cuja forma oral é a principal característica.

Por outro lado, pode-se afirmar que se trata de uma oralidade meramente formal, no sentido da maneira verbal de realização dos atos processuais e de prolação de decisões, e não como característica de um processo penal de índole oral. A restrição da oralidade à forma de realização das sessões e audiências, e não à forma de fazer o processo penal militar, traz consequências sobre o processo deliberativo e decisório, que se encaixa em um processo penal militar de natureza escrita¹⁰⁶. O processo deixa de atingir o princípio da oralidade em essência, que se materializa pelos critérios da imediação, da identidade física, e da concentração da causa em audiência.

A imediação é o contato direto do juiz com as provas e com as alegações das partes em audiência, para melhor formar sua convicção decisória. Por sua vez, a identidade física permite que o juiz que colhe a prova deva ser o mesmo que julga, para que se beneficie do contato por imediação e produza uma decisão coerente. Por fim, a concentração é a reunião dos atos probatórios, dos debates e do julgamento em uma mesma audiência, como ato processual uno, permitindo, efetivamente, que ocorram a imediação e a identidade física do juiz.¹⁰⁷

Com exceção dos Conselhos Especiais de Justiça, os Conselhos Permanentes atuam por tempo determinado e exaurem sua jurisdição após o interregno de um trimestre do ano civil, de forma que somente em poucos casos conseguem participar da instrução e do julgamento do mesmo processo. Perde-se o substrato principal da oralidade, que é a concentração da audiência, com a realização da instrução e a coleta das provas orais com a imediação dos juízes, seguindo-se aos debates e ao julgamento na mesma sessão.

O próprio rito do procedimento ordinário estabelece uma cisão entre audiência de instrução e audiência de julgamento, interpondo entre elas as fases de diligências e de alegações escritas, previstas nos artigos 427 e 428 do CPPM. Somente nos ritos do procedimento especial, para julgamento dos crimes de deserção e de insubmissão, é que se torna possível a audiência na forma unificada.¹⁰⁸

¹⁰⁶ A esse respeito, consultar Vasconcelos (2019, p. 191), sob cuja abordagem do processo civil tem plena aplicabilidade ao processo penal: “O processo brasileiro de feição nitidamente escrita se desenvolve por fases, normalmente distanciadas no tempo, em face do volume de demandas e da consequente movimentação retardada nos processos. Isso ocasiona o efeito de incidir as substituições legais dos juízes que atuaram remotamente nos autos por outros, de modo que quase não se consegue atender ao princípio da identidade física do juiz.”

¹⁰⁷ A respeito de tais critérios, o direito processual tem em Giuseppe Chiovenda (2002, p. 55/104) um dos maiores idealizadores do princípio da oralidade como mecanismo de celeridade e efetividade processual.

¹⁰⁸ Embora prevista como regra, a sessão de julgamento pode ser realizada posteriormente, acaso haja necessidade de complementação de diligências.

Estes fatores vão impactar diretamente no grau de cognição dos membros do Conselho acerca da causa, com o agravamento de que a redação da sentença será feita pelo togado, ainda que seja voto vencido.

Por outro lado, a finalidade de formação de um colegiado para assistir aos debates orais das partes e promover discussões deliberadas é atendida em quase toda a sua plenitude, em qualquer um dos procedimentos. Nesse sentido, não há proscricção constitucional para a prolação de votos orais em audiência. Pelo contrário, as leis nacionais tendem a privilegiar a forma oral de decisões para assegurar celeridade processual e melhoria dos critérios de instrução e julgamento. Esse movimento legislativo se intensificou com as recentes reformas nas normas e códigos de Processo Penal e Civil comuns, respectivamente em 2008 e 2015, quando preconizaram a audiência concentrada e reforçaram a permissão de que o juiz prolate a sentença em audiência.¹⁰⁹

Como não se discute neste momento acerca do grau de racionalidade que pode advir de decisões proferidas por juízes leigos e do padrão argumentativo que se pode obter de um processo escrito, que mescla regras de oralidade com formação de sentença escrita, conclui-se que a validade formal das deliberações e do voto oral em audiência, decidindo a contenda, é algo juridicamente aceito no ordenamento pátrio, mas que precisa de algum aperfeiçoamento. Todavia, a inexistência de um processo genuinamente oral é capaz de gerar uma mitigação da utilidade das audiências orais, dando-se destaque ao problema da redação da sentença exclusivamente pelo juiz togado.

2.6.3 A estrita deliberação (discussão) e a decisão por colegialidade

Apesar da forma oral de se realizar as sessões e audiências, remanesce a dúvida sobre a forma, a importância e o estímulo para a realização das deliberações colegiadas nos moldes postos na lei.

De modo não muito perceptível, foi visto acima que o código faz uma bipartição nas etapas de deliberação e de votação. Todavia, em uma leitura mais reducionista, diria o intérprete literal que a deliberação tratada no art. 434 do CPPM se constituiria em meros pedidos de esclarecimentos, para sanção de dúvidas jurídicas. Já a votação seria prevista no art. 435, do CPPM, em que os juízes se manifestariam em uma determinada ordem, se pronunciando sobre questões preliminares e sobre o mérito da causa. Assim, não haveria uma

¹⁰⁹ A respeito de um estudo comparativo entre vantagens e desvantagens do proferimento da sentença em audiência, conferir TREVISAN (2014).

fase de discussão da causa. Seria um ponto de dissonância em relação a qualquer outro órgão colegiado do Brasil, em que seus juízes analisam questões de fato e de direito.

Essa interpretação seria frontalmente contrária à Constituição, por impedir que o fato sujeito a julgamento possa ser analisado com a profundidade adequada. Quando a jurisprudência rejeitou a sessão secreta, não somente fez alusão à publicidade formal dos votos. Trouxe a fase deliberativa para o conhecimento geral do público e das partes, que poderá exercer o controle, direto ou indireto, de tudo o que compuser o processo decisório.

Deliberar é tratar a respeito de algo. No entanto, tal ação não se vincula, necessariamente, com a motivação da decisão, vez que neste momento o convencimento de cada juiz está se formando, em tese. Nesta etapa, discute-se a causa em todos os seus aspectos, de fato e de direito. Por isso, a deliberação é um instrumento para a motivação.

Pode ser compreendida como uma conversa dialogada, em que é permitido aos juízes militares, inclusive, pedir esclarecimentos ao juiz togado sobre questões jurídicas¹¹⁰, tudo com vistas à melhor conformação dos seus votos na fase seguinte. A fase de deliberação é algo extremamente positivo e serve justamente para dar concretude ao escabinado em primeira instância, que traz a sua vivência pessoal (juiz militar) e técnica (juiz togado), a fim de permitir um melhor julgamento. Assim, quando determinado juiz exterioriza os seus próprios argumentos, os demais juízes podem formar uma melhor visão acerca da matéria discutida.

Se logo após os debates orais das partes os juízes iniciarem os seus votos na ordem prevista, sem qualquer discussão, não haverá a possibilidade, por exemplo, do juiz togado ser influenciado pela experiência dos juízes militares, vez que é dele o primeiro voto. Por isso surge um outro indício de desconfiança da prefalada tese da “justiça intrínseca” das decisões proferidas pelos escabinados no sistema atual, dada a ausência de contornos legais para formatar a deliberação, que se traduza em influências recíprocas e em complementação de ideias.

Fazendo-se uma interpretação compatível com a finalidade constitucional de criação de um órgão democrático, qualquer juiz poderia emitir seus entendimentos, em qualquer ordem, independente de antiguidade, com a finalidade de formar o convencimento do colegiado sobre os diversos argumentos discutidos. Essa discussão poderia ser feita de forma concomitante pelos juízes, sem obediência à ordem hierárquica de votação do art. 435 do

¹¹⁰ Embora a letra do código se refira apenas a retirada de dúvidas sobre “questões de direito”, é certo que não existe uma separação absoluta entre fato e direito, mormente pela complexidade que é a análise probatória e a sua reconstrução histórico-fática, para o correto enquadramento na norma. A análise ocorre simultaneamente, em forma de retroalimentação de conceitos, de modo que uma dúvida sobre uma situação de fato, tenciona a resolução de uma questão de direito. Portanto, prefere-se interpretar o termo como “questões jurídicas”, o que permite ao juiz militar total liberdade na amplitude de suas indagações ao juiz togado.

CPPM, que se aplica somente quando a convicção já está formada. A única ressalva seriam as regras costumeiras da cordialidade e do bom uso da fala, mediados pelo juiz presidente, ou a imposição eventual de regras processuais para disciplinar os debates.

Para refutar uma possível objeção sobre uma deliberação em um órgão de maioria militar, não se vislumbra violação aos preceitos de hierarquia e disciplina militar ou o risco de ocorrer o temor reverencial a partir da manifestação dos juízes de maior hierarquia militar antes dos juízes de menor hierarquia durante a deliberação.¹¹¹ Primeiro, porque não se está a votar, mas apenas em uma fase de sedimentação da compreensão da causa jurídica. Como essa etapa ainda não é a de votação, é possível conceber uma assincronia de ideias para a dissipação de dúvidas. A mudança de um voto previamente esboçado no espírito do julgador pode ocorrer a partir de esclarecimentos que surjam na deliberação. Segundo, porque se trata de um órgão judicial cuja finalidade é deliberar sobre uma questão jurídica, submetida a julgamento, e que se converterá em uma decisão de mérito sobre os fatos e sobre o direito, sendo que todos os votos têm o mesmo peso e extensão, independente da qualificação técnica ou da origem do seu prolator.

Disso se conclui que retirar essa faculdade da discussão seria o mesmo que afirmar a impossibilidade de subsistir no mundo jurídico um órgão com essa composição, sem que isso ferisse os preceitos da Constituição de 1988. Basta lembrar que houve uma modificação do eixo administrativo para o jurisdicional a partir da Constituição de 1934, situação que atrai todas as responsabilidades de política legislativa, e consequentemente de interpretação jurídica, para a imposição de um processo penal baseado em princípios constitucionais.¹¹²

A deliberação pode ser metaforicamente comparada ao “combustível” de um sistema colegiado, capaz de dar significado à formação decisória, por uma complementação de ideias, e não simplesmente por uma soma de maiorias.¹¹³

¹¹¹ Afinal, se existe um risco de temor reverencial, ele está cristalizado no desenho institucional integral do escabinado e no simples fato de que é impossível controlar o que se passa no “extramuros” dos auditórios da Justiça Militar. A permanência na função de juiz, em concomitância com a função militar; a inexistência de uma capacitação prévia, para orientar sobre o processo penal, bem como sobre a deliberação e votação; as reduzidas garantias da influência do poder hierárquico sobre os membros do Conselho; são exemplos de que as decisões poderão eventual ser viciadas, por ausência de imparcialidade. Todavia, ressalte-se, são situações hipotéticas, que não permitem afirmar o grau ou probabilidade de tais ocorrências. Logo, não seria a necessária discussão deliberada um fator de demérito ou de risco à imparcialidade dos julgadores.

¹¹² Para ampliar a compreensão do tema, ainda que por adaptação, conferir: DO VALE (2015), em estudo que versa sobre as práticas de deliberação entre os magistrados, na qualidade de discursos argumentativos de caráter intersubjetivo e interativo no âmbito dos órgãos colegiados dos tribunais constitucionais, com base nos aspectos dialéticos e retóricos da argumentação.

¹¹³ Em proposta de superação de uma mentalidade solista e antideliberativa, conferir Mendes (2012, p. 53-74), a respeito do ideal de cortes deliberativas.

A ausência de balizamentos normativos do código castrense é capaz de suprimir essa etapa importante do procedimento colegiado, quanto de impedir eventuais excessos. Se não há regramento, é possível que a deliberação seja descoordenada, ou que o juiz togado, por exemplo, preste esclarecimentos técnicos, utilizando-se da oportunidade para dirigir os votos dos juízes militares. Em qualquer visualização hipotética, os riscos de violação às normas do processo constitucional se potencializam.

Verifica-se, portanto, que as regras sobre discussão ou deliberação em sentido estrito, conforme postas no CPPM, não atendem ao princípio da oralidade e da colegialidade, tampouco estimula que a decisão seja tomada pelo confronto de ideias. Não há definição de deveres e limites argumentativos impostos aos membros do Conselhos de Justiça, excetuado o dever de redação da sentença. O código peca pela insuficiência normativa.

Registra-se, por outro lado, que conclusões de cunho dogmático são insuficientes neste ponto, carecendo o modelo de verificação empírica, para saber como os comandos normativos são materializados na práxis judiciária.

2.6.4 A lacuna normativa sobre a estrutura dos votos orais

Seguindo-se à deliberação, os juízes são convidados pelo presidente a emitirem seus votos, iniciando-se pelo juiz togado e, por ordem inversa de hierarquia¹¹⁴, do juiz militar mais moderno ao mais antigo.

Por outro lado, a lei não é expressa sobre a forma e a estruturação do voto. Os termos utilizados pela lei (Art. 435 do CPPM) em relação aos juízes individualmente considerados são “pronunciamento” e “votação”, sem dar a devida amplitude a tais atos, o que demandará um esforço interpretativo para identificar como o voto deve ser enunciado. O “pronunciamento” do juiz sobre questões preliminares ou de mérito não vem formatado por qualquer parâmetro. Da mesma forma, a votação é descrita de modo aberto, como se fosse apenas a emissão de um voto objetivo (veredicto) afirmando que condena ou que absolve.

¹¹⁴ Essa sequência hierárquica adota a mesma lógica da ordem de votação dos Tribunais brasileiros. Todavia, no caso do escabinado militar, a melhor interpretação da regra é a pretensão em evitar influências indevidas dos militares mais antigos sobre os mais modernos, cerceando, ainda que por temor reverencial, os votos subsequentes. Neste ponto, o procedimento objetiva preservar a imparcialidade do julgador, característica de um processo acusatório e, portanto, apresenta alinhamento constitucional. A única ressalva sobre a ordem de manifestação se encontra na já analisada fase de discussão (seção 2.6.3), momento em que não há decisão formada e se torna não só cabível, como também desejável, a existência de um procedimento de discussão da causa com a troca de experiência entre os membros do Conselho, independente da ordem de pronunciamento.

Saber até que ponto essa forma de prescrever o voto interfere na efetiva construção da decisão, requer um aprofundamento empírico. Por ora, cingir-nos-emos ao que a norma pode oferecer para a construção da motivação decisória, a fim de listar possíveis críticas.

Para corrigir a lacuna normativa¹¹⁵, socorre-se da interpretação sistemática e teleológica, no sentido de que o “voto” não é unicamente a conclusão ou dispositivo da decisão de cada juiz. A indicação normativa sobre em que consiste a estrutura do voto individual pode ser defluída primeiramente do próprio § 2º do art. 438 do CPPM, quando diz que “a sentença será redigida pelo auditor, ainda que discorde dos seus fundamentos ou da sua conclusão, podendo, entretanto, justificar o seu voto, se vencido, no todo ou em parte [...]”. É fácil perceber da leitura que o voto se divide entre “fundamentos” e “conclusão”, e que estas são as “partes” do voto que podem ser objeto de discordância do juiz togado. Não pode ser outro o entendimento da norma, justamente pela interpretação sistematizada com outros dispositivos do próprio CPPM quando tratam da forma que deve ser estruturada a sentença, mormente nos artigos 438 e seguintes.

Portanto, quando qualquer juiz do Conselho for se pronunciar sobre o mérito da causa, penal ou processual e, logicamente, em qualquer outra questão de fato ou de direito, deverá proferir voto completo, de acordo com as normas do código que preconizam a estruturação das decisões e sentenças. Segundo as normas processuais e os entendimentos doutrinários, as sentenças são constituídas de relatório, fundamentação e dispositivo¹¹⁶.

Ressalve-se apenas que o essencial dessa votação oral pelos juízes militares reside na fundamentação e no dispositivo do voto. O relatório do processo, embora seja requisito da sentença, pode e deve ser verbalizado apenas pelo juiz togado, vez que se trata de apuração dos principais eventos do processo e da delimitação das questões e das teses de acusação e defesa, que deverão, necessariamente, ser enfrentadas na decisão. Trata-se de etapa que requer

¹¹⁵ Por ser o Conselho de Justiça um órgão colegiado predominantemente leigo e deveras peculiar no âmbito da primeira instância, fugindo ao contexto dos demais órgãos judiciais nacionais, é intuitivo que tanto o modelo deliberativo quanto a estrutura dos votos individuais necessitariam de maiores especificações no CPPM e nas LOJM. Tais normas poderiam se assimilar aos parâmetros regimentais existentes no âmbito dos demais órgãos colegiados técnicos nacionais, que são os tribunais de segunda instância, ou às normas existentes em outros países, consoante a disciplina do “direito comparado”.

¹¹⁶ Cabe uma rápida delimitação das partes de uma sentença, com fim de nivelamento conceitual, que são: relatório, fundamentação e dispositivo. Relatório é a exposição dos acontecimentos de relevo no processo, delimitando as teses de acusação e de defesa. Dispositivo é a parte final e conclusiva do julgado, em que se fixa a condenação ou a absolvição e que vai definir os limites da lide e da coisa julgada. A motivação ou fundamentação é o corpo da decisão, contendo as razões de decidir e os argumentos que lhe dão sustentação, mediante análise das questões de fato e de direito. Normalmente a sentença é dividida em capítulos, que simbolizam as preliminares e diversas questões jurídicas enfrentadas para se chegar à solução final. A não observância dessa estrutura, em regra, gera nulidade da sentença. Com as devidas adaptações, as decisões interlocutórias também adotam um formato similar às sentenças, contendo ou não um brevíssimo relatório, uma fundamentação necessária e um breve dispositivo.

precisão jurídica, para evitar supressões, erros ou dubiedades na formulação das questões a discutir e que podem contribuir para o sucesso ou insucesso da motivação dos votos dos juízes leigos. A decisão deve ser completa e abarcar todas as questões processuais ventiladas. Assim, a melhor interpretação é a de que apenas ao juiz relator togado cabe a exposição do relatório no seu voto, além da fundamentação e dispositivo.

Acerca do relatório, verifica-se que o código processual não prevê a sua leitura ou formulação antes de iniciada a deliberação ou mesmo da votação. Essa é uma lacuna do CPPM, que ao não adaptar o julgamento para o colegiado, impede uma sistematização da estrutura da fase deliberativa e de votação. Isso porque os demais juízes precisam conhecer os pontos a serem enfrentados na decisão com antecedência à emissão dos seus votos, sob pena de não aproveitarem a etapa deliberativa adequadamente, além de perderem a oportunidade de sanar dúvidas jurídicas com o juiz togado.

Além dessa estrutura principal, o voto precisa ser hígido e isento de vícios, situação que pode ser atendida com a observância das diversas normas legais que balizam a fundamentação judicial¹¹⁷, bem como as construções jurisprudenciais a respeito. A não observância desse padrão estrutural do voto implicará na nulidade do decisório, por omissão de formalidade, que constitui elemento essencial do processo, nos termos do art. 500 do CPPM.

A lei não restringe a votação ao mero “condeno” ou “absolvo”¹¹⁸, até porque não se trata do julgamento pela íntima convicção, como no caso do júri. Se a lei diz que o juiz togado é o redator da decisão em qualquer circunstância, ainda quando vencido, e se esse mesmo juiz pode discordar dos fundamentos ou da conclusão do julgamento — e nesses pontos ele terá sido necessariamente vencido —, então precisa conhecer detalhadamente os fundamentos que são divergentes aos seus para redigir uma sentença válida.¹¹⁹ Os fundamentos são revelados na votação oral de cada juiz e não podem ser criados pelo togado posteriormente somente para dar um ar de credulidade ou de completude da sentença. Têm que existir previamente e devem ter sido exteriorizados no momento dos votos.

Devido à anacronia técnica de redação legislativa, o CPPM não impõe expressamente o dever e a estrutura da motivação do voto individual, tampouco a sua forma de expressão. Apesar disso, a Constituição Federal e a lei processual não dispensam os juízes

¹¹⁷ Além das normas específicas, existem outras variadas nos diversos diplomas legais. Constituem os chamados modelos legais de justificação, que são normas de cunho diretivo que impõem ao julgador um claro dever de fundamentar as suas decisões, seguindo certos padrões ou estruturas. A sua abordagem ocorrerá no capítulo 3.

¹¹⁸ Nesse sentido, Neves (2017, p. 147) e Figueiredo (2011, p. 861).

¹¹⁹ Afinal, conforme a melhor doutrina, uma sentença cujos fundamentos não existam é denominada “sentença vazia”. Já, se os fundamentos divergirem do dispositivo, será uma “sentença suicida”.

de motivarem minimamente as decisões, já que a decisão do colegiado é subjetivamente plúrima, formada pela maioria dos votos, os quais decidem sobre toda a matéria e têm o mesmo peso na formação do julgado. Logo, as normas do CPPM que se referem ao Conselho de Justiça como um todo e, no caso particular, à estrutura da redação das sentenças, conseqüentemente, referem-se à estrutura dos votos de cada um dos seus integrantes, sem distinguir entre juiz leigo ou togado. Essa é uma interpretação adequada e razoável dos dispositivos analisados.

Portanto, admitir interpretação que retire a sistematização de tais dispositivos, implicaria na inexistência de uma decisão fundamentada e, conseqüentemente, nula.

Por outro lado, a exegese da lei processual permite certo abrandamento quanto ao rigor técnico decisório, por razões de ordem lógica, ou mesmo por razões jurídicas baseadas nas regras de oralidade, que foram recepcionadas neste procedimento.

a) O primeiro abrandamento exegético é a possibilidade de um pronunciamento sucinto do voto oral do juiz leigo. Isto não quer dizer que ele não deva atingir os pontos essenciais da decisão, mas que por não ter formação jurídica, tampouco um cabedal de conhecimentos sistematizados, poderá ir direto ao ponto e enfrentar as questões relevantes e imprescindíveis, sem maiores delongas inerentes aos detentores de conhecimentos jurídicos. Ressalte-se, apenas, que concisão não quer dizer insuficiência decisória.

Os votantes sempre deverão se pronunciar sobre as alegações das partes, no cotejo da análise probatória e das questões que lhes forem postas. O processo penal é formado mediante o contraditório, de modo que o enfrentamento das questões jurídicas é condição de validade da decisão. Todas as questões discutidas no processo e que interfiram no mérito devem ser apreciadas, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório.¹²⁰ De tal modo, podem os juízes militares votantes prolatarem seus votos de modo conciso, desde que enfrentem as questões essenciais e estruturais da decisão.

b) O segundo abrandamento exegético é a possibilidade de o juiz leigo acompanhar o voto precedente, sem necessidade de repetir a sua motivação. Em suma, é a possibilidade de “acompanhar o relator”.

¹²⁰ Com a redação do Art. 489, §1º, IV, do Novo Código de Processo Civil, e mais recentemente com alteração do Art. 315, §2º, IV do Código de Processo penal, resgatou-se uma discussão acerca da incompletude da motivação, nos casos em que o juiz não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a sua conclusão. Segundo a lei, trata-se de hipótese de decisão não fundamentada. Embora seja um tema objeto de controvérsia e debate jurisprudencial, havendo necessidade de maior discussão para identificar o verdadeiro teor do dispositivo, tal previsão normativa é uma baliza que pode ser utilizada no processo penal militar, por força da regra de integração prevista no Art. 3º, e do CPPM, que permite a analogia para suprir omissões do Código. Todos estes aspectos legais e argumentativos serão discutidos no capítulo 3.

Se o juiz togado inicia a votação (§ 2º do art. 438) e, nesse caso, a presunção é de que todos os fundamentos de fato e de direito são expostos de forma técnica, é intuitivo que os juízes leigos que aquiescerem tal voto na integralidade podem simplesmente acompanhá-lo, sem a necessidade de repetir a exposição fundamentada, já que lhe sucedem na votação.¹²¹ Essa prática é comum e amplamente aceita nos tribunais brasileiros, e tem amparo na Constituição Federal e nos Regimentos Internos (SILVA, 2015b).¹²²

A situação é totalmente diversa nos casos de votos concorrentes ou divergentes (SILVA, 2015). Votos concorrentes são aqueles em que concordam com a conclusão ou dispositivo do voto do relator, mas divergem nos seus fundamentos. Votos divergentes são aqueles que discordam da parte dispositiva do voto do relator. Nos primeiros, há de se demonstrar a divergência da fundamentação. Já nos votos divergentes, toda a exposição tem que ser demonstrada, porque o julgado passa a ter outra estrutura e outra conclusão. No sistema do CPPM, o próprio § 2º do art. 438 faz menção a este tipo de divergência entre “fundamentos” e “conclusão” dos votos e em voto vencido, “no todo”, ou “em parte”.

A mesma postura em relação ao voto do juiz togado pode ser feita em relação ao voto de qualquer outro juiz leigo na sequência, uma vez que este pode ter sido divergente daquele voto. Porém, para ser acompanhado por outro juiz leigo sem a devida motivação, é necessário que o citado voto tenha sido estruturado de forma completa na parte que divergiu, nos mesmos moldes do voto técnico. Assim ocorre sucessivamente até o último votante. Apesar de ser desaconselhável pela falta de precisão jurídica do voto do juiz leigo, além dos riscos de que o voto seja nulo e contamine a motivação seguinte, a hipótese é plenamente possível.

Portanto, essa exposição dos motivos de fato e de direito de cada capítulo da sentença, ou da sua totalidade, deve ser feita a partir da enunciação do voto do juiz leigo que discordar da respectiva parte do voto do togado ou do voto de algum juiz militar que lhe antecedeu na fundamentação.

Em um nível estritamente dogmático, não pode o juiz leigo abrir divergência e não motivar o ponto específico da discordância. Do contrário, como seria possível o juiz togado redigir uma sentença de mérito, repense-se, em que seu voto não contribuiu ou só contribuiu parcialmente para o resultado final? Racionalmente, é uma hipótese sem explicação. E como o direito é assentado na racionalidade, tendo a linguagem como base das suas projeções,

¹²¹ Nesse sentido, Neves (2017, p. 147) e Figueiredo (2011, p. 861).

¹²² Para o exame completo do ponto, Cf. SILVA, 2015b; ALMEIDA e BOGOSSIAN, 2016; e SILVA, 2016.

juridicamente essa interpretação da prescrição normativa é inválida, por impedir a formação de uma decisão minimamente racional.

Só resta ao intérprete a outra opção exegética, qual seja, a de que todo e qualquer juiz integrante do Conselho de Justiça tem o dever de motivar sua decisão segundo os requisitos estruturais da lei, enfrentando todas as questões debatidas, ainda que o faça na forma oral e de modo sucinto, exceto se acompanhar o relator ou voto precedente completamente motivado.

Do exposto, a lacuna normativa sobre a forma e a estruturação dos votos orais reforça a indefinição sobre deveres e limites argumentativos impostos aos membros do Conselhos de Justiça, sendo capaz de repercutir no resultado do próprio julgamento e da sentença que doravante será redigida pelo juiz togado.

2.6.5 O problema da dispersão de fundamentos e o critério do voto médio

Em uma sequência de raciocínio, é oportuno registrar a problemática do voto médio em relação ao tema dos votos concorrentes e divergentes. A previsão consta do parágrafo único do art. 435 do CPPM:

Art. 435. Parágrafo único. Quando, pela diversidade de votos, não se puder constituir maioria para a aplicação da pena, entender-se-á que o juiz que tiver votado por pena maior, ou mais grave, terá virtualmente votado por pena imediatamente menor ou menos grave.

Ressalte-se, como dito no tópico precedente, que a maioria na votação pode se referir aos fundamentos (e, portanto, aos capítulos da futura sentença) ou ao dispositivo da decisão e não somente à divergência na dosimetria de pena, como faz crer uma leitura desavisada desse dispositivo.

Observa-se claramente que essa redação não dialoga com a redação do § 2º do art. 438 do CPPM, seja quando faz menção à divergência entre “fundamentos” e “conclusão” dos votos, seja sobre o voto vencido, “no todo” ou “em parte” e, conseqüentemente, quando trata dos votos concorrentes e divergentes.

Se a leitura dos artigos fosse estanque, a conclusão seria a de que o código não prevê um mecanismo para selecionar o fundamento vencedor, mas apenas a conclusão (dispositivo de voto) vencedora, conjugada com a respectiva pena. Ou seja, somente trataria de uma divergência quantitativa de pena e não de divergência qualitativa de fundamentos.

Além disso, não estabelece o código uma forma de dissipar a dúvida para a formação da maioria no caso de fundamentos diversos de absolvição, previstos no art. 439 do CPPM, deixando a hipótese totalmente lacunosa.

No tocante à técnica do voto médio para a divergência quantitativa na aplicação de pena, nenhuma crítica se aplica no momento, vez que a opção legislativa contemplou uma modalidade que permite solucionar adequadamente as disparidades surgidas nos votos.¹²³

Por outro lado, em sede de dispersão qualitativa de votos condenatórios e nos casos de absolvição, o código silenciou de forma indevida, de modo que se não houver equilibrada integração normativa¹²⁴, a decisão final poderá redundar em fundamentação incompleta e, portanto, inválida.

O que não se pode é admitir a existência de fundamentos diversos que não sejam devidamente solucionados, em formatação única, como produto da decisão escabinada. Portanto, o adotado critério do voto médio tem potencial para impactar na motivação decisória do escabinado, nas hipóteses de dispersão qualitativa de votos.

2.6.6 A redação de votos e decisões à luz do § 2º do art. 438 do CPPM

Considerando que o voto individual oral deve ser motivado e que as lacunas normativas listadas podem impactar na motivação do julgamento e da sentença, cabe agora perquirir sobre os problemas da redação decisional identificados no § 2º do art. 438 do CPPM, novamente transcrito:

Art 438, § 2º - A sentença será redigida pelo auditor, ainda que discorde dos seus fundamentos ou da sua conclusão, podendo, entretanto, justificar o seu voto, se vencido, no todo ou em parte, após a assinatura. O mesmo poderá fazer cada um dos juízes militares.

Inicialmente, cabe fazer algumas distinções que se apresentam pela literalidade legal.

A redação da sentença é a síntese escrita do voto vencedor (quer seja em relação aos fundamentos e/ou ao dispositivo), contendo a devida motivação do que já foi decidido pela

¹²³ Além do voto médio, Lobão (1997, p. 58) aborda alguns sistemas decorrentes da falta de unanimidade de votos tais como: o da exclusão, o da coacta e o da supervotação.

¹²⁴ Embora seja necessário um detalhado estudo para verificar a melhor proposta ao sistema do escabinado militar, existem técnicas adotadas nos regimentos internos dos tribunais, inclusive no próprio Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (Ver Art. 80, § 1º, III e IV), que indicam soluções para dispersões qualitativas, incluindo os casos de absolvição, as quais podem ser devidamente integradas à formação decisória dos Conselho de Justiça. Outra alternativa mais custosa e demorada é a análise dos demais códigos de processo existentes no direito comparado, visando a uma reforma legislativa, considerando que não há previsão de escabinados nos códigos de processo nacionais.

maioria e que será redigida pelo juiz togado. Já a fundamentação ou motivação do voto é a exposição dos motivos de fato e de direito em que o juiz votante se baseou para decidir a contenda. Por força constitucional e como já demonstrado, a fundamentação sempre existirá em qualquer prolação de voto oral, seja vencedor ou vencido. A única exceção possível ocorre quando o voto sucessor acompanhar um voto predecessor devidamente fundamentado. Por fim, a justificação do voto é a redação do voto de determinado juiz, quando vencido, explicitando os fundamentos do seu voto, que não logrou êxito em integrar a maioria. Repise-se que a lei deixa o caráter de facultatividade de redação do voto vencido por qualquer juiz, inclusive do togado.

Em suma, a questão controversa se circunscreve à imposição de o juiz togado ser o redator da sentença, mesmo quando seu voto for vencido, e ao caráter facultativo da justificativa escrita do voto do juiz leigo, ainda quando seja vencedor e divirja do juiz togado.

Para esclarecimentos a esse respeito, a literatura jurídica é praticamente inexistente, com exceção dos seguintes comentários críticos de Barroso (2012).

Não se concebe que um magistrado seja compelido a expor teses e argumentos – incabíveis em sua óptica – muitas vezes sem compreender o raciocínio dos juízes militares que divergiram de seu voto e tornaram-se vencedores. Quão difícil a missão do juiz-auditor, transpor para sua mente algo que não lhe pertence. Se o legislador – incorretamente – entendeu moldar a Justiça Militar com juízes togados e juízes militares, que o faça em obediência à Constituição Federal. Assim, nos julgamentos em que os votos dos juízes militares vitoriosos divergirem das conclusões exaradas pelo juiz-auditor vencido, caberá ao juiz-militar que iniciou a divergência confeccionar a sentença. Necessárias, pois, alterações no Código de Processo Penal e na Lei de Organização Judiciária Militar para preservar o princípio do independência dos juízes. (grifei)

Inicialmente, a crítica aparenta credibilidade justamente porque está fulcrada no princípio da independência funcional decisória do magistrado, cujo fundamento também é encontrado em alguns dispositivos dos CPP e CPPM, como, por exemplo, os que preconizam o oferecimento da denúncia por outro membro do Ministério Público, quando o juiz discordar do pedido de arquivamento e encaminhar os autos ao Procurador Geral.¹²⁵ Tais normas visam preservar a autonomia funcional de interpretação jurídica da autoridade incumbida de determinados atos.

Ademais, disciplinando a questão do relator para o acórdão, grande parte dos regimentos internos dos tribunais brasileiros e das Cortes Constitucionais do mundo preveem a designação de outro membro do tribunal para redação do acórdão, quando o relator for voto

¹²⁵ Art. 28 do CPP e Art. 397 do CPPM.

vencido (SILVA, 2015b). A finalidade das normas é facilmente dedutível e tem como base a pretensão independência para decidir e a necessária coerência para fundamentar a decisão.

Por uma questão de lógica, seria possível declarar a inadequação do dispositivo em comento em face da Constituição e considerar o juiz militar que abriu a divergência em relação ao voto do juiz togado como sendo o redator natural do voto vencedor e, conseqüentemente, da sentença. Afinal, ainda seria lógico concluir que se a lei conferiu a juízes leigos a capacidade de integrar um colegiado para processar e julgar questões de fato, de direito processual e de direito material, inclusive no tocante à aplicação da pena, também deixou subentendido que têm a capacidade intelectual de exposição fundamentada das razões do seu convencimento. Tanto é assim, que a própria lei faculta aos membros do Conselho a justificação por escrito.

Nada obstante, a transformação dessa motivação exposta pela oralidade em um texto concatenado, à luz da redação dogmática, convencionada pela tecnocracia jurídica, expõe dificuldades que demandam a necessidade de estudos mais apurados. A tarefa poderia se comprovar como árdua ou mesmo inviável no mundo fático, considerados os entraves lógicos, administrativos, burocráticos, dentre outros, para que uma peça técnica fosse confeccionada individualmente por um juiz leigo e preenchesse a finalidade pretendida.

Para além das dificuldades citadas, basta realizar uma rápida leitura do desenho institucional dos escabinados militares, para perceber que a legislação tem incongruências que impedem o juiz leigo de produzir um texto de sentença razoável, ainda que houvesse o aporte técnico do juiz togado, como por exemplo: a inexistência de capacitação específica para atuação em processos penais; o tempo exíguo de atuação como juiz temporário; a não exclusividade da atuação judicante durante o trimestre; dentre outras.

O tema comportaria aprofundamento para investigar os modelos de outros escabinados ou mesmo de outros colegiados técnicos em direito comparado¹²⁶, acerca do relator para o acórdão. Comportaria, ainda, análise de uma alteração legislativa para que a sentença fosse redigida com o acompanhamento do juiz togado¹²⁷. Em todos os casos, não há espaço para tais considerações no restrito espectro do trabalho.

¹²⁶ No Tribunal Constitucional Alemão, por exemplo, “o relator tem o dever de escrever a minuta da decisão final, não importa se concorda ou não com ela, porque sua função não é escrever algo pessoal, mas institucional” (SILVA, 2015b, p. 197). Portanto, essa visão de institucionalidade da decisão, embora não seja acolhida no âmbito dos tribunais técnicos pátrios, poderia ser uma justificativa plausível para a manutenção dessa forma adotada no escabinado militar, a depender da análise efetuada.

¹²⁷ Segundo Vale (2014, p. 390), na França e na Suíça, por exemplo, os juízes leigos redigem a sentença conjuntamente com o juiz togado (p. 390).

Dessa forma, asseverar que o referido dispositivo não foi recepcionado pela ordem constitucional na parte em que o juiz togado redige a sentença, requer uma análise mais aprofundada, que não cabe no fôlego desta breve pesquisa. Ainda mais quando o modelo deliberativo adotado tenta mesclar os modelos *seriatim* e *per curiam*, trazendo mais confusão metodológica ainda. Nesse ponto, transcreve-se na íntegra a observação de Steinmetz e Freitas (2014, p. 233) conceituando tais modelos, sob a ótica dos tribunais brasileiros:

Nos tribunais de segundo grau, nos tribunais superiores e no Supremo Tribunal Federal, vige o modelo procedimental de deliberação *seriatim* e não o modelo *per curiam* (do latim “pela corte”; opinião ou parecer pela corte). O modelo de decisão *per curiam* apresenta o resultado da deliberação como “opinião do tribunal” em texto (voto) único. No modelo de decisão *seriatim*, há um agregado ou uma soma das posições individuais de cada membro do colegiado, cujos votos são expostos “em série”, um após o outro. Nas instâncias judiciais colegiadas, o resultado final de uma deliberação jurisdicional é o resultado da contabilização dos votos. No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, se todos os onze juízes participam, podemos ter os seguintes escores: 6 x 5, 7 x 4, 8 x 3, 9 x 2, 10 x 1 ou 11 x 0. A decisão, por maioria ou unanimidade, é do tribunal, mas os fundamentos da decisão são eleitos e expostos nos votos individuais.

O paradoxo se encontra justamente na tentativa do CPPM em formar uma deliberação mais democrática, com a mixagem de tais modelos, composta por uma votação individual, com possibilidade de dispersão qualitativa de votos (etapa *seriatim*), sob cuja redação o juiz togado precisa identificar os fundamentos e redigir a sentença congregada (etapa *per curiam*), mesmo sendo vencido pela maioria (retorno à etapa *seriatim*).

Por isso, presume-se válido o dispositivo do § 2º do art. 438 do CPPM até nova argumentação em contrário, ainda que com necessidades de aperfeiçoamentos legislativos, ou mesmo na via jurisprudencial. Por outro lado, sem a necessidade de enfrentar a questão de incompatibilidade constitucional de modo direto, a interpretação *prima facie*, que pode ser dada ao dispositivo para a sua total eficácia, é o aproveitamento da conclusão anterior de que a motivação pode ser feita na forma oral, desde que observe completamente os requisitos legais acerca da estrutura do voto e todas as demais nuances já abordadas.

Desse modo, captados os registros necessários, o juiz togado deve apenas se limitar a traduzir para uma linguagem técnica o voto oral vencedor emitido pelo juiz militar. Limitar-se-á, portanto, a descrever o quanto ouviu e o que foi registrado, em uma linguagem jurídica, de modo a permitir as impugnações técnicas pelas partes. O detalhe mais importante é que o sistema legal não permite que o redator da sentença inove em matéria argumentativa, mas lhe faculta apenas a transposição dos argumentos dos votos vencedores em estruturas de linguagem técnico-jurídica, quando houver essa necessidade.

Fixados os pontos principais sobre o direito positivo e expostas as questões de interpretação sobre as normas que regem esse modelo, deve-se discutir os prolegômenos do problema da pesquisa.

2.6.7 A tese da “justiça intrínseca das decisões escabinadas” como base de um problema de pesquisa

No capítulo introdutório, ficou demonstrado que a “centelha” ou o “incômodo” teórico motivador do início dos estudos que culminaram na presente pesquisa foi a prefalada tese da “justiça intrínseca das decisões escabinadas”.

O posicionamento teórico se funda na ideia de que a experiência militar proporciona aos juízes leigos melhores condições de julgar crimes militares, refletindo na “justiça das decisões”. Nesse sentido, nas obras doutrinárias ou decisões judiciais em que se discute a essência da Justiça Militar¹²⁸, com não rara incidência é lembrada a expressão do ex-Ministro do STF José Carlos Moreira Alves: “Sempre haverá uma Justiça Militar, pois o juiz singular, por mais competente que seja, não pode conhecer das idiossincrasias da carreira das armas, não estando pois em condições de ponderar a influência de determinados ilícitos na hierarquia e disciplina das Forças Armadas” (ALVES, 1998, p. 3-6). A tese é reforçada com a premissa de que julgamentos são baseados na maturidade, na experiência, na prudência e no bom senso, que seriam elementos obtidos no público de militares.¹²⁹

Propositada e metodologicamente, deixou-se para discuti-la ao final deste capítulo, como forma de problematização do estudo, considerando que foi vencida a etapa de analisar todo o sistema de normas que versam sobre deliberação e decisão.

O problema da tese é quádruplo: não leva em conta outros fatores para que um julgamento seja “justo”, em especial a forma pela qual a decisão é construída; limita o direito penal à experiência sobre fatos e aos valores morais do segmento militar; não diferencia o núcleo daquilo que é inerente à experiência de toda pessoa comum e à experiência profissional, e o núcleo do que se insere na esfera da capacitação judicial; e não apresenta

¹²⁸ Sem desmerecer o acerto parcial da tese, é possível perceber que se tenta justificar, de forma subjacente, a existência de um segmento especial de justiça tão somente com base nos órgãos que o compõe. Um órgão especial é notadamente relevante para uma jurisdição especial, mas existem outros fatores que justificam a existência de uma Justiça Militar e que são desconsiderados na assertiva.

¹²⁹ Cf. Rosa Filho (2017, p. 69): “Não deve ser julgador quem não conhece a especificidade da vida a bordo de aeronaves e navios militares ou mesmo dentro dos quartéis. Não deve fazê-lo porque julgar é ato de maturidade, de prudência, de sensibilidade, de equilíbrio, de vivência, enfim, de bom senso.”

evidências argumentativas do seu acerto, constituindo-se em afirmação que vem sendo repetida acriticamente.

Embora o julgamento pelos pares e a experiência castrense indiscutivelmente tenham grande relevância no sistema escabinado militar, o que de fato significa ganhos para a regularidade das instituições militares, não há uma garantia ínsita de sucesso na distribuição da justiça penal sem a análise sobre a forma de deliberar e de construir a motivação das decisões. Acredita-se que a experiência no campo militar é determinante para a compreensão de certos casos, mas não o é para a formação de uma decisão racional e controlável.

O *status* e a rotina militar são permeados de valores, o que sem dúvidas influencia na interpretação do direito penal militar. Mas é importante lembrar que nem sempre as normas penais são formadas por elementos de conteúdo moral ou ético. Para além do “não matar”, “não roubar”, “não ofender”, “não lesionar”, existem tipos penais que demandam estrita capacidade técnica e habilidade de raciocinar juridicamente, com base em informações de diversos campos dos saberes processuais, lógico, científico e prático, com pouca ou nenhuma ligação à experiência da caserna.

A pesquisa demonstrou que a referida tese foi construída na base da conveniência histórico-política, sem qualquer modulação ao longo do tempo. Essa inércia gerou sucessivos axiomas, caracterizados como argumentos de autoridade¹³⁰, sob um modelo jurídico totalmente distinto do modelo jurídico-constitucional pós 1988, que persiste sem qualquer base empírica ou científica idônea, ou que é construído por asserções desprovidas de ponderações, de ajustes ou de contrapontos, em especial sobre a amplitude e a qualidade da formação do processo decisório.

O argumento de autoridade está na ausência de evidências que racionalmente justifique esse discurso. Não há séria discussão acadêmica a respeito, de modo que não há argumentos consubstanciados em provas, causas, experimentos ou quaisquer outras circunstâncias que promovam o assentimento da tese.

É um ponto de vista que foca no agente prolator da decisão e desconsidera o procedimento de formação da decisão, como se houvesse a possibilidade de decidir em desconexão com regras processuais e sem observância das limitações jurídicas. Mesmo nos raríssimos casos em que o tema foi abordado em artigo de cunho científico, ou que se tentou ancorar a uma determinada corrente científica ou filosófica, como no caso de Armando Ribeiro (2013, p. 73-94), a argumentação desenvolvida não se preocupou com o processo de

¹³⁰ Sobre argumento de autoridade na praxe judicial brasileira, Cf. Rodriguez (2013).

construção da decisão, mas apenas com o suposto caráter intrínseco de justiça que provém da experiência militar.¹³¹ Desde que a decisão venha de um colegiado composto por uma maioria de integrantes militares, a justiça da decisão seria presumida.

Essa presunção de justiça não tem base empírica idônea, mormente quando se sabe que as condições de sorteio e recrutamento não permitem uma adequada preparação do juiz militar para o exercício da função judicante. Além de continuarem inseridos no Poder Executivo, não são afastados das suas funções, permanecem sob o jugo da hierarquia e da disciplina, não permanecem um tempo razoável para aprender as lides processuais, não recebem formação específica para o mister de juiz e, ainda, são sorteados aleatoriamente sem qualquer requisito prévio, que não seja o componente hierárquico. Essa é uma realidade que, embora conhecida, normalmente não é enfrentada nas lides militares, tampouco em estudos acadêmicos. Este estudo também não enveredará por todos os pontos do desenho institucional dos escabinados militares¹³², mas apenas naqueles estritamente ligados ao sistema de deliberação e de decisão.

Veicula-se uma ficção jurídica de que os militares do Conselho de Justiça são capazes de decidir questões de fato e de direito com maestria, distribuindo justiça penal, mesmo em casos que exigem redobrada cautela e denotado conhecimento técnico. Algumas questões se impõem nessa análise. Será que o Conselho de Justiça é realmente capaz de melhor avaliar a prova dos autos, principalmente em casos complexos, ou que demandam experiência do direito, ainda que na aplicação da matéria de provas e de fato? Será que a detenção da experiência da vida militar qualifica sempre um militar a prolatar uma decisão em superioridade de acerto em face dos juristas de profissão? Como podemos justificar o conceito

¹³¹ Em uma interessante abordagem, Armando Ribeiro (2013, p. 73-94) assevera que a prática dos julgamentos na Justiça Militar (Federal e Estadual) tem demonstrado a grande importância das pré-compreensões trazidas pelos juízes militares, advindas de sua vasta experiência na caserna. Com base na hermenêutica de Gadamer, sugere que essas pré-compreensões não se revelam como um subjetivismo ou relativismo na interpretação, situando-se como verdadeiras condições de interpretação, que fomentam uma “justiça justa”. Porém, ao concluir o argumento, consigna um breve considerando de reforço, no sentido de que esse julgamento se torna justo porque na estrutura do escabinado brasileiro tomarão parte juízes civis, dotados de comprovada experiência e conhecimento jurídico, que garantirão essa pefalada justiça. A tese apresenta dois problemas. O primeiro é a utilização de uma teoria de base que somente justifica a heurística das pré-compreensões. A hermenêutica de Gadamer é justificada como condição de possibilidade, à medida que a interpretação não é concebida “como um meio de conhecer, mas como um modo de ser” (p.77). Se a pré-compreensão é condição de interpretação, não houve grande contribuição argumentativa para demonstrar em que medida essa interpretação conduz a um julgamento mais justo. O segundo problema é a ancoragem do julgamento na figura do juiz togado, sem desenvolver o tema e sem tecer qualquer justificação de como ocorre esse auxílio técnico para exteriorizar as interpretações dos juízes e para garantir a “justeza” decisória. Ou seja, a tese não deixa claro, tampouco se preocupa em justificar, como uma pré-compreensão inerente ao juiz militar pode ser exteriorizada para o controle social, com o auxílio de um juiz togado. Apesar de trazer o caráter de aporte científico, quase inexistente em outros artigos sobre o assunto, a tese recai no mesmo dilema da “justiça intrínseca” com base na experiência militar.

¹³² A amplitude do tema impediria o aprofundamento teórico e empírico da pesquisa.

de “aplicação justa”? A matéria militar, por mais peculiar que seja, é estranha, inatingível ou incontrolável ao conhecimento jurídico profissional?

Mesmo nos crimes propriamente militares¹³³, em que o componente militar ganha especial relevo na configuração da hierarquia e disciplina, não há possibilidade de afirmar, sem qualquer dúvida, ou para qualquer hipótese típica, que os militares do Conselho de Justiça avaliarão o caso com maior prudência que o juiz togado, em certas circunstâncias. Basta imaginar um Conselho de Justiça formado por oficiais de carreira recém-formados, ou de áreas ou quadros estritamente técnicos, sem vivência das lides militares, diante de crimes militares que exigem uma larga experiência da vida militar ou conhecimento de soluções adequadas para casos correlatos.¹³⁴

A tese também não diferencia o núcleo de situações que é inerente à experiência comum ou técnica do núcleo de situações que se inserem na esfera da capacitação judicial. Essa é a distorção mais refinada e com efeitos mais graves. Por conta de não haver discrimen técnico, confere-se a mais ampla competência dos militares para julgar questões de toda a ordem, inclusive de cunho processual, no mesmo nível do juiz togado, sem haver qualquer capacitação prévia e sem condições efetivas para que esses militares sorteados desempenhem adequadamente a função judicante. Deixa-se de fixar deveres e limites argumentativos aos membros do Conselhos de Justiça, em uma “crença” ou suposição de que as deliberações serão adequadas e que a troca de experiências ocorrerá automaticamente com a reunião de quatro militares com um juiz togado em um auditório da Justiça Militar.

Ao final desta análise, vê-se claramente que o problema do escabinado não reside simplesmente no sorteio de militares sem formação jurídica para compor um órgão de justiça, mas o de saber em quais condições e em qual amplitude estes profissionais atuarão. Precisa-se saber se a forma de construir as suas decisões é passível de expressão segundo os modelos da argumentação jurídica.

Percebeu-se neste capítulo que não há parâmetros legais ou jurisprudenciais bem definidos que promovam um modelo de justificação capaz de conformar o modo de discutir, de votar e de apurar as questões de fato e de direito decididas pelos juízes membros dos Conselhos de Justiça.

¹³³ Crimes propriamente militares são aqueles cometidos por militares, em razão dessa condição. Violam deveres militares que lhes são próprios.

¹³⁴ Para verificar o disparate da situação, poder-se-ia imaginar o confronto entre a experiência de aplicação das normas de direito penal militar por um juiz togado com trinta anos de carreira, em detrimento de um juiz militar, de formação técnica, como por exemplo, da área de contabilidade, com apenas um ano de formação e de vida militar profissional. A previsão legal traz possibilidades que não se amparam na realidade, mas apenas em conjecturas do legislador.

Por consequência, a corrente ou posicionamento da justiça das decisões baseada unicamente na experiência dos militares não pode ser acolhida sem objeções. Precisa-se conhecer os efeitos deste sistema deliberativo e decisório no que pertine ao controle das decisões. Transmuda-se, assim, o paradigma de avaliar a “justiça das decisões” dos Conselhos de Justiça Militar, conceito de índole intangível, para verificar a “controlabilidade decisória” e sua legitimidade perante o ordenamento jurídico, parâmetro objetivo e de viável atingimento em sede de investigação acadêmica.

Algumas conclusões parciais já foram obtidas no presente capítulo.

O escabinado militar tem um desenho institucional específico e um regime decisório peculiar, inserido em um contexto próprio, que não pode ser confundido com os pressupostos do Tribunal do Júri. Por conseguinte, as normas constitucionais e legais que lhe são aplicáveis diferem em sentido, forma e finalidade, em especial acerca do dever de motivar previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

Por outro lado, o aspecto leigo da maioria dos componentes do escabinado militar não constitui elemento capaz de suplantar a necessidade de formatar um modelo deliberativo e decisório, sob pena de deslegitimar o órgão judicial em primeira instância.

O modelo de justificação de decisões imposto pela legislação ou pela jurisprudência é limitado à estrutura geral das decisões escritas, com poucas regras sobre a forma de deliberar e de construir as decisões. Não existem deveres e limites argumentativos impostos pela lei ou pela jurisprudência aos membros dos Conselhos de Justiça, mas tão somente regras básicas sobre quem vota, quando vota e quem redige o decisório final.

Por tudo, há necessidade de investigar como efetivamente os membros dos Conselhos de Justiça deliberam na práxis judiciária, especialmente para verificar se é possível formatar um modelo de justificação que atenda ao dever do art. 93, IX, da Constituição Federal. Essas necessidades nos conduzem à seguinte problemática de pesquisa: Como o escabinado militar constrói a motivação das suas decisões no processo de deliberação? Por que a deliberação ocorre da forma descrita?

Com o aprofundamento do estudo, será possível saber quais são os problemas eventuais decorrentes da insuficiência ou má qualidade de votos que possam advir de uma motivação oral por um escabinado leigo e a sua decorrente instabilidade para a síntese e captação em um formato técnico, por meio da redação da sentença. Será possível, ainda, conferir se as deficiências normativas foram verdadeiramente decisivas para o modo de deliberar e de construir a motivação decisória. A análise empírica sobre os votos e decisões permitirá a observação desse campo prático.

Antes, porém, há de se buscar referenciais teóricos que possam instrumentalizar o estudo em relação aos controles das decisões e modelos de justificação, que serão feitos nos dois capítulos que se seguem.

3 O CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL POR MODELOS NORMATIVOS DE JUSTIFICAÇÃO

Após a extensa e necessária problematização da pesquisa no capítulo anterior, faz-se importante apresentar as teorizações úteis à compreensão do caso a ser estudado.

Este capítulo objetiva discutir teorias que tratam do controle intersubjetivo da argumentação jurídica evidenciada nas fundamentações judiciais, com ênfase no uso de modelos de justificação decisória.

Na primeira seção, discorrer-se-á sobre o processo de constitucionalização do Direito e a evolução do dever de fundamentação judicial. Na seção 3.2 serão abordados os critérios de controle da função jurisdicional, que perpassam pelos desenhos institucionais e modelos de justificação; na próxima seção, 3.3, serão apresentados os modelos de justificação e suas funções descritiva e normativa; a seção 3.4 versará sobre a identificação de zonas de arbítrio nas instâncias decisórias e os seus respectivos efeitos; na seção 3.5, a motivação das decisões judiciais será bipartida nas funções endoprocessual e exoprocessual; na seção 3.6 se fará a distinção entre contexto da descoberta e contexto da justificação; na seção 3.7 serão abordadas noções sobre o raciocínio jurídico em face do raciocínio leigo, que é uma das peculiaridades da pesquisa; segue-se com a seção 3.8, em que serão apresentadas as teorias da argumentação jurídica e a racionalidade judicial; na seção 3.9 se discorrerá sobre as normas legais como bases para um modelo de justificação das decisões penais; na seção 3.10, as teorias da argumentação jurídica serão expostas como bases para um modelo de justificação das decisões penais; discutir-se-á na seção 3.11 sobre a suficiência da fundamentação jurídica em matéria penal; por fim, na seção 3.12, aborda-se a inovação dos capítulos da sentença como técnica de organização argumentativa.

3.1 O processo de Constitucionalização do Direito e a evolução do dever de fundamentação judicial

A exigência de exposição das razões para a tomada de decisões judiciais foi incrementada ao longo do último século. Segundo Taruffo (2015, p. 12-13), em especial a

partir da década de 70, houve uma clara mudança de perfil sobre a motivação judicial.¹³⁵ Em épocas pregressas, a motivação das decisões era vista sob uma perspectiva exegético-normativa, por intermédio da análise de normas processuais no que pertine à forma e ao conteúdo de decisões. Priorizava-se a feição meramente dogmática, sob uma ideologia centrada na pretensa certeza dedutiva da decisão, que era estruturada sob um caráter puramente silogístico.

A mudança de paradigma no direito que decorreu da superação do formalismo¹³⁶, da cultura jurídica pós-positivista¹³⁷ e da centralidade das constituições¹³⁸, promoveu o abandono gradual desse raciocínio meramente silogístico com a incorporação de questões filosóficas, epistemológicas e de teorias da argumentação jurídica no desenvolvimento de teorias da decisão judicial.

Nesse contexto, alguns diplomas normativos no direito ocidental passaram a prever normas expressas sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais. No mesmo sentido, a jurisprudência dos tribunais nacionais e internacionais também passou a firmar a necessidade de uma fundamentação adequada.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi expressa quando impôs em seu art. 93, IX, que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”. Acrescente-se que a exigência da adequada fundamentação das decisões judiciais penais está necessariamente ligada à garantia constitucional¹³⁹ do devido processo legal, com todos os seus consectários principiológicos, notadamente: a publicidade dos atos, o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural e a imparcialidade do julgador.¹⁴⁰

¹³⁵ Observe-se que algumas teorias predecessoras sobre a argumentação geral e jurídica já haviam sido gestadas na década de 50, como a tópica de Viehweg, a nova retórica de Perelman e o modelo argumentativo de Stephen Toulmin.

¹³⁶ O formalismo defendia que o Direito seria completo, e que haveria uma regra para cada caso (coerência e exatidão), a qual poderia ser interpretada de forma clara e também uniforme.

¹³⁷ Na lição de Barroso (2006, p. 27), “O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais.”

¹³⁸ Movimento caracterizado pela primazia das Cartas Constitucionais e pela constitucionalização de inúmeros direitos depois da Segunda Guerra Mundial como consequência da ampliação das Constituições rígidas.

¹³⁹ Sobre o dever de fundamentação como garantia constitucional expressa, conferir Araújo e Félix (2015).

¹⁴⁰ Além das garantias diretamente referenciadas, outros valores, direitos e garantias também são prestigiados com a observância da devida motivação judicial, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, o acesso à justiça, a presunção de inocência, a razoável duração do processo, dentre outros.

Desse tipo de comando, que também é adotado em outros ordenamentos jurídicos¹⁴¹, construiu-se o dogma de que o juiz será livre para decidir o caso que lhe é submetido segundo a sua própria convicção, desde que demonstre, racionalmente, os fundamentos jurídicos que o levaram a aplicar o direito daquela forma e a valorar a prova de determinado modo. Trata-se da regra do livre convencimento motivado ou da persuasão racional. Inclusive, como se viu no capítulo anterior, é o sistema vigente no caso dos escabinados da Justiça Militar.¹⁴²

Apesar das construções normativas e dogmáticas citadas, permanece uma indefinição da amplitude e do sentido desse dever constitucional de fundamentação, em termos teóricos e práticos. Várias questões despontam para descobrir o seguinte: se é possível controlar efetivamente uma decisão judicial; como fundamentar a valoração das provas do processo; como deve ser estruturada uma decisão judicial para ser considerada devidamente fundamentada; o que seria uma fundamentação válida ou adequada; o que seria uma fundamentação racional; se seria possível uma comparação de argumentos, com critérios objetivos; se as teorias da argumentação conseguem definir parâmetros para a construção de argumentos racionais que respondam, minimamente, às indagações acima; além de inúmeras outras abordagens teóricas. No aspecto prático, maiores são os desafios, para se detectar, no caso concreto, em que constituem as razões de decidir, os vícios da fundamentação, a suficiência argumentativa do texto e, principalmente, como seria possível controlar as decisões judiciais, por modelos hermenêuticos ou normativos.

Para além da relevância na fixação de um modelo decisório jurídico-racional em sentido amplo e a necessidade de definir o que seja uma decisão judicial fundamentada no âmbito do processo penal, a motivação da decisão se destina a afastar o risco de decisões arbitrárias, além de permitir uma adequada insurgência das partes que pretendam recorrer dos julgados, o que de outro modo comprometeria indevidamente a liberdade individual e promoveria a deslegitimação do sistema jurídico-penal.¹⁴³

Pela importância do debate, segue-se para a análise dos critérios de controles da função jurisdicional.

¹⁴¹ Tanto no âmbito dos ordenamentos jurídicos do *civil law*, quanto do *common law*, observadas as peculiaridades de cada sistema.

¹⁴² No capítulo 2 foram abordadas noções gerais sobre o sistema de valoração de provas e a formação do convencimento judicial no âmbito dos escabinados em primeira instância da Justiça Militar.

¹⁴³ Sobre o tema da legitimidade da jurisdição penal, em correlação com o dever de fundamentação enquanto princípio constitucional, conferir Scheid (2012).

3.2 Critérios de controle da função jurisdicional: desenhos institucionais e modelos de justificação

Nesse contexto do avanço do constitucionalismo e com os novos métodos de interpretação constitucional, os direitos fundamentais passaram a ter primazia e os princípios jurídicos a deter normatividade, modificando as concepções da hermenêutica jurídica.¹⁴⁴ Com a superação do positivismo de conteúdo legalista, ocorreu uma aproximação do direito com a moral, por meio do reconhecimento de normas dotadas de conteúdo mais aberto e com uma grande carga valorativa.¹⁴⁵

Como consequência, houve uma vertiginosa expansão do papel dos juízes para conferir concretude aos valores constitucionais e às normas com grande amplitude semântica.¹⁴⁶ A interpretação do direito passou a ser considerada como verdadeira criação da norma para o caso concreto, para além da mera aplicação de conceitos pré-determinados pelo legislador. Migrava-se de uma concepção objetivista do direito, cujo enfoque estaria na possibilidade de extração da norma a partir do texto, para uma concepção subjetivista, em que o direito não se limitaria à essa extração, mas seria parte dos moldes inferenciais feitos pelo próprio intérprete.

Se esse avanço pode ser visto por um lado positivo, apresenta riscos concretos de outro. O papel dos juízes necessitaria, portanto, de mecanismos de controle social, de forma a garantir a manutenção da separação dos Poderes constitucionais. Afinal, a concepção subjetivista não implica em subjetivismo incontrolável¹⁴⁷, que pode ser denominado de arbitrariedade. O mote principal da questão passa a se resumir na palavra “controlabilidade”.

Não por acaso a definição sobre se a decisão judicial seria um ato de conhecimento ou um ato de vontade¹⁴⁸ permeou as discussões teóricas ao longo dos últimos dois séculos, sem que se tenha clara a resposta no estágio atual da disciplina.¹⁴⁹

¹⁴⁴ O formalismo cedeu lugar a uma nova Teoria do Direito que se depara com a necessidade de distinção entre princípios e regras.

¹⁴⁵ Zagrebelsky (2011) caracteriza o surgimento de um direito dúctil, ou seja, um direito maleável. O direito teria abandonado a rigidez para adotar uma estrutura de valores e princípios que não é absoluta, como forma de viabilizar a convivência entre a pluralidade de valores e princípios que caracterizam a sociedade moderna.

¹⁴⁶ Conferir Barroso (2013), que faz uma introdução abrangente sobre a teoria da constituição e do direito constitucional, apresentando sua evolução e as principais características do constitucionalismo moderno, com a maciça participação de um Poder Judiciário na interpretação constitucional, dentre outros temas ligados à crescente judicialização de direitos fundamentais.

¹⁴⁷ Sobre subjetivismo na decisão judicial em decorrência da abertura do direito, conferir o Cap. IV – Uso e abuso de princípios: da doutrina à prática jurídica constitucional brasileira, na obra de Neves (2014, p. 171-220).

¹⁴⁸ Sobre as origens teóricas e mais significativas sobre o tema, conferir Kelsen (1987).

A despeito da controvérsia, um elemento de convicção importante de se registrar neste momento é a questão da legitimidade dos membros do Poder Judiciário nos regimes democráticos. Como essa legitimidade não resulta, em regra, da forma de investidura no cargo, deve ser derivada do modo de exercício das suas funções¹⁵⁰, em especial da motivação das decisões judiciais como forma de prestação de contas perante a sociedade.

Quando se está a tratar de controle da função jurisdicional, uma série de questionamentos podem ser firmados: Como deve ser estruturada a função judicante? Como os juízes nacionais devem exercê-la? Como devem se relacionar com os demais Poderes da República? Quais os passos necessários para se construir uma decisão? Como as decisões judiciais devem ser justificadas? Como controlar a subjetividade do juiz para que as suas escolhas reflitam ou se aproximem dos valores socialmente aceitos?

Diversos tipos de estudos podem resolver as questões formuladas, mas dois enfoques básicos de abordagens nos permitem compreender o panorama completo do controle judicial: os desenhos ou constrangimentos institucionais e os modelos hermenêuticos ou de racionalidade judicial.¹⁵¹

No caso dos desenhos institucionais, o controle se debruça não sobre a forma pela qual os juízes motivam as suas decisões, mas sobre os efeitos das regras que definem a instituição do Poder Judiciário sobre os julgamentos realizados. O foco da questão recai sobre a organização institucional e o modo formal de atuação dos órgãos judiciais, e não sobre o raciocínio argumentativo que leva os juízes a decidirem e a publicarem suas decisões. Os principais aspectos levados em conta são o recrutamento e o treinamento dos juízes, e a estruturação dos órgãos judiciais e seus respectivos procedimentos de atuação. (RODRIGUEZ, 2013, p. 136-137).

Os modelos hermenêuticos ou de racionalidade judicial, por seu turno, se constituem em um conjunto de regras ou cânones que tem por objetivo formar padrões de justificação aos órgãos decisores, impondo-lhes certos ônus argumentativos para que produzam decisões judiciais racionais. Importa aqui o modo pelo qual a decisão será justificada e os padrões reitores da construção dessa decisão. Não há intenção da obtenção de uma única resposta correta, mas apenas o de construir regras racionais para a interpretação e a aplicação das

¹⁴⁹ Uma sumarização interessante sobre esse panorama evolutivo se encontra em Jorge Neto (2016, p. 67-75).

¹⁵⁰ Verificar Gomes Filho (2001, p. 79).

¹⁵¹ Essa categorização é bem descrita por Rodriguez (2013, p. 133-153).

normas jurídicas, mediante a análise percuciente do caso concreto (RODRIGUEZ, 2013, p. 146).

O presente estudo se deterá essencialmente sobre o controle a partir de modelos de racionalidade judicial¹⁵², que doravante serão denominados modelos de justificação¹⁵³ e representam estritamente as normas e procedimentos de deliberação e de decisão. A opção é puramente metodológica. A pesquisa não tem a pretensão, tampouco extensão para discorrer detalhadamente sobre o desenho institucional dos órgãos colegiados em primeira instância da Justiça Militar. Apesar da forte influência desse formato escabinado e das regras de sorteio dos seus membros sobre o aspecto decisório, bem como das competências legais e dos ritos judiciais para se chegar às diversas decisões¹⁵⁴, o presente campo de pesquisa é bastante escasso para abordar a influência de cada um desses aspectos nas decisões judiciais. Somente de forma tangencial serão comentados aspectos da organização institucional dos escabinados e dos procedimentos em geral¹⁵⁵.

Por outro lado, os modelos de justificação são capazes de evidenciar, ou não, a existência de racionalidade no processo de fundamentação das decisões judiciais. Por tais motivos, as seções subsequentes se limitarão a discorrer sobre algumas questões essenciais¹⁵⁶ envolvendo os modelos de justificação judicial e os seus impactos na forma de deliberar e de decidir.

3.3 Modelos de justificação: entre a descrição e a normatividade

Os modelos de justificação judicial são critérios de controles das decisões judiciais e corroboram para que haja uma racionalidade no padrão decisório. Para esclarecer o teor de um modelo de justificação, Gomes Filho (2001, p. 118) assevera que “em cada ordenamento jurídico (e nos diferentes momentos históricos) há uma diferente ideologia quanto à aplicação judicial do direito, implicando a adesão de certos valores e prescrevendo um tipo de raciocínio

¹⁵² Este termo é utilizado em Rodriguez (2013).

¹⁵³ Nomenclatura que tem maior pertinência com o presente estudo, porquanto aborda o problema específico da motivação decisória e não a vertente hermenêutica do direito.

¹⁵⁴ Ver capítulo 2.

¹⁵⁵ Inclusive, no capítulo de análise e discussão dos resultados, serão apresentadas algumas limitações do estudo que se ligam aos aspectos do desenho institucional.

¹⁵⁶ O espectro de questões que poderiam ser debatidas é muito vasto. No entanto, por uma questão prática, serão pinçados apenas os assuntos que poderão contribuir *a posteriori* para a análise do estudo de caso.

decisório”. Para ilustrar esses padrões decisórios, o autor especifica que existem os modelos dedutivo, indutivo e retórico.¹⁵⁷

O modelo dedutivo é baseado no método silogístico, no qual impera as concepções da lógica formal. Importa a relação entre as premissas maior, que seria a norma jurídica abstrata, e a menor, que seriam os fatos levados ao juízo. A conclusão é derivada dessa relação entre premissas, buscando-se uma perfeita subsunção. As críticas ao referido modelo são dirigidas à inexistência de procedimentos de justificação das premissas, as normas e os fatos, que exsurtem como pré-selecionados e prontos para a subsunção.

Já o modelo indutivo tem sentido diametralmente oposto ao do formalismo silogístico. Substitui a vontade do legislador pelo processo criativo do juiz, o qual parte do caso particular a fim de estabelecer a norma geral aplicável. As peculiaridades do caso concreto são esteio para se obter uma decisão mais justa, mesmo em desatenção às regras impostas pelo legislador. As críticas sobre esse modelo recaem no grau de indeterminação e na violação da separação dos Poderes.

Por fim, o modelo retórico seria uma conjugação dos modelos anteriores, que não despreza algum grau de formação lógica na decisão, sendo capaz de fomentar a justificação das premissas, de acordo com as circunstâncias dos casos concretos. Aqui o termo “retórico” não se confunde com técnica de manipulação do discurso, mas como o uso de argumentos racionais na construção da decisão. As críticas a esse modelo estão na possibilidade de se conseguir um padrão ideal de justificação, pela congregação de segurança e racionalidade. Sobre ele as teorias recentes da argumentação jurídica se debruçaram com maior percuciência.

Independente de classificações mais ou menos padronizadas, os modelos de justificação podem ser abordados de diversas formas, e com diversas funções, segundo nos adverte Rodriguez (2013, p. 53-57). A abordagem didática se prestaria ao ensino dos estudantes na operação do ordenamento jurídico, em sentido amplo; a abordagem operacional caberia para a construção efetiva das decisões judiciais ao operar o ordenamento; uma abordagem empírica se prestaria a descrever e a pesquisar sociologicamente como o Poder Judiciário argumenta de fato; um modelo de justificação também poderia ser visto como objeto de investigações filosóficas, em um sentido normativo, ou seja, sobre como deve ser o padrão das fundamentações.

Surge aqui uma preocupação sobre a opção metodológica feita nesta pesquisa, a qual se desloca em movimentos alternados entres os modelos descritivos e normativos. A

¹⁵⁷ Consultar Gomes Filho (2001, p. 115-124).

descrição dos modelos de justificação se perfaz pela análise de decisões concretas produzidas nas lides judiciais, identificando-se o modo pelo qual os juízes efetivamente argumentam e decidem as questões jurídicas. Já os modelos normativos são fixações de padrões de racionalidade destinados a balizar a produção de decisões, em atenção a um grau mínimo de racionalidade, capaz de atingir o dever constitucional de fundamentação de decisões judiciais. O quanto as abordagens empírica e normativa dialogam e as conclusões que permitem investigar são o desafio metodológico da presente pesquisa.

Marcelo Guerra rejeita a possibilidade de se estudar a fundamentação judicial sob uma ótica puramente descritiva, por considerar que a busca pela racionalidade da decisão é um componente indutor da normatividade dos modelos de justificação:

Qualquer investigação que se proponha como seu objeto a *fundamentação racional* de atribuição de sentido a textos normativos, sobretudo pelos juízes, é uma investigação de cunho necessariamente normativo. Em primeiro lugar, a noção de normatividade está implícita na própria noção de racionalidade: fazer algo de forma *racional*, não é fazer algo de qualquer maneira, mas fazer algo *da maneira como deve ser feita*.

(...)

Dessa forma, na medida em que uma investigação puramente *descritiva* sobre a fundamentação *racional* de atribuição de sentido a textos legislativos pressupõe, logicamente, que se tenha previamente *dado* o que seja tal coisa, é praticamente inviável uma investigação assim puramente descritiva sobre tal temática.

(GUERRA, 2018, p. 49)

Por outro lado, Rodriguez (2013, p. 56) nos traz um viés de maior preocupação com a falta de correlação entre as teorias e os padrões de racionalidade que efetivamente impregnam o modo de produzir decisões judiciais no Brasil. Para tanto, explica o seguinte:

De qualquer forma, fica claro que ao ler uma determinada teoria da racionalidade jurisdicional não se pode simplesmente pressupor que ela seja adequada para descrever o funcionamento real do Poder Judiciário. Ocorreu um descolamento entre a defesa normativa de um modelo de racionalidade jurídica e o seu poder de descrever o funcionamento real das instituições. Guardadas as devidas proporções, é como se a lei da gravidade tivesse sido desacreditada pelos cientistas e todos precisassem voltar aos laboratórios para tentar entender porque os corpos permanecem sobre superfície da Terra sem afundar ou subir pelos ares. (RODRIGUEZ, 2013, p. 56)

Nessa ótica, Rodriguez (2013, p. 57) defende que as pesquisas empíricas não devem se limitar à descrição da realidade, mas também se constituir em análises de modelos de racionalidade com a finalidade crítica. Nesse argumento, é possível formatar um liame bastante denso e necessário entre a normatividade decisória e a empiria.

Conjugando as lições de Guerra e de Rodriguez sobre modelos normativos e descritivos, fica patente que o presente estudo deve ter um contorno duplo. Deve promover uma pesquisa empírica sobre como os juízes do escabinado de fato argumentam, inferem e decidem, mas não se descuidar de utilizar um parâmetro crítico para avaliação desse modo de argumentar juridicamente.

3.4 A identificação de zonas de arbítrio nas instâncias decisórias

Ainda que o cerne da pesquisa seja a observação direta sobre o *modus* de argumentar no escabinado militar e a compreensão sobre os motivos determinantes desse modelo descritivo, foi estabelecido um padrão de racionalidade como proposição de estudo, que deve ser seguido para que a decisão judicial seja dotada de possibilidade de controle intersubjetivo, o que nos faz recair sobre algum tipo de modelo normativo. Inclusive, o próximo capítulo se destina a verificar em que medida o modelo Toulmin de argumentação se aplica a tal finalidade, quer seja instrumental, para permitir avaliações, quer seja a função propriamente normativa, para fixar parâmetros de racionalidade na construção de argumentos decisórios.

Abre-se um novo aspecto crítico de observação dos modelos de racionalidade decisória, sob as óticas descritiva e prescritiva, que nos conduz à discussão sobre as “zonas de arbítrio” ou “zonas de autarquia”, com as denominações sinônimas dadas por Rodriguez (2013, p. 57-58), que seriam os efeitos decorrentes de lacunas de racionalidade decisória. Poderíamos teorizar a ausência de racionalidade da decisão judicial em vários sentidos e com consequências diversas. Porém, esse enfoque é especialmente adequado ao estudo de caso que se realizará nos capítulos subsequentes, de modo a materializar uma investigação essencialmente crítica.

Acolhemos o termo “zona de arbítrio” por considerá-lo mais adequado à abordagem metodológica do presente estudo, conceituando-se como “o espaço institucional em que as decisões não estão fundadas em um padrão de racionalidade qualquer, ou seja, em que as decisões são tomadas sem fundamentação” (RODRIGUEZ, 2013, p. 57). Uma zona de arbítrio se caracteriza quando não se torna possível identificar nenhuma justificação racional ou nenhum conjunto de regras que organiza a fundamentação da decisão tomada. De tal

modo, decisões irracionais formam zonas de arbítrio no interior das instituições formais, com poder de corroê-las por dentro.¹⁵⁸

A criação do conceito se destina a instrumentalizar discussões mais profundas sobre a Teoria do Direito, como: a legitimidade das decisões judiciais; os papéis e a separação dos Poderes da República; e o cumprimento das finalidades do ordenamento jurídico em um Estado de Direito. Acaso identificadas zonas de arbítrio, é possível afirmar que surgem falsas atribuições ou falsas justificações, com mera aparência de direito, mas com fortes possibilidades de exercício arbitrário do Poder. Tudo isso seria a demonstração de padrões fundados apenas em um Poder simbólico, mas sem efetividade e em dissonância com a opção político-constitucional adotada ao desenhar aquele Poder.

Portanto, um ponto de reflexão do estudo no tocante à advertência feita por Rodriguez (2013, p. 159), e que surte efeitos diretos sobre a pesquisa, diz respeito à possível indeterminação entre as atividades de administração e de jurisdição, quando existem zonas de arbitrariedade em contínua formação no seio dos órgãos judiciais incumbidos das decisões. A explicação é que embora as atividades de administrar e de julgar sejam atos de aplicação do direito, haverá uma maior ou menor indeterminação na articulação entre normas de direito material e de direito processual. Por isso, “Quando o juiz age como administrador, ele destrói a força das normas gerais, pois ignora completamente seu texto e promove a mediação dos interesses sociais sem o seu intermédio” (RODRIGUES, 2013, p. 160).

Interessante que a necessidade de distinção entre as funções de julgar e as funções dos demais Poderes pode ser identificada pela pesquisa empírica, até mesmo como forma de realocar funções que se encontram mal encaixadas no Poder Judiciário para órgãos de natureza administrativa, onde caberiam com maior flexibilidade:

A análise sociológica do funcionamento das instituições implica a pesquisa empírica da ação dos órgãos de poder, inclusive todos aqueles que praticam atos jurisdicionais. Ora, se considerarmos que o modo de pensar dogmático é o instrumental de que os órgãos jurisdicionais se utilizam para tomar suas decisões, descrever seu funcionamento por meio de pesquisas empíricas é reconstruir a maneira pela qual estes órgãos realizam raciocínios dogmáticos com o fim de controlar o grau de indeterminação que caracteriza seus julgamentos e, nos termos de Neumann, propor, eventualmente, reformas institucionais para realocar certas matérias para órgãos de natureza administrativa. (Rodriguez, 2013, p. 161)

¹⁵⁸ Essa vinculação às lacunas de racionalidade e ausência de legitimidade decisório ficam bem assentadas na teorização feita por Rodriguez (2013, p. 159).

A citada abordagem é muito importante para esta pesquisa, talvez em sentido inverso ao proposto acima, por considerar que o desenho institucional dos escabinados militares tem origem justamente na transformação de um órgão essencialmente administrativo, antes da Constituição de 1934, para um órgão de índole jurisdicional.

O que é necessário investigar está além das mudanças meramente legislativas. Há de se perquirir se as mudanças ocorridas ao longo da evolução do direito constitucional brasileiro permitiram verdadeiramente que o sistema escabinado passasse a proferir decisões sob uma ótica jurisdicional e não meramente administrativa, a despeito de ter um desenho institucional similaríssimo ao daquele formato pretérito de tribunal administrativo, sem nenhum aporte normativo depois da Constituição de 1988.

Será que a realocação da administração para a jurisdição foi capaz de dotar o desenho institucional e os modelos de justificação do escabinado militar com elementos de racionalidade judicial? Ou será que existem zonas de arbítrio em que as decisões são tomadas sem a necessária justificação, ou ainda, que essa justificação seja feita de modo ilegítimo? Esse é o papel da pesquisa empírica, que se formatará na sequência.

Se o sistema escabinado estiver desenhado com lacunas que podem ocasionar a formação de zonas de arbítrio, deve-se identificá-las e retomar o estudo para aperfeiçoamentos. Portanto, por meio dos modelos de justificação, é possível ampliar as formas de controle das decisões judiciais e promover um estudo detido do tema.

3.5 Funções da motivação das decisões judiciais: endoprocessual e exoprocessual

O estudo dos modelos de justificação auxilia na identificação e cumprimento das funções de controle das decisões judiciais. O dever de motivar as decisões judiciais alçou o patamar de norma constitucional e passou a refletir uma garantia de toda a sociedade. Foi dessa linha de entendimento que se vislumbrou a dupla função da fundamentação das decisões no âmbito do controle judicial: endoprocessual¹⁵⁹ e extraprocessual. (TARUFFO, 2015, p. 20-21).

A primeira função da motivação, portanto, tem por escopo subsidiar impugnações das partes processuais e garantir a possibilidade de insurgência para corrigir eventuais

¹⁵⁹ Também denominada de “intraprocessual”.

contradições, imperfeições, omissões, obscuridades, e quaisquer outras incoerências lógicas da decisão judicial. Deste modo, viabiliza a substituição da decisão viciada por uma outra decisão mais hígida. Trata-se da única função que vigia enquanto a motivação das decisões era vista sob uma perspectiva exegético-normativa, por meio de análise de normas processuais sobre a forma e o conteúdo de decisões.

A segunda função tem natureza mais ampla e recente, e se dirige aos controles político¹⁶⁰ ou social da atividade dos juízes, no contexto das garantias fundamentais do Estado de Direito. Para Taruffo (2015, p. 21), tem conexão com o conceito democrático de exercício do poder, pois quem exercita o poder deve justificar a maneira pela qual o desempenha.

Nessa função extraprocessual a sociedade tem a oportunidade de controlar a atividade dos juízes. É nesse momento de justificação de decisões que o Judiciário poderá demonstrar quais fatores morais, políticos, jurídicos, econômicos, sociais, culturais, dentre outros, foram conformados à aplicação do direito, contribuindo para a formação do raciocínio jurídico-decisório no caso concreto.

Interpretando a tese de Gomes Filho (2001, p. 75-94), percebe-se que a função política da motivação das decisões tem várias finalidades, quais sejam: a participação popular na administração da justiça, por meio de fixação de limites ao poder jurisdicional; a vinculação dos pronunciamentos judiciais à legalidade estrita, principalmente em matéria penal; a certeza do direito, por meio das possibilidades de controle das decisões judiciais; a demarcação da separação de poderes, por meio da limitação criativa de decisões judiciais balizadas pelo próprio ordenamento jurídico; e a proteção de direitos fundamentais, que é uma tarefa típica da ação jurisdicional.

Se as decisões judiciais forem consideradas adequadamente fundamentadas, é possível dizer que atingiram os escopos dos controles endoprocessual e extraprocessual. A grande questão que se impõe é definir em que medida uma decisão judicial pode ser considerada adequadamente fundamentada.

¹⁶⁰ Cintra e outros (2010, p. 74) abordam o tema em uma compreensão para além da esfera estritamente processual: “Mais modernamente, foi sendo salientada a função política da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões”.

3.6 Contexto da descoberta *versus* contexto da justificação

Neste ponto, deve-se tomar o termo fundamentação como sinônimo de motivação, que se encontra no nível de justificação do raciocínio decisório. Observe-se que o termo raciocínio aqui utilizado não se situa nos recônditos da psique humana, mas na forma de exteriorizar as razões do seu convencimento. Neste sentido cabe a distinção entre contexto da descoberta e contexto da justificação¹⁶¹, como forma de demarcar o terreno da pesquisa.

O contexto da descoberta trata do conjunto de fatores e crenças que explicam como o juiz chegou a certas escolhas e decidiu de determinado modo. Reside no campo das razões explicativas, que são as causas determinantes da decisão. Está ligado a campos de estudo de diversas ciências sociais: psicologia, sociologia, história *etc.* Já o contexto da justificação é o procedimento estruturado de exposição de razões intersubjetivas para a aceitação da comunidade. São as chamadas razões justificativas, que visam obter a adesão de um auditório para aquilo que foi fornecido como motivo da decisão. Em outras palavras, o juiz irá justificar o porquê das suas escolhas, mediante um procedimento de argumentação racional. Liga-se aos campos da dogmática, da filosofia da linguagem e da argumentação jurídica.

O procedimento mental para se descobrir premissas ou fixar conclusões é diverso do procedimento externo consistente em justificar essas premissas e conclusões. Prevalece o entendimento de que as teorias da argumentação jurídica se situam no contexto da justificação, apesar de alguns posicionamentos divergentes¹⁶², no sentido de que não haveria uma linha nítida que separa ambos os contextos e que razões explicativas tenham também força justificativa.¹⁶³

A despeito da distinção para a teoria do direito, há uma grande utilidade no nível prático desta pesquisa capaz de demonstrar que o processo de tomada de decisão intelectual não precisa ser explicado por quaisquer dos juízes. As inferências para se chegar à decisão são notadamente dispensáveis no caso. No entanto, é preciso que o juiz votante demonstre por

¹⁶¹ A esse respeito, consultar Atienza (2006, p. 20-23).

¹⁶² Acerca da importância e do resgate do contexto da descoberta no campo da teoria do direito, verificar Struchiner (2018, 43-59).

¹⁶³ Atienza (2017, p. 45-46) aduz que o sentido da distinção pode ser esclarecido a partir de três perspectivas: formal, material e pragmática. A concepção formal se centra na argumentação como lógica e abstrai o conteúdo de verdade ou de correção das premissas, focando a atenção na forma e inferência dos enunciados. A concepção material se dirige ao sentido oposto, dando validade à correção e à fundamentação das premissas e da conclusão. A concepção pragmática, por fim, contempla a argumentação como atividade linguística, privilegiando a interação entre as pessoas para se chegar a algum tipo de consenso. Para o referido autor, somente no aspecto formal a distinção teria uma demarcação mais estabelecida.

argumentação plausível e coerente que as razões eleitas para a decisão estão de acordo com os princípios básicos da argumentação jurídica.

Não se desconhece, por uma dedução lógica ou meramente intuitiva, que o caminho intelectual para a descoberta da solução será de algum modo constrangido quando o próprio juiz estiver ciente de que ao final do processo deverá expor as razões do seu convencimento, e que essa justificação precisa ser aceita pelo auditório que o cerca. Porém, pensar dessa forma significa assumir que o dever de fundamentação das decisões judiciais terá cumprido o seu mister de controle da subjetividade do juiz, ainda que de forma parcial.

Em termos práticos, não há como negar que as lições de Gomes Filho são bastante precisas neste sentido, cabendo sua integral transcrição:

Nessa ótica, a motivação representa um eficiente antídoto contra o subjetivismo do juiz, pois por seu intermédio é que se exterioriza o raciocínio desenvolvido para se chegar à conclusão sobre a verdade fatural, permitindo controlar a objetividade e a correção das escolhas realizadas. Mais do que isso, essa *função de controle* exercida pela motivação não se esgota naquela dimensão externa a posteriori, *projetando-se também sobre o próprio procedimento de decisão, de modo a evitar a contaminação do julgamento por sugestões de “certeza subjetiva” – tão frequentes nessa matéria – que não possam ser depois justificadas.* (GOMES FILHO, 2001, p. 148) Grifei

A ponte teórica que se pode fazer com a presente pesquisa está na ideia básica de que o momento das deliberações em plenário é uma ótima oportunidade para estimular tanto o contexto da descoberta, quanto para organizar o contexto da justificação. Como se verificou, a forma de comunicação dos argumentos da decisão é realizada sempre pelo juiz togado, que necessita de sintonia com o colegiado para a captação ordenada dos fundamentos vencedores.

O redator da sentença será o interlocutor do colegiado para esclarecer tanto às partes e aos órgãos recursais, quanto à sociedade, quais fatores morais, políticos, jurídicos, econômicos, sociais, culturais, dentre outros, compuseram o raciocínio jurídico no caso concreto. Esse conhecimento social proporciona um efetivo controle decisório, tornando possível identificar as razões que compõem os argumentos, fornecendo o teste de compatibilidade com os reclamos da sociedade em que está inserida e com os fins da Constituição Federal.

3.7 Raciocínio jurídico *versus* raciocínio leigo

Já se ressaltou que é desejável fazer o estudo teórico mediante ligações necessárias com o tema objeto de estudo. A teoria precisa ter algum grau de utilidade prática, como afirma Atienza (2006, p. 13).¹⁶⁴ Por isso, esta seção tem um contorno explicativo e interacional.

Ao concluir sobre o raciocínio no contexto da justificação, apareceram novas indagações ainda em nível teórico, que se transmudarão para elementos empíricos posteriormente: pessoas do povo (não juristas)¹⁶⁵ podem raciocinar¹⁶⁶ e decidir juridicamente? E se podem, são capazes de justificar adequadamente as razões do seu convencimento, segundo os ditames da Constituição da República? É possível controlar esse procedimento de justificação, segundo as exigências do direito moderno?

As respostas a esse questionamento geral, se é que podem ser satisfatoriamente apresentadas, dependem do que se entende por direito, justiça, decisão judicial e de quem seriam os legitimados a aplicar esse direito. Variam, ainda, de acordo com os contextos jurídico e cultural em que determinadas sociedades se encontram inseridas. Por fim, precisam ser investigadas sob uma metodologia adequada, dada a diversificação desses diversos sistemas jurídicos e dos órgãos que os compõem, além das dificuldades de captação da realidade na prática jurisdicional.

Importante consignar, desde logo, que há uma questão subjacente às indagações formuladas, que se estabelece a partir da compreensão de que o raciocínio jurídico tem limites não encontrados no raciocínio puramente moral¹⁶⁷. Esse detalhamento será trabalhado na seção seguinte.¹⁶⁸ Por outro lado, boa parte do raciocínio dos juízes não é regido por regras

¹⁶⁴ “Na minha opinião, a filosofia do Direito deve cumprir uma função de intermediação entre os saberes e as práticas jurídicas, por um lado, e o resto das práticas e saberes sociais, por outro. Isso significa também que os destinatários dos textos de filosofia do Direito não deveriam ser apenas outros filósofos do Direito, mas também – e até fundamentalmente – os cultivadores de outras disciplinas, jurídicas ou não, assim como juristas com atuação prática e os estudantes de Direito.” (ATIENZA, 2006, p. 13)

¹⁶⁵ Enveredando-se na realidade dos tribunais brasileiros, percebe-se que existem alguns órgãos judiciais compostos por pessoas que não são profissionais do direito e que proferem votos para condenar ou absolver pessoas acusadas de crimes. São os já estudados tribunais populares. Aqui surge o interesse prático do tema na sociedade brasileira, cujos modelos estruturais funcionam normalmente, sem grandes questionamentos sobre o seu confronto com a evolução e a forma de pensar o direito contemporâneo, calcado na argumentação dialética. Para vencer esse imobilismo dogmático e investigar cientificamente os fenômenos que o envolvem, justifica-se a abordagem da pesquisa para aprofundamento do tema, sob novas lentes.

¹⁶⁶ Trabalha-se aqui o conceito de raciocínio argumentativo ou justificativo.

¹⁶⁷ Nesse sentido, verificar Atienza (2017, p. 83) e Shecaira e Struchiner (2016, p. 29-48).

¹⁶⁸ Por enquanto, cabe apenas destacar a diferença dos elementos de validade jurídica em face da validade ética, que se aperfeiçoa pelo seu caráter institucionalizado. Nesse ponto, Marmelstein (2013, p. 561) esclarece: “Além disso, a *validade jurídica* costuma estar vinculada a algumas *formalidades* que não integram o conceito de *validade ética*, como por exemplo, o *princípio da legalidade*, o *dever de fundamentação das decisões judiciais*, a

nem determinado por critérios ou fatores de caráter jurídico (TARUFFO, 2001, p. 171), e nesse ponto os juristas raciocinam como “homens médios”¹⁶⁹ do seu tempo. Este é o grande ponto de contato com o tema objeto da pesquisa.

Tudo isto demonstra previamente que tentar sondar o âmbito de domínio do que é puramente jurídico ou não é uma tarefa complexa e difícil de ser analisada, em um nível estritamente teórico. Surge a necessidade de desvencilhar como se molda o raciocínio lógico e argumentativo de uma pessoa que não tem profissão jurídica, mas que irá emitir juízos sobre fatos e valores qualificados por normas jurídicas.

Importa consignar que estágio atual das teorias da argumentação jurídica permitiu investigar com relativa profundidade o estabelecimento de modelos de justificação, utilizando-se de ferramentas de avaliação adequadas que, conjugadas com técnicas de pesquisa empírica no direito e pelo método indutivo de abordagem, permitirão algumas conclusões.

A partir deste ponto, se faz necessário discutir o contexto da justificação sob a perspectiva da argumentação jurídica, como um mecanismo de controle do direito.

3.8 Teorias da argumentação jurídica e a racionalidade judicial

A superação de uma lógica meramente formal fomentou o surgimento das inúmeras teorias da argumentação jurídica, cujo enfoque básico seria identificar ou estabelecer uma racionalidade decisória na atividade de fundamentação das decisões.

A partir da segunda metade do século passado, as teorias da argumentação fixaram amplas possibilidades de análise e de avaliação de argumentos jurídicos, fornecendo elementos para algum tipo de objetivação ou de controle intersubjetivo. Esse movimento coincidiu com o pós-guerra, quando a comunidade internacional percebeu que o direito

publicidade e condições de validade dos atos jurídicos, os ônus probatórios, as limitações processuais, entre várias outras. Essas formalidades podem gerar decisões contrárias à validade ética (como por exemplo, a absolvição de alguém que cometeu um crime ou a nulidade de um contrato consensualmente estabelecido entre duas pessoas capazes), que, apesar de se chocarem com alguns valores éticos, são juridicamente válidas, na medida em que os princípios fundamentais da juridicidade não são exatamente os mesmos que fundamentam a ética, embora possam convergir (e, de fato, convergem) em muitas situações.”

¹⁶⁹ Termo utilizado para se referir ao homem comum, inserido em determinada sociedade, e dotado de experiências comuns. Seu modo de pensar e de agir refletiria uma média ou se basearia no senso comum. Apesar desse conceito ser difundido na literatura jurídica, não há uma clara definição dos parâmetros que configuraria esse tipo de homem médio, tampouco se é possível erigir essa categoria, dada a multiplicidade de relações sociais e os valores e interesses contrapostos na sociedade moderna.

positivo poderia albergar uma legalidade injusta, que seria incapaz de conter regimes autoritários. A ordem jurídica estabelecida deveria passar por um filtro de justiça, o que poderia ser viabilizado com a ponderação de valores e pela normatividade dos princípios.¹⁷⁰

Surgem alguns estudos desse movimento de superação da lógica meramente formal, tendo como precursores os trabalhos de Theodor Viehweg (1979), Chaïm Perelman (1996), e Stephen Toulmin (2006). Viehweg fez reviver a tópica jurídica e Perelman desenvolveu uma nova retórica. Toulmin, de quem se cuidará detidamente no próximo capítulo, desenvolveu uma prática lógica, que rejeitava os argumentos dedutivos. Com o avanço dos estudos, outros filósofos como Aulis Aarnio (1991), Alexy (2005), MacCormick (2008) vêm incrementar as teorias, que atualmente são denominadas de teorias standards da argumentação jurídica.¹⁷¹

Existe uma pluralidade de perspectivas doutrinárias sobre as teorias da argumentação jurídica, e dos respectivos critérios de construção das justificações. Serão selecionados apenas alguns pontos relevantes e recomendáveis ao debate.

O discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral (Alexy, 2005, p. 209-210). Por discurso prático geral, Alexy entende um discurso em que participam argumentos relativos a questões pragmáticas, éticas e morais, cuja distinção ele extrai de Habermas. Em suma, as discussões jurídicas se preocupam com questões práticas e não meramente normativas; os argumentos são discutidos com pretensões de correção, de modo que possam ser justificados racionalmente segundo a orientação valorativa adotada pelo ordenamento jurídico; e, por fim, existem limitações dos discursos jurídicos que não se verificam no discurso prático geral. Cabe fixar este ponto, com sua citação:

A amplitude e os tipos de limitações são muito diferentes nas diversas formas. A mais livre é a discussão da Ciência do Direito. No processo se dão as maiores limitações. Aqui os papéis estão desigualmente distribuídos: a participação, por exemplo, do acusado não é voluntária e o dever de veracidade é limitado. O processo de argumentação é limitado temporalmente, sendo regulamentado por regras processuais. As partes podem orientar-se segundo seus interesses. Com frequência, talvez como regra, as partes não buscam exatamente a sentença correta ou justa, mas a que lhe é vantajosa. As outras formas podem situar-se, no que diz respeito à extensão das diferentes limitações, entre esses dois extremos. (Alexy, 2005, p. 210)

Segundo Barroso (2013, p. 369-371), é possível extrair 3(três) parâmetros básicos da argumentação jurídica sob uma ótica constitucional: a) uma fundamentação normativa, e b) o

¹⁷⁰ Ver seções 3.1 e 3.2.

¹⁷¹ Atieza (2017, p. 33-34) considera que as concepções precursoras surgiram nos anos 50, e as concepções standards da argumentação jurídica foram aquelas surgidas a partir dos anos 70.

respeito à integridade do sistema e c) o peso relativo das consequências da decisão. Os dois primeiros nos interessam em particular, porquanto se dirigem a qualquer tipo de decisão, independente da índole da questão constitucional envolvida.

A fundamentação em normas jurídicas é um dos principais diferenciais da argumentação produzida no direito. Já se alertou que existe uma gama de elementos não-jurídicos que transitam em meio à ordem jurídica, tais como noções de política, economia, valorações morais, dentre outros, capazes de influenciar diretamente na escolha das premissas, ou seja, no contexto da descoberta. A questão que muito se coloca é a medida da sua inserção no contexto da justificação, para fundamentar o argumento decisório.

Apesar da inarredável utilização de conceitos de outras áreas do conhecimento na formulação dos argumentos jurídicos, o juiz precisa ancorá-los na relação com as premissas que levam em conta as normas legais, a jurisprudência e a dogmática jurídica. Não cabe aplicar o mero senso comum ou o sentimento próprio de justiça para integrar a estrutura principal da fundamentação judicial. Nesse sentido, insere-se com pertinência a afirmação de Alexy (2005, p. 210), quando aduz que “Aqui se pode estabelecer um ponto: a argumentação jurídica se caracteriza pela vinculação ao direito vigente.”

Importante destacar que o grau de aceitação de elementos não jurídicos no âmbito das fundamentações judiciais se constituiu em dos mais graves dissensos da filosofia do direito, traduzido pela eventual superação do paradigma positivista, o qual não será objeto de análise e discussão neste trabalho. Cabe ressaltar, apenas, que a preservação do caráter jurídico da decisão judicial demonstra que a argumentação não é exclusivamente lógica, moral, ou política, embora possa se valer de tais noções para a formulação do seu raciocínio.

Um segundo e último ponto a discutir está no respeito à integridade do sistema.¹⁷² O intérprete precisa se preocupar com a continuidade e coerência da ordem jurídica. Segundo Barroso (2013, p. 370), é possível que o jurista exerça a sua própria criatividade, sem romper com a integridade do direito. A mensagem está no afastamento de posições casuísticas, solipsistas, idiossincráticas e até mesmo arbitrárias, de modo a impedir a universalização para outros casos em que se façam presentes as mesmas circunstâncias.

¹⁷² Termo aqui adotado com a forte conotação dada pela teoria de Ronald Dworkin (1999), quando criou a metáfora do “romance em cadeia”. O processo interpretativo seria como um romance que não é escrito apenas por um autor, mas por vários, que precisam dar continuidade ao que seus antecessores formularam, em uma linha de continuidade lógica. A interpretação jurídica seria uma extensão de uma história institucional do Direito, que se desenvolve a partir de inúmeras estruturas, decisões, convenções e práticas. Cada juiz seria parte de um complexo empreendimento em cadeia, ao promover a criação e a interpretação do direito.

Após delimitação dos principais pontos sobre a argumentação jurídica, é conveniente retomar ao ponto anterior para identificar em que consiste uma decisão jurídica adequadamente fundamentada e em que medida isso pode ser concretizado na realidade empírica.

3.9 As normas constitucionais e legais como bases para um modelo de justificação das decisões penais militares

A busca pela melhor concepção do que seria uma decisão juridicamente fundamentada pode ser realizada sob dois enfoques. No primeiro, aborda-se uma vertente mais formal, ancorada no sistema de normas legais que permitem a construção estrutural da decisão e da sua publicidade. No segundo, a abordagem é substancial, analisando-se a estrutura dos argumentos e o seu padrão qualitativo. Dessa forma, o âmbito do trabalho se insere na discussão desses temas interconexos, quais sejam a correção dogmática da motivação e a racionalidade decisória. Este último âmbito é o domínio das teorias da argumentação jurídica.

Ambas as interfaces podem ser investigadas sob a ótica dos modelos de justificação, os quais se constituem em um conjunto de critérios e cânones (legais, jurisprudenciais, epistemológicos e de argumentação) a serem seguidos pelo juiz na formação de seu convencimento sobre os fatos relevantes e sobre a aplicação do direito ao caso, com vistas a cumprir o dever constitucionalmente imposto de fundamentação das decisões judiciais.

Para efeito meramente didático, seria possível distinguir entre o modelo legal de justificação, cujos padrões são fornecidos pelos textos da Constituição e das leis, e os modelos normativos de justificação, que congregariam todos os demais critérios balizadores para a produção das fundamentações. Esta seção e a seguinte abordarão os requisitos desses modelos de justificação.

Existe um espectro de normas positivas que de algum modo formata o dever de justificação judicial na esfera penal. Pelo menos em relação ao principal provimento judicial, que é a sentença, os direitos material e processual estabelecem requisitos mínimos dessa estrutura decisória.

Antes das leis, a Constituição produz normas gerais que se dirigem direta e indiretamente ao dever de fundamentação. Além do já comentado Art. 93, IX, que congrega um dever geral de fundamentação, se tem no Art. 5º, os incisos LXI: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária

competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;” e XLVI: “a lei regulará a individualização da pena (...)”.

O primeiro comando trata da imposição de ordem escrita e fundamentada para a prolação de decisões que imponham medidas de restrição da liberdade; o segundo, prevê a fixação de parâmetros legais para a aplicação da pena, aos quais o juiz deverá se vincular ao realizar a dosimetria.

No aspecto mais geral da estrutura das fundamentações das decisões penais, em especial no âmbito processual penal militar, a norma base regula a estrutura da sentença, no Art. 438 do CPPM:

Art. 438. A sentença conterá:

- a) o nome do acusado e, conforme o caso, seu posto ou condição civil;
- b) a exposição sucinta da acusação e da defesa;
- c) a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;
- d) a indicação, de modo expresse, do artigo ou artigos de lei em que se acha incurso o acusado;
- e) a data e as assinaturas dos juízes do Conselho de Justiça, a começar pelo presidente e por ordem de hierarquia e declaração dos respectivos postos, encerrando-as o auditor.

Além da elaboração de uma espécie de relatório, na alínea “b” do Art. 438 do CPPM, a decisão de condenação pressupõe a indicação dos motivos de fato e de direito que fundam a decisão e, de modo expresse, dos artigos de lei em que se acha incurso o acusado, nos termos do Art. 438, c e d, do CPPM.

Os motivos de fato e de direito são analisados e justificados conforme a dogmática penal. Ou seja, todos os elementos dogmáticos que compõem a estrutura analítica do crime, como a definição de fato típico, ilícito, e culpável, deverão de modo direto ou indireto compor a estrutura da sentença penal.¹⁷³

De modo extremamente sintético, mas com fim ilustrativo, pode-se dizer que são elementos de análise obrigatória em todo processo penal, no mínimo: a existência do fato e a identificação do autor da conduta, que corresponde à materialidade e à autoria; a definição se o fato é típico, com suas inúmeras segmentações sobre a conduta, o resultado, o nexos causal e a adequação típica; a existências de outras circunstâncias que interferem na aplicação da pena, tais como as circunstâncias judiciais, as agravantes e atenuantes, as causas de aumento e de diminuição de pena; a verificação se o fato é ilícito ou se está acobertado por causa de exclusão da ilicitude, como o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento

¹⁷³ A respeito da teoria do crime e a especificação da sua estrutura analítica, consultar: Bitencourt (2010), Roxin (1997) e Zaffaroni (2002).

do dever legal e o exercício regular do direito; a verificação da culpabilidade do agente, no sentido de ser imputável, ter potencial conhecimento da ilicitude e poder agir de modo diverso, ou a existência de causas de exclusão da culpabilidade; a verificação da subsistência ou não da punibilidade, que é a possibilidade jurídica de imposição de pena no caso concreto; a definição da pena a ser aplicada, em uma operação de dosimetria para fixação do patamar de pena; e os respectivos comandos em função da pena aplicada.¹⁷⁴

Nos termos do Art. 440 do CPPM¹⁷⁵, a dosimetria da pena será objeto de motivação específica, por meio de exposição das circunstâncias que embasam o tipo penal, o patamar de pena obtido na operação e demais conseqüências da pena fixada. Serão ser mencionadas todas as circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na fixação da pena, tendo em vista obrigatoriamente o disposto no Art. 69 e seus parágrafos do Código Penal Militar.¹⁷⁶

Importante destacar que, por força da interpretação dogmática e pela lacuna na lei penal militar, o Art. 68 do Código Penal tem sido aplicado subsidiariamente¹⁷⁷ como diretiva para a construção trifásica da imposição da pena¹⁷⁸ no processo penal militar:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Inclusive, Gomes Filho (2001, p. 213) reconhece que no direito brasileiro existe um modelo de justificação legal, com conseqüências específicas em relação à dosimetria da pena.¹⁷⁹ Compreende-se, portanto, que o sistema trifásico de dosimetria é um dos pontos fulcrais da fundamentação penal de uma sentença condenatória.

¹⁷⁴ Pela desnecessidade e inviabilidade de discussão de cada um destes pontos que se constituem em estudos de direito penal material, remete-se à leitura das obras de referência, citadas na nota anterior.

¹⁷⁵ CPPM, Art. 440. O Conselho de Justiça ao proferir sentença condenatória: a) mencionará as circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na fixação da pena, tendo em vista obrigatoriamente o disposto no Art. 69 e seus parágrafos do Código Penal Militar; b) mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no citado Código, e cuja existência reconhecer; c) imporá as penas, de acordo com aqueles dados, fixando a quantidade das principais e, se fôr o caso, a espécie e o limite das acessórias; d) aplicará as medidas de segurança que, no caso, couberem.

¹⁷⁶ Para além do Art. 69 do CPM, as regras dos artigos 70 ao 77 do CPM complementam o processo de fixação das penas.

¹⁷⁷ O próprio Código Penal prevê esse tipo de aplicação subsidiária, a teor do seu Art. 12 - As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

¹⁷⁸ O método trifásico foi idealizado por Nelson Hungria, que fixou o sistema de aplicação da pena em três etapas, quais sejam: de início, o magistrado valora as circunstâncias judiciais, de modo a encontrar a pena-base para o delito; em um segundo momento, ele deverá fazer incidir sobre a pena-base anteriormente encontrada as circunstâncias legais, agravantes e atenuantes; por fim, sobre o resultado encontrado nas duas etapas anteriores, incidirão as causas de aumento e diminuição de pena.

¹⁷⁹ No caso, sua referência são os artigos 59 e 68 do Código Penal.

Para absolver, o juiz também indicará os motivos de fato e de direito na fundamentação da decisão, conforme se verificou acima, mas especificará no dispositivo uma das causas de absolvição, previstas no Art. 439 do CPPM:

Art. 439. O Conselho de Justiça absolverá o acusado, mencionando os motivos na parte expositiva da sentença, desde que reconheça:

- a) estar provada a inexistência do fato, ou não haver prova da sua existência;
- b) não constituir o fato infração penal;
- c) não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração penal;
- d) existir circunstância que exclua a ilicitude do fato ou a culpabilidade ou imputabilidade do agente (arts. 38, 39, 42, 48 e 52 do Código Penal Militar);
- e) não existir prova suficiente para a condenação;
- f) estar extinta a punibilidade.

Observe-se que estas causas de absolvição são itens de obrigatória fundamentação, quando houver invocação pelas partes, ou quando, de ofício, se verificar a possibilidade de desconstituição de algum dos elementos do crime citados acima. Por exemplo, se existir uma alegação de legítima defesa, esta causa será discutida como circunstância que exclui a ilicitude do fato; se for verificado que o réu é inimputável, a circunstância será discutida no âmbito da culpabilidade, e assim ocorrerá em relação a qualquer causa que possa levar à absolvição. Isso reforça que os elementos da dogmática penal serão base para o modelo legal de justificação.

Complementando esse espectro, estudos recentes que se sucederam à edição do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 discorrem sobre a insuficiência da fundamentação judicial, em face da não observância de regras positivadas ou de uma estrutura lógica que atenda aos princípios do processo constitucional. O Art. 489, § 1º CPC¹⁸⁰ estabelece requisitos do que se traduz em uma decisão não motivada adequadamente, a partir da enumeração de alguns vícios da motivação, que em sentido contrário indicam aspectos relevantes do dever de motivar. São situações normatizadas que foram colhidas na prática forense e das construções doutrinárias, com o intuito de evitar as graves falhas no âmbito desse dever constitucional. Essas normas já estavam sendo aproveitadas no âmbito das

¹⁸⁰ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

decisões penais, considerando a essencialidade dos preceitos e os pontos comuns que versam sobre normas de decisão.

O § 2º do Art. 315, CPP foi recentemente modificado para incluir norma de conteúdo idêntico ao § 1º, Art. 489, CPC, de modo que a disciplina da motivação penal ganhou contornos autônomos na própria legislação.¹⁸¹ As referidas normas têm plena aplicação ao processo penal militar, quer pela essencialidade já demonstrada, quer pela expressa permissão de aplicação por analogia¹⁸², pela norma do Art. 3º, alíneas “a” e “e”, do CPPM.¹⁸³

Como não é possível normatizar todos os aspectos necessários à construção de uma decisão jurídica fundamentada, dada a limitação das regras jurídicas para versar sobre a essência da argumentação na sua tríplice concepção: formal, material e pragmática¹⁸⁴, as teorias da argumentação jurídica se destinam a complementar essa noção de racionalidade.

3.10 As teorias da argumentação jurídica como bases para um modelo de justificação das decisões judiciais

Para além do modelo legal de justificação apresentado, é possível listar uma gama variada de requisitos necessários para que uma decisão judicial seja considerada fundamentada. Neste trabalho, optou-se pela referência à doutrina de Gomes Filho (2001)¹⁸⁵, que promoveu estudos específicos sobre a motivação das decisões penais, particularmente adequados à problematização aqui posta. A densa tese, que reuniu pesquisa baseada

¹⁸¹ CPP, Art. 315, § 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.

¹⁸² Atente-se que a analogia pode ser considerada em face de uma omissão inconstitucional, como, por exemplo, o dever de regular adequadamente as normas sobre motivação das decisões.

¹⁸³ CPPM, Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos: a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar;(…) e) pela analogia.

¹⁸⁴ Como visto acima, a concepção formal se centra na argumentação como lógica e abstrai o conteúdo de verdade ou de correção das premissas, focando a atenção na forma e inferência dos enunciados. A concepção material se dirige no sentido oposto, dando validade à correção e à fundamentação das premissas e da conclusão. A concepção pragmática, por fim, contempla a argumentação como atividade linguística, privilegiando a interação entre as pessoas para se chegar a algum tipo de consenso. Acerca das concepções da argumentação, conferir Atienza (2017, p. 39-40).

¹⁸⁵ A adoção da referida teoria foi uma opção puramente metodológica, dentre as várias possíveis, dada a especialização sobre o tema da motivação das decisões em matéria penal, a completude da sua abordagem, além da notoriedade acadêmica do autor em matéria de direito processual penal. Tratou-se de trabalho apresentado originalmente como tese em concurso público para o cargo de Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

principalmente em autores estrangeiros¹⁸⁶, pode ser tida como uma revisão bibliográfica das mais percucientes no direito pátrio sobre a motivação no âmbito do direito penal.

Para Gomes Filho (2001, p. 171-185), uma decisão judicial fundamentada deve conter, ao menos, os requisitos de integridade, dialeticidade, correção, racionalidade interna e racionalidade externa. Os requisitos são um misto de aspectos dogmáticos e argumentativos.

A integridade pressupõe que a motivação deve cobrir toda a área decisória, sem deixar espaços ou lacunas de entendimento. O juiz deverá justificar as escolhas adotadas ao longo do percurso decisório, no que estão incluídos todos os elementos estruturais de cada decisão particular, como por exemplo, a escolha e interpretação da norma, os estágios para a verificação dos fatos, a qualificação jurídica dos fatos, dentre outras situações comuns nas decisões judiciais.

A dialeticidade ocorre quando o juiz demonstra que foram levados em conta todos os elementos úteis à decisão, ou seja, após consideração de todas as razões disponíveis, escolhe a solução mais adequada ao caso. Trata-se, na verdade, de materialização do contraditório substancial, de modo que as provas e argumentos elencados pelas partes são levados em consideração na decisão, ainda que para a demonstração da sua inaplicabilidade.

A correção implica na correspondência entre os elementos tomados como base da decisão e a sua efetiva existência no processo. Na articulação do raciocínio judicial devem ser considerados apenas os elementos que efetiva e validamente constam do processo. Isso se dirige tanto às premissas normativas, aos raciocínios presuntivos e à verificação dos elementos de fato. Não pode o julgador, por exemplo, ancorar-se em dados formulados de modo incorreto ou fictício, ou julgar baseado em provas vedadas pelo ordenamento jurídico e que foram proscritas nos autos.

Observa-se que os 3(três) requisitos até então visitados refletem, em maior ou menor grau, aspectos da dogmática jurídica. É possível, inclusive, correlacioná-los aos comandos normativos dos já comentados § 2º, do artigo 315 do CPP, e § 1º, do artigo art. 489, do CPC. Todavia, os próximos requisitos: racionalidade interna e externa, são conceitos inerentes às teorias da argumentação jurídica, cujo foco está na discussão da fundamentação racional.

No que pertine a tais conceitos, Gomes Filho (2001, p. 179-185) aborda aquilo que as teorias da argumentação jurídica têm denominado de justificação interna e de justificação externa, levando em conta os estudos iniciais de Jerzy Wróblewski (1985).

¹⁸⁶ O fato de ser ancorada em densa doutrina alienígena não desvaloriza o referido trabalho, tampouco o torna distante da realidade brasileira. O estudo se propôs ao levantamento de questões essenciais da motivação das decisões penais e o fez com a devida pertinência, tornando-se uma base de estudo sobre temas afins.

Segundo Wróblewski, a justificação interna se destina à correção da decisão por meio da lógica formal, utilizada para justificar a passagem válida das premissas fáticas e jurídicas para uma conclusão normativa. Esse processo normalmente é aplicado mediante uso do silogismo, em que determinadas premissas se relacionam adequadamente de modo a se obter a conclusão, por meio da lógica dedutiva.

A justificação interna ocorre tanto em relação ao silogismo final quanto em relação às sucessivas conclusões parciais a respeito de cada um dos pontos da decisão.

Gomes Filho (2001, p. 181) ressalta, ainda, que uma das características da “racionalidade interna” é a ausência de contradições, a qual se revela pela demonstração de validade entre os diversos argumentos justificativos e a sua coerência recíproca. Por este motivo, se diz que a justificação interna é sinônimo de logicidade, ou de racionalidade em sentido lógico.

Indo além, a justificação externa se refere à escolha das premissas a serem empregadas nesse silogismo da justificação interna. Faz-se uma análise da escolha de determinadas premissas em face de outras, por meio de um juízo axiológico, levando em conta aspectos de veracidade, correção ou adequação. Não seria suficiente a mera correção formal do argumento, sob os prismas lógico e processual, devendo haver uma adequação substancial na escolha das mais adequadas e melhores premissas para que uma decisão possa ter fundamento jurídico.

Nos casos fáceis, aqueles da rotina jurídica e nos quais não há dificuldades na seleção de premissas, o silogismo aristotélico é comumente utilizado para a prolação de decisões. A correlação das premissas por inferência dedutiva é facilmente atingida. Por outro lado, existem casos em que a lógica meramente formal é insuficiente para resolver as questões, havendo que se utilizar de elementos não dedutivos. Tenciona-se identificar o “porquê” da escolha de determinadas premissas fáticas ou de direito, em detrimento de outras, medida que só poderá ser cumprida mediante a justificação externa.

Para findar a análise, esclareça-se que para Alexy, as formas de argumentos e as regras de justificação externa podem ser classificadas em seis grupos. O primeiro se refere às regras e formas de interpretação (cânones de interpretação); (b) o segundo, às regras e formas da argumentação da ciência do Direito (dogmática); (c) o terceiro, às regras e formas do uso dos precedentes; (d) o quarto, às regras e formas da argumentação prática geral; (e) o quinto, às regras e formas da argumentação empírica; (f) e o sexto, aos que o autor denomina de formas especiais de argumentos jurídicos.

Embora de grande relevância para o aprofundamento do tema, não se discorrerá sobre os grupos de justificação externa, que demandariam abordagem teórica em um sentido específico para cada regra de justificação, desnecessária a esta pesquisa. Ver-se-á que a busca é direcionada a modelos de justificação mais simplificados, práticos e, ao mesmo tempo, abrangentes, capazes de suprir minimamente as necessidades de se produzir uma argumentação jurídica suficiente.

3.11 A suficiência da fundamentação jurídica em matéria penal

Um dos temas mais caros ao presente trabalho está em saber quando uma argumentação é suficiente, de modo a caracterizar que o juiz se desincumbiu adequadamente do seu dever de fundamentar, seguindo um modelo de justificação.

O assunto ganha relevo porque a pesquisa se presta a analisar as deliberações do Conselho de Justiça Militar para identificar primordialmente os argumentos que satisfazem o dever de fundamentação de cada um dos votos do colegiado. No caso particular, existe um juiz togado que delibera com leigos em direito e que, ao final, deverá redigir uma sentença, destacando os fundamentos e conclusões divergentes, ainda que o seu voto seja vencido. Portanto, torna-se fundamental discernir entre uma motivação sucinta, que pode ser o padrão adotado nos votos orais, e uma motivação insuficiente, quando não são atingidos os requisitos mínimos de suficiência argumentativa no discurso judicial.

Com base no percurso já vencido, é possível asseverar que a motivação sucinta pressupõe a completude decisória, com todos os requisitos necessários, a despeito da economia na forma de construir o voto ou o texto da decisão. Já a motivação insuficiente ocorre quando lhe faltam requisitos formais ou substanciais, considerando-se como não fundamentada.

A motivação da decisão judicial é considerada completa quando atende às normas materiais e processuais para a sua prolação, além de desempenhar uma argumentação jurídica coerente, dotada de justificação interna e externa. Em sentido oposto, será incompleta ou insuficiente a decisão que, além de violar as regras jurídicas sobre o seu formato mínimo de construção, não apresentar racionalidade interna e externa. Por conseguinte, a definição do que seria uma decisão suficientemente fundamentada precisa ser analisada, em primeiro, quanto à aplicação das normas do devido processo legal e, na sequência, quanto à extensão dos argumentos.

A publicidade e a motivação da decisão judicial têm uma função instrumental em relação a inúmeras garantias processuais, sendo consideradas como garantias de segundo grau (GOMES FILHO, 2001, p. 48). Por seu intermédio são assegurados outros princípios e garantias de índole constitucional, tais como a independência e a imparcialidade do juiz, o contraditório, o direito à prova, a presunção de inocência e a posição do juiz como protetor de direitos fundamentais.

Nesse contexto de garantias constitucionais do devido processo legal, um dos princípios mais significativos de observação é o do contraditório, não apenas no seu aspecto formal, mas principalmente na sua vertente substancial. Significa que as partes têm o direito efetivo de poder influenciar e ter suas considerações apreciadas pelo órgão judicial, ainda que não tenham acolhidos os seus pleitos.¹⁸⁷

A jurisprudência que se formou no direito brasileiro foi no sentido de permitir que “(...) tendo encontrado motivação suficiente para fundar a decisão, não fica o órgão julgador obrigado a responder, um a um, todos os questionamentos suscitados pelas partes, mormente se notório seu caráter de infringência do julgado”¹⁸⁸. Percebe-se claramente que se tinha em conta o contraditório no seu aspecto meramente formal, deixando de privilegiar os argumentos das partes por ocasião do decisório final.

Como tentativa de corrigir essa distorção, a regra do inciso IV, § 1º, art. 489, CPC¹⁸⁹ veio fixar que se o Juiz não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, a decisão não poderá ser considerada fundamentada, recebendo a pecha de nulidade. Em termos dogmáticos, a fundamentação necessita atender ao contraditório efetivo. Observe-se, todavia, que mesmo depois do CPC, em 2015, alguns julgados tentaram insistir na mesma linha de raciocínio da fundamentação mais econômica¹⁹⁰, com o intuito de diminuir a essência do contido no inciso IV, do § 1º, art.

¹⁸⁷ Vasconcelos e Viana (2018, p. 103-122), discorrem que a constitucionalização do direito processual, e em especial do dever de motivação, gerou algumas consequências de ordem prática, dentre as quais o dever de uma motivação completa e a observância do contraditório, que se materializaram pela inovação legislativa do IV, § 1º, art. 489, CPC.

¹⁸⁸ STJ, 1ª Seção, REsp 1.104.184/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 8/3/2012.

¹⁸⁹ CPC, Art. 489. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

¹⁹⁰ “O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.” EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Min. Diva Malerbi Desembargadora Convocada TRF 3ª Região, Primeira Seção, DJe 15/06/2016.

489, CPC, que prevê uma espécie de fundamentação exauriente. Em movimento contrário, porém, outros julgados¹⁹¹ passaram a adequar o entendimento constante do CPC.

Como visto acima, o inciso IV, § 2º, art. 315, CPP foi modificado para incluir norma de conteúdo idêntico ao IV, § 1º, art. 489, CPC, o que sinaliza para a sedimentação desse intuito mais garantista, com o dever de formatar uma motivação completa acerca do fato submetido a julgamento.

A grande questão prática que se impõe, e que é necessário solver no presente estudo, está em definir se toda e qualquer argumentação das partes precisa ser considerada na decisão, para que se possa ter cumpridos os requisitos da motivação.

Pelo sistema de distribuição dos ônus processuais, as partes necessitam comprovar as suas alegações e o fazem por meio de argumentos, que baseados nos elementos de provas dos autos, enfrentam os fatos e demonstram o direito que entendem aplicável ao caso. Alguns argumentos são a essência da controvérsia e outros são apenas adornos ou reforços às questões importantes da causa.

A mensagem do inciso IV, § 2º, art. 315, CPP induz ao entendimento técnico de que o Juiz deverá enfrentar apenas as questões que solucionam a causa e não todos os argumentos lançados pelas partes. Somente as questões jurídicas é que têm potencial de infirmar a conclusão do julgado. As primeiras também são argumentos, mas que se acolhidos, em tese, podem alterar a conclusão do julgador a respeito daquele ponto. Já os argumentos simples, por serem adornos à argumentação global ou à argumentação para a solução de questões, se desconsiderados na fundamentação, em nada impactam na decisão final.

Basta visualizar uma hipotética questão jurídica arguida em tese defensiva: “A” agiu em legítima defesa diante de uma agressão perpetrada por “B”, causando-lhe lesão corporal grave. Tal questão implica em uma sucessão de raciocínios. O balizamento do raciocínio será composto necessariamente de outras questões jurídicas. Normalmente, as questões jurídicas são formadas por um ou mais argumentos jurídicos. Versam sobre questões de fato e de direito, se quisermos fazer uma simplificação meramente didática e geral.

Os argumentos judiciais envolveriam a prova de um fato complexo: existência de agressão por parte de “B” e existência de reação por parte de “A”. O que seria agressão e reação? Além disso, há de se ter a prova de uma lesão corporal, que no caso foi tida como grave. O que constitui uma lesão grave? Estes fatos precisam estar representados por provas

¹⁹¹ AgInt no AREsp 1020941/RS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 25/04/2017, DJe 04/05/2017; REsp 1622386/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/10/2016, DJe 25/10/2016.

“X”, “Y” e “Z”. Além disso, as provas precisam ser idôneas, confiáveis e representar aquilo que se pretende provar. Toda essa complexa cadeia de argumentos congrega provas, fatos e presunções.

Ocorre que além disso há o componente direcional da norma jurídica que baliza a verificação do fato. No caso, são aplicáveis as normas que tratam da lesão corporal (art. 209, e parágrafos do CPM)¹⁹² e as normas que tratam da legítima defesa, art. 44 do CPM.¹⁹³

A partir daí uma outra sucessão de raciocínios passa a se aplicar em matéria de direito, tais como a validade das referidas normas e a sua interpretação em sentido e alcance, em especial acerca dos seus elementos constituintes: espécie de gravidade da lesão, meios necessários, moderação, agressão injusta, atualidade ou iminência da agressão, bem jurídico violado, dentre outras. Por fim, a qualificação do que aconteceu ou que foi reproduzido a partir do mundo dos fatos com aquilo que se extraiu da interpretação da lei precisa fechar o ciclo do raciocínio, para se chegar à conclusão de que ou “A” foi agressor, ou “A” agiu conforme o direito.

Não há aparência de dúvidas sobre haver na definição dos fatos e do direito exemplificados a existência de questões jurídicas, e a respectiva necessidade de solucioná-las, uma vez que o seu acolhimento ou a sua rejeição, implicará sobremaneira no resultado da decisão. A próxima questão que se impõe reside na extensão dos argumentos judiciais para a consideração de sua suficiência.

Um tema que pode ser suscitado e que deve, desde logo, ser enfrentado para auxiliar no entendimento, diz respeito ao regresso ao infinito na produção da argumentação suficiente. Como se pode evitar níveis de justificação que conduzam ao regresso ao infinito? Qual é o limite necessário para produzir argumentos justificativos acerca das questões jurídicas?

A discussão sobre o regresso ao infinito está imbricada em outras duas considerações, que compõem juntas o denominado “Trilema de Münchhausen”, termo cunhado pelo filósofo Hans Albert na busca da possibilidade de descoberta de uma fundamentação suficiente no campo do conhecimento científico, ou seja, um argumento claro e ordenado capaz de, por sua própria racionalidade interna, gerar uma adesão geral e possibilitar a geração de consequências. Segundo o autor, o trilema de Münchhausen se refere

¹⁹² CPM, Art. 209. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: § 1º Se se produz, dolosamente, perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função, ou incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias: Pena - reclusão, até cinco anos. § 2º Se se produz, dolosamente, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, incapacidade permanente para o trabalho, ou deformidade duradoura: Pena - reclusão, de dois a oito anos.

¹⁹³ CPM, Art. 44. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

à impossibilidade, no plano das ciências lógico-dedutivas, de fundamentação do conhecimento, ainda que no campo da lógica ou da matemática, pois somente conduziria a três alternativas: um regresso ao infinito, um círculo lógico, ou uma parada arbitrária¹⁹⁴.

A perspectiva de não haver um padrão definido sobre a suficiência de fundamentação foi objeto de enfrentamentos por juristas, dos quais se extraem algumas soluções.

Alexy (2005, p. 183) propõe uma saída para este entrave do regresso ao infinito ao substituir a fundamentação sucessiva de cada proposição por uma série de exigências na atividade de fundamentação, que podem ser formuladas como as regras do discurso racional. Essas regras não se referem somente às proposições, mas também ao comportamento dos falantes, o que as qualifica como “regras pragmáticas”. Ainda que estas regras não garantam a certeza definitiva de todo o resultado, caracterizaria o resultado como racional.¹⁹⁵

Marcelo Guerra (2018, p. 24) não enfrenta diretamente o problema do regresso ao infinito, mas afirma categoricamente que um modelo de fundamentação racional de decisão judicial deve ser capaz de fornecer parâmetros para lidar de forma plausível com este problema, ainda que o corte argumentativo seja dotado de uma certa “arbitrariedade”.¹⁹⁶ Observa-se que o seu entendimento leva à confirmação da veracidade das alternativas do Trilema de Münchhausen, em especial acerca da parada arbitrária. Além disso, a importância da referida asserção nos leva à procura do modelo de fundamentação racional que deve ser aplicado no âmbito dos escabinados.

Por outro lado, Jorge Neto (2016, p. 143) compreende que só faz sentido falar em decisão adequadamente fundamentada, a partir das questões controvertidas suscitadas pelas partes e na medida da extensão dessas questões. Assim, se a decisão se livrar da carga argumentativa imposta pelo autor e pelo réu, seguindo as regras da argumentação jurídica, seria considerada adequadamente fundamentada. Nas suas palavras, “(...) uma decisão judicial estará adequadamente fundamentada quando oferecer um contra-argumento suficiente aos

¹⁹⁴ “1) um regresso infinito, que parece resultar da necessidade de sempre, e cada vez mais, voltar atrás na busca de fundamentos, mas que na prática não é passível de realização e não proporciona nenhuma base segura; 2) um círculo lógico na dedução, que resulta da retomada, no processo de fundamentação, de enunciados que já surgiram anteriormente como carentes de fundamentação, e o qual, por ser logicamente falho, conduz do mesmo modo a nenhuma base segura, e finalmente, 3) uma interrupção do procedimento em um determinado ponto, o qual, ainda que pareça realizável em princípio, nos envolveria numa suspensão arbitrária do princípio da fundamentação suficiente” (ALBERT, 1976, p. 26-27).

¹⁹⁵ Para Alexy (2005, p. 183), a impossibilidade de equiparação da racionalidade como certeza absoluta é a ideia fundamental da teoria do discurso prático racional.

¹⁹⁶ “Dessa forma, um modelo de fundamentação racional de decisão judicial deve ser capaz de fornecer parâmetros para lidar de forma plausível com este problema – mesmo sem pretender resolvê-lo. Dito de outro modo, um modelo assim deve dispor de critérios para avaliar quando um ‘ponto final’ posto (sempre com um quê de arbitrariedade, na perspectiva do ideal de analiticidade) numa cadeia de argumentos oferecidos para justificar determinada crença interpretativa, seja razoável, ou pelo menos mais razoável do que outro ‘ponto final’, que tenha sido adotado em outra cadeia de argumentos interpretativos.” (GUERRA, 2018, p. 51)

argumentos apresentados pelas partes e que, em tese, possam infirmar a conclusão a que chegou a própria decisão.” (JORGE NETO, 2016, p. 143).

Se a tese é aparentemente simplória, sua singeleza é importante para a presente pesquisa empírica quando se busca um referencial seguro, porém factível, sobre como compreender a extensão dos votos orais proferidos em plenário e em que medida os referidos votos fornecem o substrato mínimo para a redação da sentença.

Conjugando a ótica dos três juristas citados, unidas às já citadas lições de Gomes Filho, conclui-se parcialmente que sendo o discurso jurídico um caso especial da argumentação prática geral, se faz necessário buscar um modelo normativo de fundamentação que agregue o comportamento dos participantes e que siga alguns parâmetros dogmáticos. A suficiência dos argumentos estará balizada pela extensão das questões jurídicas que se puserem ao debate, observados os requisitos de integridade, dialeticidade, correção, racionalidade interna e racionalidade externa.

A partir do último ponto sobre a extensão que se deve dar às questões jurídicas postas em deliberação, há necessidade apenas de se fazer uma modulação para o âmbito das decisões penais. Isso vai repercutir na forma de organização da estrutura da argumentação, por meio de capítulos da sentença, tema que será muito útil ao estudo de caso.

O tema será abordado na seção seguinte.

3.12 Capítulos da sentença como técnica de organização argumentativa

Pela estrita ligação da solução de questões jurídicas com a teoria dos capítulos da sentença, buscou-se a sua base para auxiliar nos estudos sobre fundamentação. A teoria dos capítulos da sentença tem sede na teoria geral dos recursos no âmbito do processo civil¹⁹⁷, com a finalidade especial de possibilitar a impugnação do julgado de forma segmentada, por capítulos autônomos. A autonomia se refere, portanto, aos contornos da insurgência das partes.

Segue a conceituação de DINAMARCO (2002, p. 34) acerca dos capítulos da sentença:

“[...] uma unidade elementar autônoma, no sentido de que cada um deles expressa uma deliberação específica; cada uma dessas deliberações é distinta das contidas nos demais capítulos e resulta da verificação de pressupostos próprios, que não se confundem com os pressupostos das outras” (DINAMARCO, 2002, p. 34).

¹⁹⁷ Para realizar uma análise detalhada da teoria dos capítulos da sentença conferir: DINAMARCO (2002).

A referida teoria servirá, no presente estudo, para moldar a argumentação jurídica por meio do preenchimento do modelo legal de justificação. Aproveitando a construção teórica do processo civil¹⁹⁸ para o uso no âmbito da argumentação jurídica, a teoria dos capítulos sentença pode ser aplicada ao processo penal como uma contribuição à ordenação das questões jurídicas principais a serem discutidas na causa penal, complementando a estrutura do modelo legal de justificação acima estudado. Sem a pretensão de utilização do mesmo escopo processual e sem observar a tecnicidade estrita dessa denominação¹⁹⁹, a questão da autonomia de cada capítulo da sentença não se prestará aos fins de impugnação, mas se destacará uma autonomia para fins argumentativos, lógicos e sequenciais da estrutura da fundamentação.

No caso penal, muitas questões jurídicas podem ser visualizadas de antemão a partir da inicial acusatória, sem que haja um dissenso sério e formalizado nos autos. Quando a denúncia, de *per si*, imputa um fato-crime a determinada pessoa, o ordenamento jurídico leva em conta esse *status* e transmite um comando implícito de que não só é lícito ao denunciado promover a sua própria defesa acerca de toda a imputação, como lhe é dada a condição provisória de “inocente” ou não culpável²⁰⁰, até que haja prova²⁰¹ em sentido contrário.²⁰²

Essa peculiaridade do direito penal faz com que todas as questões jurídicas principais, que obrigatoriamente devam ser deduzidas e analisadas a partir da imputação, estejam virtualmente questionadas. Assim, mesmo sem uma controvérsia específica posta pelas partes, cada um dos elementos dogmáticos que compõem o modelo legal de justificação irá se transformar, de modo abstrato, nos aqui denominados capítulos da sentença penal.

Como foi assentado na seção 3.9, os referidos elementos dogmáticos serão, em regra, a materialidade, a autoria, a conduta (dolosa ou culposa), o resultado, o nexa de causalidade, a adequação típica, a ilicitude, a culpabilidade, as circunstâncias que interferirão na aplicação da pena, a punibilidade, a dosimetria e seus respectivos consectários. No caso condenação, a quase totalidade dos capítulos da sentença se farão presentes. Já no caso de absolvição, o

¹⁹⁸ Não se desconhece segmento importante da doutrina processual penal italiana que adere aos postulados de Chiovenda e Liebman sobre os capítulos da sentença. A esse respeito verificar Nuzzo (2008, p. 117).

¹⁹⁹ A doutrina poderia simplesmente considerar como “Pontos”, e não como “capítulos” os referidos temas de fato e de direito a serem fundamentados na sentença, se observada a estrita acepção da técnica processual.

²⁰⁰ Há discussão doutrinária para saber se a presunção é de inocência, que se refere ao *status* a ser definido somente ao final do processo, ou de não culpabilidade, que permite restrições processuais, desde que observadas as regras de ônus de prova.

²⁰¹ A regra é de que o réu não tem o dever de provar sua inocência, cabendo ao acusador o ônus de provar a culpabilidade do acusado. Paralelamente, há uma regra de julgamento que impõe ao juiz o dever de absolver o acusado quando não houver certeza necessária para a condenação.

²⁰² Constituição Federal de 1988, art. 5º, LVII – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

percurso decisório atingirá os capítulos de sentença necessários, seguindo-se uma prejudicialidade lógica no enfrentamento das questões sequenciais. Significa que a análise da motivação se encerrará com a constatação da ausência de um dos elementos do conceito analítico do crime.

A maior ou menor especificação, bem como a amplitude da suficiência argumentativa em cada capítulo da sentença, ocorrerão em função dos pontos efetivamente controvertidos que se transformarem em questões jurídicas. Relembre-se, no entanto, que a presunção de não culpabilidade permeia todos os momentos do processo penal, cuja lógica probatória difere do processo civil. Isso significa que diante de uma confissão do réu, ou de eventual baixa qualidade argumentativa da defesa²⁰³, ainda assim a decisão penal precisa desempenhar uma motivação mínima, convincente e coerente acerca da prova dos fatos ou dos argumentos contrários o réu²⁰⁴.

Por fim, cabe alertar que é possível conjugar estas conclusões parciais com aquelas relativas ao modelo legal de justificação, trabalhadas na seção 3.9, a fim de operacionalizar questões fundamentais a serem respondidas em cada capítulo da sentença. Considerando os referidos elementos de análise obrigatória nas decisões penais, sugere-se, a título ilustrativo e como base para subsidiar o estudo de casos, o delineamento de um roteiro de decisão capaz de comportar os elementos básicos do modelo de justificação, sobre a motivação de fato e de direito. Verifique-se a montagem de quadro exemplificativo mínimo, que pode variar conforme se queira destacar, agrupar ou suprimir algum elemento de análise.

Quadro 1 – Modelo de roteiro de justificação por capítulos de sentença

Capítulo da sentença	Tipos de questionamentos diretivos possíveis ²⁰⁵
Materialidade	O fato existiu? Em que consistiu o fato? Qual a descrição do fato?
Autoria	O acusado cometeu o fato? O acusado concorreu para o fato?
Tipicidade	A conduta se enquadra na descrição típica da lei penal? Outros desdobramentos da pergunta: Houve conduta? A conduta foi dolosa ou culposa?

²⁰³ Baixa qualidade argumentativa em sentido amplo, não por insuficiência da ação defensiva, o que poderia levar à declaração de nulidade do processo por ausência de defesa.

²⁰⁴ Para Marinoni e Arenhart (2009, p. 266-269), motivar não é apenas se basear nas provas que convergem na direção da hipótese vencedora, mas de todas as provas produzidas, inclusive aqueles que aproveitariam ao perdedor da demanda.

²⁰⁵ Os exemplos são meramente exemplificativos, e não excludentes, podendo haver outras formas e modos de se construir questões cujas respostas representem a solução de cada capítulo da sentença.

	Houve resultado? A conduta desencadeou o resultado? A conduta se enquadra perfeitamente na descrição típica da lei penal?
Ilicitude	O fato é ilícito? Outros desdobramentos da pergunta: Houve causa de exclusão da ilicitude? O réu agiu sob estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, ou no exercício regular de um direito?
Culpabilidade	O agente pode ser responsabilizado pessoalmente? Outros desdobramentos da pergunta: Houve causa de exclusão da culpabilidade? O réu é imputável? O réu tinha conhecimento potencial da ilicitude? Era exigível do réu outra conduta?
Circunstâncias	Houve circunstâncias agravantes ou atenuantes? Houve causas de aumento ou de diminuição de pena? Quais outras circunstâncias foram verificadas, além das elementares do tipo legal?
Punibilidade	Deve ser aplicada pena ou medida de segurança? Existe causa extintiva de punibilidade?
Dosimetria	Quais circunstâncias judiciais interferirão na pena? Qual a pena-base? Quais circunstâncias agravantes ou atenuantes interferirão na pena? Qual a pena-intermediária? Quais causas de aumento ou de diminuição interferirão na pena? Qual a pena-final?
Consectários da pena	Cabe aplicação do sursis? Quais condições devem ser fixadas? Qual o regime inicial da pena privativa de liberdade, para o caso de cumprimento? O acusado tem o direito de recorrer em liberdade ou deve ser aplicada a prisão preventiva? Sob quais fundamentos?

Fonte: O autor (2020)²⁰⁶

Ressalve-se, por óbvio, que a forma de elaborar o questionamento genérico de cada capítulo da sentença, ou de suas variantes, deve se amoldar ao caso concreto, de modo que seja possível obter uma resposta contextualizada à situação fática. Cite-se como exemplo o questionamento da materialidade em um crime de homicídio por estrangulamento, em que a

²⁰⁶ Embora seja um modelo criado pelo pesquisador, com formulações em cada capítulo da sentença, o seu conteúdo doutrinário é totalmente defluído da vasta bibliografia sobre o tema do conceito analítico de crime e das teorias da pena.

pergunta deve verificar se a vítima foi estrangulada, vindo a morrer em virtude dessa agressão, ou no caso de um furto, em que a pergunta deve verificar se houve subtração de determinado objeto da vítima.

O mesmo raciocínio na fixação de capítulos da sentença para organizar o argumento valerá para as decisões interlocutórias, com as devidas adaptações, motivo pelo qual utilizamos nesta obra o termo “capítulo de decisão”, de cunho mais abrangente, que engloba tanto as sentenças quanto as decisões.

Por exemplo, em face de um pedido prisão preventiva poderá haver capítulos de decisão sobre a prova do fato delituoso, dos indícios suficientes de autoria²⁰⁷, e, conforme o caso, dos requisitos da cautelaridade de cunho pessoal previstos no art. 255 do CPPM: a) garantia da ordem pública; b) conveniência da instrução criminal; c) periculosidade do indiciado ou acusado; d) segurança da aplicação da lei penal militar; e e) exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado.

Um modelo de justificação é muito mais que uma simples estruturação da decisão. No entanto, a sua forma é um elemento importante para auxiliar na busca da suficiência da fundamentação, o que a teoria dos capítulos da decisão poderá se constituir em um importante reforço teórico.

Vê-se, portanto, que os capítulos da decisão penal terão um papel fundamental na análise do estudo de caso, que necessita de uma decomposição analítica, conforme será descrito no capítulo 5. Repise-se, contudo, que o estudo de caso se limitará à análise de uma sentença de mérito, em decorrência de um julgamento colegiado.

Antes de passar ao estudo de caso propriamente dito, requer-se uma detida análise do modelo Toulmin na dupla condição de um modelo de justificação e como ferramenta metodológica para a pesquisa empírica, o que será objeto do capítulo seguinte.

²⁰⁷ CPPM, Art 254. A prisão preventiva pode ser decretada pelo auditor ou pelo Conselho de Justiça, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade encarregada do inquérito policial-militar, em qualquer fase dêste ou do processo, concorrendo os requisitos seguintes: a) prova do fato delituoso; b) indícios suficientes de autoria.

4 O LAYOUT TOULMIN COMO MODELO NORMATIVO DE JUSTIFICAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

O presente capítulo tem por objetivo verificar em que medida o modelo argumentativo do Layout Toulmin pode ser utilizado como ferramenta de análise nas decisões penais e como modelo de justificação para a formação decisória do escabinado militar.

Para tanto, na primeira seção será discutida a teoria de Stephen Toulmin, que se baseou na lógica informal; na seção 4.2, será apresentado o layout básico de análise de argumentos, com seus elementos fundamentais; na próxima seção, 4.3, serão demonstrados os elementos que compõem a força dos argumentos no layout geral; na seção 4.4, discute-se a aplicação geral dos argumentos não dedutivos e suas características essenciais; por fim, na seção 4.5, serão realizadas críticas e analisados os limites e possibilidades do modelo Toulmin na argumentação jurídica.

4.1 A lógica informal de Stephen Toulmin

O surgimento das teorias da argumentação jurídica foi explicado no capítulo anterior, como um movimento teórico coincidiu com o período do pós-guerra, na década de 1950, em que a comunidade jurídica ansiava por uma reaproximação do Direito com uma ordem de valores. Perelman, Viehweg e Toulmin foram os precursores do movimento, que ficou caracterizado pela reação ao raciocínio lógico-dedutivo. Objetivava-se a superação da tradição aristotélica, que impregnou o pensamento ocidental moderno, a qual almejava transformar a lógica em uma ciência formal, nos moldes da geometria.

Ocorre que Toulmin não tentou recuperar os elementos da tópica e da retórica.²⁰⁸ Para ele, a lógica se ligava aos processos de inferências comuns e aos pensamentos realizados na prática cotidiana. Para isso, propôs a questão de “... saber até que ponto a lógica pode esperar ser uma ciência formal e, ainda assim, conservar a possibilidade de ser aplicada na avaliação crítica de argumentos que efetivamente usamos ou que podem ser usados por nós” (TOULMIN, 2006, p. 3).

Muitos fundamentos das suas obras²⁰⁹ se encontram derivados da filosofia da linguagem, em particular das concepções do segundo Wittgenstein²¹⁰. Wittgenstein descreveu

²⁰⁸ A tópica foi resgatada e desenvolvida nos estudos de Viehweg e a retórica por Perelman.

²⁰⁹ Cf. Toulmin (2006), Toulmin (2001), Toulmin, Rieke e Janik (1978), Janik & Toulmin (1991).

a linguagem humana como uma atividade social cujo funcionamento se dá por meio do sentido e do uso atribuído às palavras, de acordo com o contexto prático.²¹¹ A partir dessa via²¹², Stephen Toulmin analisou a maneira como as argumentações são realizadas na prática social, deslocando o centro das atenções da teoria lógica para a prática lógica.

Toulmin concebeu que a lógica se aproxima mais do aspecto de uma “jurisprudência generalizada” (TOULMIN, 2006, p. 9-11)²¹³, que do aspecto geométrico idealizado pelos lógicos formais (TOULMIN, 2006, p. 204). Comparou a argumentação cotidiana ao processo racional das lides judiciais no âmbito dos Tribunais. Isso porque ela se relaciona com a solidez das alegações feitas em juízo e com a firmeza do suporte para tais alegações. Afinal, uma das principais funções da “jurisprudência” é garantir a máxima essência do processo legal, que se traduz tanto nos *procedimentos* em que as alegações são apresentadas, discutidas e estabelecidas em juízo, quanto nas *categorias* em que se devem apresentar, discutir e estabelecer as alegações.

Embora sua teoria não seja propriamente de argumentação jurídica, mas uma espécie de reflexão geral sobre os procedimentos argumentativos e suas respectivas categorias, quando Toulmin promove uma analogia das formas de argumentar com o Direito, os horizontes de aplicação na esfera jurídica se abrem mais facilmente. Para ele, o “Tribunal da Razão” se incumbiria de avaliar o que seriam bons argumentos, tendo a noção de senso comum como respaldo final dos argumentos diante de qualquer tipo de audiência.²¹⁴

A obra “Os usos do argumento” (TOULMIN, 2006) engendrou essa radicalização teórica contra o raciocínio lógico dedutivo. É dividida em cinco capítulos, dentre os quais reúne um conjunto de ensaios sobre epistemologia, lógica prática e lógica idealizada, além de discutir sobre probabilidade no âmbito da argumentação. Foi tomada como referencial teórico neste ponto da pesquisa, com ênfase no capítulo III, o qual traz explicação da análise estrutural dos argumentos por meio de um esquema ou layout padronizado.²¹⁵

²¹⁰ O pensamento de Ludwig Wittgenstein é normalmente dividido em duas as fases, que correspondem a duas obras principais: a do “primeiro” Wittgenstein, representada pelo *Tractatus Logico Philosophicus*, publicado em 1921; e a do “segundo” Wittgenstein, cuja obra principal é *Investigações Filosóficas*, com publicação póstuma em 1953. Cf. Wittgenstein (1975).

²¹¹ O significado de uma palavra é estabelecido pelo uso que se lhe atribui em um determinado jogo de linguagem.

²¹² Acerca da conexão entre os campos de Toulmin e os jogos de linguagem de Wittgenstein, conferir: Godden (2003).

²¹³ O termo jurisprudência utilizado por Toulmin diz respeito à argumentação em sede judicial.

²¹⁴ Estabeleceu a ideia de uma comunidade racional.

²¹⁵ Esse esquema foi aperfeiçoado em: “An introduction to reasoning”, obra de cunho mais didático que filosófico e escrita com outros autores. Cf. Toulmin, Rieke e Janik (1978).

Nada obstante, alguns pontos precisam ser sedimentados antes do conhecimento do modelo de argumentação propriamente dito.

Toulmin (2006, p. 24-25 e 310) declara abertamente que seu ensaio não se destina à compreensão do procedimento psicológico de tomada de decisão, mas busca o contexto da justificação, em que os argumentos são produzidos. Isso é importante para a presente pesquisa, considerando que inúmeros problemas advindos do desenho institucional de um órgão composto por uma maioria de leigos são capazes de gerar vieses, incompreensões lógicas, e toda a sorte de influências psicológicas na tomada de decisões. No entanto, o que interessa avaliar no estudo são as razões de decidir um determinado processo penal, e não a explicação dos motivos ou causas que permitiram aos membros do colegiado adotarem as respectivas decisões, sejam elas adequadas ou não.

Aqui também se torna importante consignar que o modelo Toulmin não se destina, *a priori*, a servir de método para melhorar a eficiência heurística na tomada de decisões, como o próprio Toulmin (2006, p. 24-25) assevera em sua obra. Isso não retira o seu mérito, tampouco descarta essa utilidade em certos casos, porquanto o uso de um modelo normativo de justificação estará centrado na modalidade retrospectiva, e só eventual e ocasionalmente terá a coincidência com a prospecção inerente a procedimentos heurísticos.

O importante é não confundir o processo heurístico com os argumentos “investigativos” ou “conjeturais”. Segundo Guerra (2018, p. 70), argumentos investigativos são aqueles em que “se tenta atinar para possíveis razões que poderiam justificar um ponto de vista que se assume, explicitamente, como mera hipótese de trabalho”. Embora nele não sejam apresentadas razões efetivas, cogita-se sobre possíveis razões que poderiam justificar determinados pontos de vista.

Ainda que Guerra os enquadre na condição de argumentos “não justificativos”, para diferenciá-los da regra geral, percebe-se que nos argumentos investigativos são feitas algumas justificações hipotéticas para cada linha de ação idealizada. Isso quer demonstrar que não se tratam, nesse momento, de um procedimento heurístico para reunião de “insights”, ligado a causas psicológicas na estrita acepção do contexto da descoberta, para os quais o modelo Toulmin teria pouca efetividade ou só caberia em hipóteses específicas. Cuida-se de verdadeira justificação, com o diferencial da variabilidade do fornecimento de razões, com vistas a obtenção de conclusões supostas ou provisórias. Deste modo, poderá o modelo Toulmin cumprir normalmente uma das funções dos modelos normativos de justificação que é a de construção operacional de argumentos. Ao produzir justificação, o argumentador não estará fazendo nada mais que organizar e relacionar razões que se prestam a justificar as

conclusões, sejam argumentos justificativos ou investigativos, independentemente de ter se utilizado de um método intelectual eficaz para a descoberta das inferências e para se chegar às melhores conclusões.

Um outro aspecto que é diferencial na sua teoria está na identificação de campos de argumentos como “empresas racionais”, que são a base da noção de “senso comum”²¹⁶ e que permitem a compreensão e especificação dos argumentos. Para Toulmin, existem 5(cinco) empresas racionais, que são: direito, ciência, arte, negócios e ética (ou moral). Nesses empreendimentos, há possibilidade de existir um núcleo comum de racionalidade capaz de demarcar campos de argumentação possíveis.

Ainda que haja certa imprecisão no conceito e na distinção entre as empresas racionais, há um grande mérito em reconhecer a base comum da racionalidade a partir de campos do conhecimento, que tem origem na seguinte reflexão de Toulmin (2006, p. 19-20):

Até que ponto os argumentos justificatórios podem ter uma e a mesma forma, ou até que ponto se pode apelar a um único e mesmo conjunto de padrões, em todos os diferentes tipos de casos que consideramos? Até que ponto, portanto, quando estamos avaliando os méritos desses diferentes tipos de argumentos, podemos confiar no mesmo tipo de cânones ou padrões de argumentos, para criticá-los? E em que aspectos faz sentido procurarmos o mesmo tipo de mérito, em argumentos tão diferentes uns dos outros?

A resposta a essas questões é dada por aquilo que Toulmin denominou de campo de argumentos, para distinguir entre a sua dependência ou independência. Existe uma ideia subjacente de que os argumentos podem ser avaliados em função dos fóruns especializados em cada tipo de debate, o que determina a aceitabilidade desses argumentos.

Pode-se considerar que dois argumentos são do mesmo campo quando os dados e conclusões de cada um dos argumentos forem, respectivamente, do mesmo tipo lógico.

Um simples exemplo ilustrará muito bem a distinção. O modo como os físicos argumentam diverge essencialmente do modo como artistas plásticos o fazem no seu próprio campo, afirmação bastante intuitiva de *per si*. Porém, ainda que argumentem sobre um mesmo fenômeno imposto como um dado concreto de mesmo tipo lógico, como por exemplo o pôr do sol, os objetivos das suas pretensões serão notadamente distintos, como a luminosidade na face da terra no primeiro caso e a estética paisagística no segundo. O pôr do sol escurece a terra e ao mesmo tempo a embeleza, em pontos de vista distintos. O que conceitua o escurecimento ou a luminosidade, em detrimento do embelezamento ou não, são formas habituais e comuns de compartilhar as experiências em cada ramo específico do

²¹⁶ A partir da noção de “comunidade racional”.

conhecimento, permitindo que os processos de passagens dos dados às conclusões sejam distintos. Essas distinções se replicam nos campos do direito, da moral, dos negócios, dentre outros, em uma infinidade de situações em que os argumentos possam se apresentar.

Com a verificação dessa peculiaridade, Toulmin biparte a estrutura dos argumentos em campos denominados: invariáveis e dependentes²¹⁷, que terão diferentes aplicações. Os primeiros são capazes de avaliar argumentos por meio de um procedimento comum e estrutural, independente do ramo do conhecimento. Os demais, por se subordinarem à variabilidade das características argumentativas, em dependência ao ramo específico do conhecimento humano em que se argumenta, são denominados campos variáveis. Os campos invariáveis (independentes) tratam de regras gerais e básicas, e propiciam a discussão sobre um layout básico de argumentos. Os campos variáveis (dependentes) tratam da força dos argumentos.²¹⁸ Ambos serão objeto de estudo nas seções subsequentes.

4.2 O layout básico de análise de argumentos

Obtida a diferenciação entre campos-dependentes e campos-invariáveis como noção fundamental para a teoria de Toulmin, analisa-se o layout imparcial de argumentos por ele proposto.

O que se discute na essência é a rivalidade entre dois modelos de justificação argumentativa: um matemático e um jurisprudencial. No primeiro caso interessaria mais a forma lógica dos argumentos, em uma proporção quase geométrica, que os passos propriamente necessários à sua construção. No segundo, o que valeria seriam os procedimentos para construção do argumento e não a forma de encaixe das proposições.

Em função desse dilema conceitual que foi iniciado por Toulmin, formulou-se a indagação principal de todo o seu ensaio: quais características deve ter um layout imparcial de argumentos? De outro modo formulado: Sob qual estrutura lógica deve ser construído um argumento?

Um argumento pode ser exposto de diversas formas. Nesse sentido, seu estudo procurou identificar uma forma de facilmente identificar a validade de um argumento, em qualquer circunstância no discurso. Mas como há uma predisposição de Toulmin em se contrapor à teoria lógica, a crítica foi dirigida inicialmente ao padrão silogístico, na forma de compor argumentos dedutivos.

²¹⁷ No original: *field-invariant* e *field-dependent*.

²¹⁸ Sobre a avaliação epistêmica dos campos da argumentação de Toulmin, conferir: Godden (2009).

Tomando como base o clássico exemplo de argumento dedutivo: “Todos os homens são mortais. Sócrates é um homem. Portanto, Sócrates é mortal”, Toulmin desconstruiu o silogismo tradicional, expondo claramente as suas ambiguidades (TOULMIN, 2006, p. 155-162). Observe-se que esse argumento é composto de uma primeira premissa universal “Todos os homens são mortais”, seguida de uma premissa singular “Sócrates é um homem”. Para Toulmin, essa forma de ancoragem em premissas universais traduzidas na forma absoluta: “todos os A’s são B’s”, se apresenta incompleta e insuficiente para representar a argumentação do discurso prático, que engloba outros tipos de premissas e seus modais, sob inúmeras variações, que podem ser representados, por exemplo, das seguintes maneiras: “todo A é um B”, “cada A é um B”, “algum A será um B”, “os A’s geralmente são B’s”, dentre outras formas.²¹⁹

A verdadeira crítica reside na baixa representatividade do modo da argumentação cotidiana, ainda que se possa reconstruí-la nesse formato idealizado. Os argumentos reais não se limitam às proposições do tipo silogístico²²⁰, por se revestirem de ambiguidade na função em que as premissas podem desempenhar no argumento. No caso das premissas universais, o silogismo tradicional não deixa claro se a afirmação “todos” deve ser interpretada como um passo de inferência ou como um relato das nossas observações sobre os dados disponíveis no problema, no sentido existencial da afirmação (Toulmin, 2006, p. 164-165). No exemplo clássico citado, não se permite saber se o termo “todos” advém da observação de cada um dos homens na face da terra, ou apenas de parte deles, ou mesmo se o falante se compromete com a demonstração dessa afirmação, ou ainda se a afirmação representa apenas um salto inferencial.

Toulmin (2006, p. 165-166) considera que esse modo de apresentar a premissa universal impede a compreensão da função das premissas em relação à conclusão apresentada. O que determina se em algum caso específico a premissa universal representa uma implicação existencial não é a forma da afirmação em si, mas o uso prático dessa afirmação, de acordo com cada caso e ocasião. Só pela via da análise do campo de argumentação e da forma habitual de conhecer as afirmações naquela área do saber se torna possível determinar se a premissa serve como apoio da inferência ou se representa a própria inferência.

²¹⁹ Richard Posner (2007, p. 73) também ilustra uma precisa crítica a esse método silogístico: “Sua função é demonstrar a validade de um processo de raciocínio, e não estabelecer a verdade do resultado do processo. É usado não para provar que Sócrates é mortal – uma vez que ninguém duvida disso-, mas para demonstrar uma relação lógica, como ficaria mais claro se substituíssemos A por homem (homens), B por mortal e C para Sócrates. A lógica, como a matemática, explora as relações entre as ideias, e não a correspondência com os fatos. O sistema jurídico não pode ser indiferente a questões de verdade empírica.”

²²⁰ Embora os lógicos façam a padronização constante.

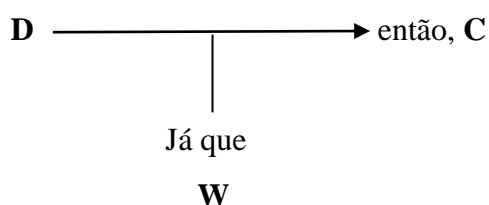
Com essa análise, a teoria de Toulmin abandonou a ideia de validade formal e, propositadamente, promoveu um rearranjo das premissas de acordo com suas funções no argumento. Substituiu a terminologia tradicional de “premissa” e “conclusão” por um novo conjunto de termos: pretensão, dados, garantia, qualificador modal, refutação, apoio, a serem apresentados abaixo. O que entra em validade são os procedimentos de apresentações das alegações e as categorias em que esses procedimentos se perfazem. Neste ponto é que ocorre a superação do ideal de analiticidade, no sentido da formação de argumentos dedutivos aplicáveis notadamente no campo das ciências exatas, para o surgimento de argumentos substanciais.

O argumento é formado por um núcleo básico, que está ligado à estrutura principal e invariável em qualquer campo de argumentos, e por outros componentes especializados, que irão configurar a força do argumento, suscetível de variabilidade conforme a empresa racional e o respectivo contexto. Nesta seção trataremos do núcleo básico. Na próxima, da força dos argumentos.

O diagrama de argumentos, denominado de Layout Toulmin, é apenas uma forma gráfica de visualizar o procedimento que se estabelece na sua teoria, com a demarcação dos elementos componentes do argumento e suas respectivas funções. As setas do diagrama representam os caminhos e desafios que ligam os elementos e demonstram as suas funções lógicas.

Todo e qualquer argumento deve apresentar pelo menos três elementos: dados (D), garantia (W)²²¹ e alegação ou conclusão (C). Estes elementos mínimos da estrutura argumentativa possibilitam aferir a validade dos argumentos e são representados no seguinte layout:

Figura 1: Layout básico de argumento de Toulmin



Fonte: Toulmin (2006, p. 143)

²²¹ Este elemento pode estar expresso ou implícito.

O procedimento de construção do layout se corporifica inicialmente por uma afirmação, alegação, pretensão ou conclusão, termo originalmente denominado de “*claim*” e representado pela letra (C). Quem argumenta afirma algo, e essa asserção é tida como um ponto de vista a se defender. A proposição pode servir à defesa, à sustentação, à afirmação ou à negação de alguma coisa. São asserções concretas sobre diversos estados de coisas, como por exemplo, se um fato ocorreu ou não, se uma decisão deve ou não ser tomada, se uma situação ou coisa tem determinada característica ou não, etc.

Exemplifique-se com a seguinte alegação: “João deve fazer exercícios regularmente.” Trata-se de uma afirmação concreta, que constitui uma sentença fechada, da qual não cabe variação. Mas, quem afirma alguma coisa deve estar disposto a sustentar essa alegação. Portanto, o falante pode ser inicialmente desafiado a esclarecer o porquê de ter se posicionado daquela maneira. O desafio a ser lançado pode ser traduzido pelos seguintes questionamentos: “O que você tem para seguir em frente?”; “Por que você afirma isso?”; “Demonstre...”

A partir dessa alegação é que se promoverá a apresentação das razões ou dados, elemento originário do termo “Data”, representado pela letra (D). Seriam motivos, provas, evidências, causas e circunstâncias que justificam a pretensão inicial. Da mesma forma que a conclusão, os dados são sentenças fechadas, que comprovam situações concretas. Estas razões são destinadas a convencer o auditório de que a tese é correta. No caso exemplificado, poder-se-ia responder com a seguinte razão ou dado (D): “João é hipertenso”, para justificar a pretensão de que “João deve fazer exercícios regularmente”.

Um novo desafio poderá ser proposto. Não mais em uma repetição da modalidade de pedir novas razões (o que se tem para seguir em frente?), situação que poderia levar ao regresso ao infinito, mas pelo lançamento de um desafio com um novo tipo de abordagem. A grande funcionalidade da teoria se dá a partir desse ponto. A pergunta então seria formulada: “como você chegou até aí?”. Percebe-se que o desafio almeja compreender o passo ou salto de inferência para ligar os dados à conclusão.

O que se descortina é a apresentação de proposições que seguem ordens muito diferentes daquelas iniciais, que eram sentenças fechadas e concretas. Agora serão apresentados princípios, regras, licenças de inferência ou qualquer outra ilação, desde que não sejam novos itens de informação (TOULMIN, 2006, p. 141). Por isso, surge o termo “Warrant”, representado pela letra (W), e traduzido como “garantia”.

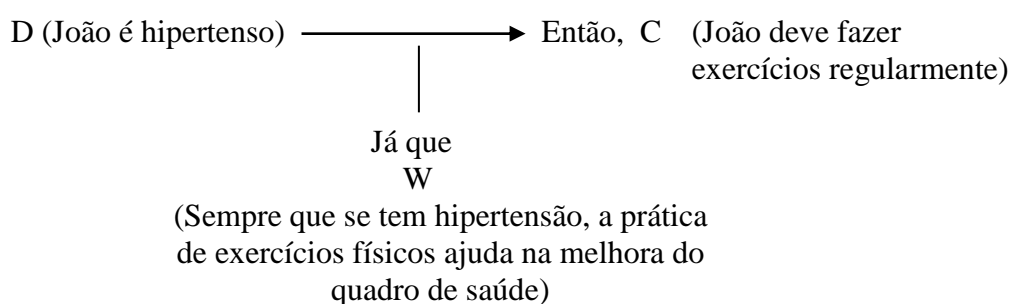
As garantias são expressas (ou parafraseáveis) por uma sentença condicional aberta, que na lição de Guerra (2018, p. 71), é constituída por uma ou mais sentenças abertas, como

seu antecedente, e por outra sentença aberta, seu conseqüente.²²² Por isso, não se confunde com os dados (D)²²³, que são sentenças fechadas.

Graficamente uma garantia (W) pode ser ilustrada com a seguinte fórmula lógica: “se p, então q.” Ocorrendo um estado de coisas do tipo “p”, torna-se correto inferenciar que ocorrerá “q”. No nosso exemplo, a sentença aberta que constitui a garantia seria assim formulada: “Sempre que se tem hipertensão, a prática de exercícios físicos ajuda na melhora do quadro de saúde.”

O layout básico de argumentos de Toulmin pode ser expresso da seguinte forma:

Figura 2: Aplicação do layout básico de argumento de Toulmin



Fonte: O autor (2020)

Em síntese, Toulmin explica a diferença entre os dados e a garantia afirmando que se apela explicitamente para os dados, enquanto que a garantia (W) tem natureza implícita, conferindo legitimidade à transição do dado (D) para a alegação (C).

Toulmin foi além da simples estrutura básica que permite a validade do argumento em qualquer campo do conhecimento. Mesmo após ter desafiado respostas para obtenção de dados e garantias, averiguou outros meios procedimentais capazes de distinguir claramente entre a força das alegações.

²²² “Precisamente por isso, a função delas é a de autorizar inferências, na medida em que, consistindo W numa mera moldura inferencial, uma vez preenchidas as variáveis contidas nas sentenças abertas que constituem o seu antecedente e o seu conseqüente, respectivamente, o que se obtém é, justamente, o seguinte: com o preenchimento da sentença aberta que constitui o antecedente da moldura, uma sentença fechada expressando uma afirmação concreta, que constitui a premissa da inferência (autorizada por W), que tem como conclusão outra afirmação concreta, expressa pela sentença fechada obtida com o preenchimento da sentença aberta que constitui o conseqüente de W.” (GUERRA, 2018, p. 71)

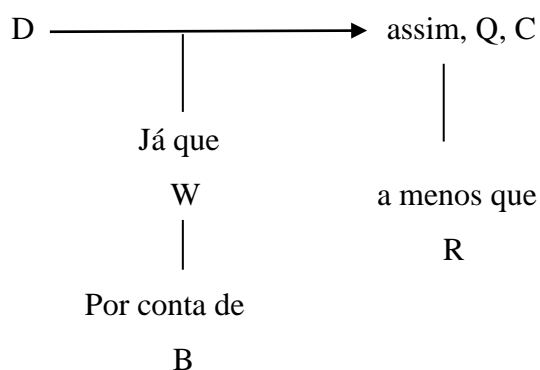
²²³ Acerca do conceito de garantia e a sua distinção com os dados ou razões, conferir Hitchcock (2003). Além de uma análise crítica do conceito de “garantia”, o artigo explora a distorção recorrente daqueles que se utilizam desse conceito.

4.3 A força dos argumentos no layout geral

Um outro grande mérito da teoria que permitiu romper com o paradigma dedutivista, de arguir a simples validade ou invalidade das proposições, ocorreu pela incorporação dos critérios de análise da força dos argumentos. Segundo Guerra (2018, p. 50), “Essa qualidade que os argumentos não dedutivos possuem e que variam de acordo com o acréscimo (ou retirada, por refutação) de novas premissas é o que se convencionou chamar a ‘força de argumentos’ (...)”

A força da argumentação vai além da combinação dos elementos estruturais: dado (D), garantia (W), logo, conclusão (C), que representam campos-invariáveis, e repercute em outros elementos como o respaldo ou apoio (B), qualificadores modais (Q), e condições de exceção ou refutação (R), que são campos-dependentes. Esse seria o novo layout:

Figura 3: Layout completo de argumento de Toulmin



Fonte: Toulmin (2006, p. 146)

Os novos desafios serão capazes de reforçar, desacreditar ou mitigar a força da garantia apresentada, ou seja, a legitimidade do passo envolvido. Existem garantias de vários tipos, que podem conferir graus de forças diferentes às pretensões que justificam. Essa variação ocorre por conta do que estudamos acima, qual seja, os campos da argumentação racional que são variáveis.

Para se estabelecer a qualidade e a força da garantia que legitima a passagem dos dados à conclusão, é preciso recorrer um outro tipo de informação, que Toulmin denominou “backing”, elemento representado pela letra “B”. Trata-se do respaldo ou apoio da garantia,

cujos desafios podem ser descritos da seguinte forma: “por conta de que você instituiu essa passagem?”; “o que autoriza a sua garantia?”; “mas, por que você pensa assim?”.

No nosso exemplo, a resposta seria: “Por conta dos estudos médico-científicos e recomendações do Ministério da Saúde”.

Observe-se que o apoio (B) também é uma sentença fechada, tal qual o dado ou razão (D), mas dele se distingue funcionalmente por fornecer fatos adicionais para apoiar a garantia e determinar a sua força. Nesse sentido, o apoio é um conjunto de informações ou fatos que permitem respaldar a garantia, demonstrando que ela é válida, relevante e com peso suficiente para permitir a “afirmação-ponte”²²⁴, ou seja, o estabelecimento de uma sentença condicional aberta. Serve o apoio, ainda, para selecionar uma garantia em detrimento de outra. Em síntese, o apoio reflete um corpo de experiência que reforçará a aplicação de determinada garantia em uma aplicação particular.²²⁵ No caso citado, esse apoio veio de fontes variadas, porém alinhadas, que foram estudos médico-científicos e recomendações do Ministério da Saúde.

Além disso, o apoio não precisa necessariamente ser explicitado de início, exceto se a garantia for desafiada. Por outro lado, os dados (D) enquanto razões do argumento são elementos de necessária explicitação, independente do desafio formulado. Não existe argumento que seja traduzido em uma conclusão pura, sem o acompanhamento de razões.

Por isso, também não há como confundir o apoio (B) da garantia com ela própria (W). O primeiro é constituído por uma sentença fechada que releva informações de fato ou dados suplementares, ao passo que a garantia é uma sentença condicional aberta que permite a ligação da conclusão (C) com as razões (D) fornecidas. Essa distinção reforça a desconstrução da funcionalidade do silogismo, no sentido de que as premissas universais do tipo “todos os A’s são B’s” são ambíguas, vez que desconsideram as diferentes funções dos suportes, dados, fatos, evidências, indícios, considerações, traços, os quais são apresentados como simples premissas em um mesmo argumento.

Além do apoio, os qualificadores modais representados pela letra (Q) também indicam uma variação de força, sendo úteis para qualificar as conclusões em diversos níveis de aceitação. Os qualificadores se expressam por advérbios e locuções adverbiais, que indicam o grau de força das conclusões, como: necessariamente, certamente, presumivelmente, com toda probabilidade, até onde a evidência vai, por tudo o que podemos

²²⁴ Termo utilizado pelo próprio Toulmin (2006, p. 155).

²²⁵ Conferir Toulmin, Rieke e Janik (1978, p. 61).

dizer, muito provável, muito possivelmente, talvez, pelo visto, plausivelmente, dentre outras formas.²²⁶

O desafio se coloca com uma pergunta do tipo: “é certo, necessário, possível ou provável?” No exemplo em tela, os estudos médico-científicos e recomendações do Ministério da Saúde são bastante conclusivos, o que impõe o grau de força que permite utilizar o qualificador “necessariamente”.

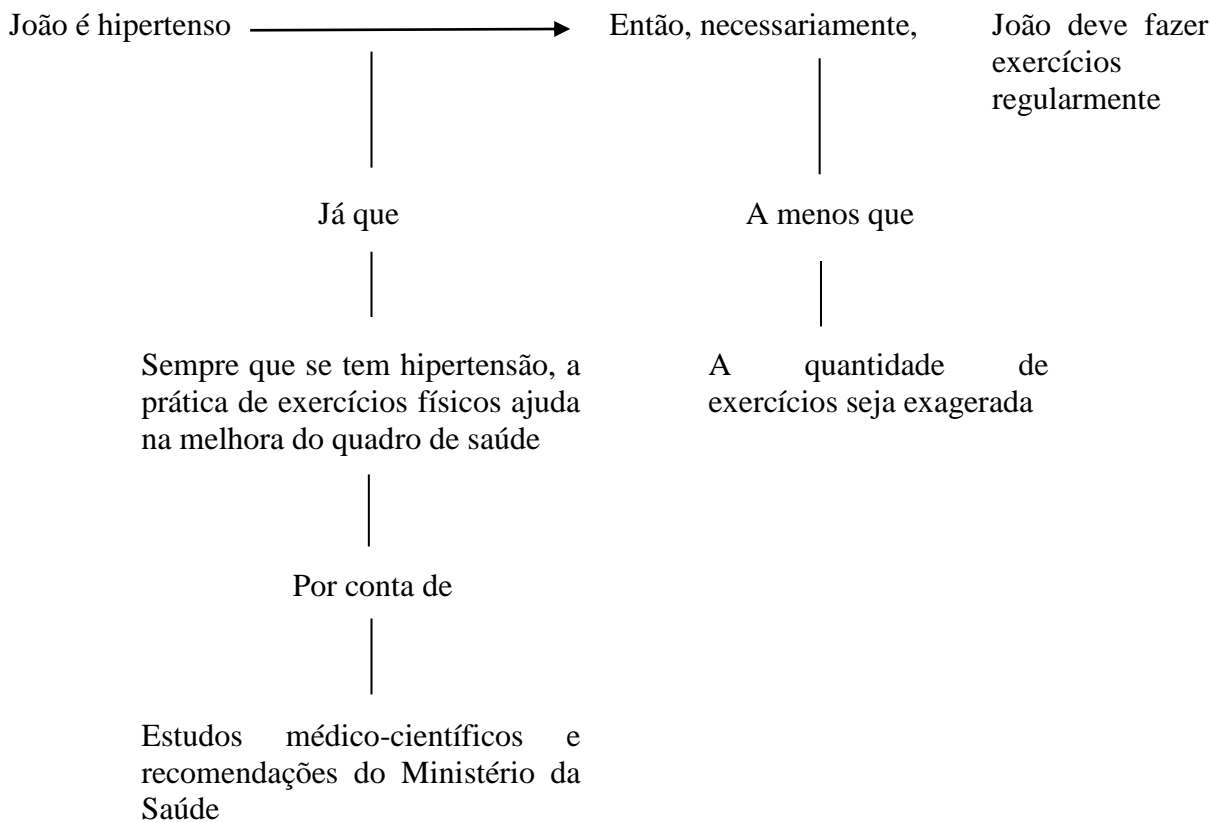
Por fim, as condições de refutação, representadas pela letra (R), são capazes de indicar as circunstâncias em que a autoridade da garantia é deixada de lado. Nesse sentido, também ocorre uma variação de força do argumento, que deixa de ser aplicado em determinadas circunstâncias. A pergunta-desafio que pode ser feita é: “em que situação o argumento não se sustenta?” No nosso exemplo, pode-se responder como elemento que constitui exceção: “Se a quantidade de exercícios for exagerada”.

Percebe-se que os qualificadores (Q) e os refutadores (R), apesar de denotarem aspectos de força do argumento, também não se confundem com o apoio (B). Os qualificadores são expressões em que o falante deve indicar sobre o grau de assertividade das suas conclusões. Por não ser uma sentença fechada, não é de difícil distinção. Já a condição de refutação pode ter a natureza de uma sentença fechada, mas não se confunde com o apoio e com as razões, porque é dirigida a negar ou diminuir a força da conclusão, enquanto que as razões e o suporte irão reforçá-la, cada qual com uma função.

Observa-se que os dados, o apoio e a refutação, por terem a natureza de sentenças fechadas, poderão ser justificados em um novo layout, em que se tornariam, cada qual, a própria pretensão desses novos argumentos.

O diagrama geral, incluindo os aspectos de força, pode ser representado da seguinte forma:

²²⁶ A base do estudo das probabilidades na argumentação não-dedutiva está no capítulo II de Toulmin (2006, p. 63-133)

Figura 4: Aplicação do layout completo de argumento de Toulmin

Fonte: O autor (2020)

Podemos, ainda, demonstrá-lo adaptado em forma de quadro:

Quadro 2 – Quadro explicativo do Layout Toulmin

ELEMENTOS	DESAFIO	CONECTIVOS	PROPOSIÇÕES
Conclusão (C)	O que você concluiu?	Logo, ou Conclui-se que	João deve fazer exercícios físicos com regularidade
Dados (D)	Por quê?	Considerando que	João é hipertenso
Garantia (W)	Como você deu esse passo?	Já que	Sempre que se tem hipertensão, a prática regular de exercícios físicos ajuda na melhora do quadro de saúde
Apoio (B)	O que valida o seu passo?	Por conta de	Estudos médico-científicos e recomendações do Ministério da Saúde
Qualificador (Q)	Qual a probabilidade da sua conclusão?	Certamente, necessariamente, provavelmente, etc	Necessariamente
Refutação (R)	Existe alguma ressalva?	A menos que	A quantidade de exercícios seja exagerada

Fonte: O autor (2020)

O quadro exemplificativo acima, contém os seus elementos, os desafios que se colocaram em cada etapa e, apenas para ilustrar, os conectivos que representam esses desafios.

Se o argumento fosse formulado explícita e integralmente, poderia ser assim descrito: “João deve, necessariamente, fazer exercícios físicos com regularidade porque é hipertenso. Exceto se a quantidade de exercícios for exagerada. Já que sempre que se tem hipertensão, a prática regular de exercícios físicos ajuda na melhora do quadro de saúde. Tudo isto, por conta de estudos médico-científicos e recomendações do Ministério da Saúde”.

Logicamente, o argumento acima ainda está construído em um formato padronizado para uma compreensão analítica. Mas é possível observar que essa forma se aproximaria da maneira mais convencional de se esboçar o argumento na vida cotidiana, indicando superioridade ao padrão silogístico dos argumentos dedutivos.

Essa verificação prática se dará na seção abaixo.

4.4 Aplicação geral dos argumentos não dedutivos e suas características essenciais

Compreendida a teoria de Toulmin, se faz necessário demonstrar a sua aplicação a um campo prático, mais dinâmico, destacando as suas características, benefícios de aplicação e limitações. Na prática cotidiana, os argumentos assumem várias formas e complexidades. Estão sujeitos a inúmeras e distintas formas de reforço e possibilidades de disputa. Quais seriam, então, as características de aplicação do modelo Toulmin? Responderemos com um processo demonstrativo-hipotético.

Pretende-se demonstrar a aplicação de argumentos não dedutivos em um contexto de distintos de pontos de vista, o que lançará as bases de compreensão para posterior uso desse modelo em disputas judiciais.

Imagine-se um contexto de ação governamental em face de uma pandemia de um novo vírus.²²⁷ O modelo Toulmin, pela sua ampla capacidade e pelo seu espectro de flexibilidade, pode ser utilizado em qualquer campo do conhecimento. Pode, ainda, ser utilizado em qualquer espécie de debate, seja público, privado ou institucionalizado, como é o

²²⁷ Trata-se de exemplo baseado em uma situação notoriamente vivenciada pela comunidade internacional ao final do ano de 2019, e que eclodiu severamente no primeiro trimestre do ano de 2020, a partir da expansão de contaminações por um vírus denominado Covid/19. No entanto, as medidas e argumentos aqui expostos são apenas ilustrações parciais daquilo que se travou no debate público ao redor do mundo.

caso dos Tribunais. Na hipótese exemplificada, tratar-se-á de um misto de áreas, com ligação entre a ciência, economia e ética.

Inúmeras podem ser as conclusões sobre o que fazer e como agir, ou seja, as pretensões de ação. A adoção de uma ou de outra medida inicialmente pode ser analisada mediante a produção de argumentos investigativos. Seria uma atividade prospectiva, com justificativas virtuais para cada linha de ação a adotar. Na prática, todavia, resvalará na necessidade de prestação de contas à sociedade sobre a medida adotada ou a adotar, que será desempenhada mediante argumentos justificativos. A avaliação dos argumentos será feita pelo “Tribunal da razão”, que neste caso será a comunidade científica e a comunidade de populares da Nação.²²⁸

Considere inicialmente uma medida hipoteticamente adotada: “investir em pesquisas para a descoberta de vacina e de remédio contra um novo vírus”. Seria uma medida viável, correta, adequada e suficiente? A resposta é: depende do contexto e das razões que irão embasá-la.

Suponha, então, que assim foi argumentado:

Conclusão 1: Devemos investir em pesquisas para a descoberta de vacinas e de remédios contra o novo vírus.

Dados:

- 1) Há uma pandemia de um novo vírus;
- 2) Ainda não há vacina contra o vírus;
- 3) Ainda não há remédio e tratamento comprovados; e
- 4) A circulação de pessoas facilita a disseminação do vírus;

Garantia: Medidas para proteger a população devem ser adotadas em face de problemas de saúde pública.

Apoio: As vacinas e remédios são normalmente recomendados pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

Qualificador: É possivelmente a solução viável contra a pandemia.

Condição de refutação: A não ser que exista uma medida mais eficaz

A *priori*, o argumento se prestou àquilo que a teoria descreveu. As pretensões (C) foram justificadas por razões (D). Observe-se que na vida prática inúmeras razões são fornecidas para sustentar um ou mais pontos de vista. Das 4(quatro) razões foi possível passar à conclusão (C). Afinal, a garantia (W) recomenda que medidas para proteger a população devem ser adotadas em face de problemas de saúde pública.

²²⁸ Logicamente que a avaliação técnica dos argumentos será realizada em nível acadêmico.

Esse argumento tem força razoável, porquanto o corpo de experiências utilizado foi baseado nas recomendações da Organização Mundial de Saúde (OMS), que caracteriza o apoio (B). O qualificador (Q) é compatível com o apoio fornecido e ilustra a possibilidade de resolução adequada do problema. Por fim, foi demonstrada uma possível exceção (R), que se reserva a modificar a conclusão em caso de existir uma medida mais eficaz. Aqui se pontua que a exceção pode se situar no campo dos raciocínios investigativos, que justificarão hipóteses plausíveis de solução.

A título de exemplificação, serão inseridas novas premissas no exemplo hipotético, que seriam dados inicialmente desconhecidos da comunidade nacional em questão naquele momento. Veja-se que o argumento sofrerá alguma necessidade de modificação para manter a sua força original, sem que a validade seja comprometida. Isso é a característica primordial dos argumentos substanciais, que não seguem um padrão analítico-dedutivo. Nos argumentos dedutivos, independente do acréscimo ou supressão de premissas, o objetivo se limita a verificar a validade ou a invalidade da estrutura argumentativa.

Imagina-se que sejam acrescentadas duas outras circunstâncias: “os sintomas do vírus têm provocado várias internações simultâneas e ocasionado o resultado morte”; e “em outros países, a rede hospitalar não tem conseguido tratar a grande quantidade de casos simultâneos”, surge a questão de saber se o investimento em vacinas e remédios continua sendo satisfatório como solução ou se uma outra deve ser adotada.

Se fosse adotada, por exemplo, a decretação de quarentena com fechamento do comércio e promoção do isolamento social²²⁹ por tempo indeterminado, seria essa pretensão válida e adequada? Sendo válida e adequada, seria mais ou menos forte em relação à decisão anterior do investimento em vacinas e remédios para tratamento?

A partir da solução destes pontos, se verificará que o modelo Toulmin é capaz de viabilizar efetiva comparação de argumentos. No novo esquema, o argumento poderia ser assim montado:

Conclusão 2: Devemos decretar quarentena com fechamento do comércio e promoção do isolamento social por tempo indeterminado.

Dados:

- 1) Há uma pandemia de um novo vírus;
- 2) Ainda não há vacina contra o vírus;
- 3) Ainda não há remédio e tratamento comprovados;
- 4) A circulação de pessoas facilita a disseminação do vírus;
- 5) Os sintomas do vírus têm provocado várias internações simultâneas e ocasionado o resultado morte; e

²²⁹ Ordens ou recomendações para que as pessoas permaneçam recolhidas em suas residências.

6) Em outros países, a rede hospitalar não tem conseguido tratar a grande quantidade de casos simultâneos.

Garantia: Medidas drásticas para proteger a população devem ser adotadas em face de graves problemas de saúde pública.

Apoio: O isolamento social passou a ser recomendado pela OMS como forma de diminuir os contágios.

Qualificador: É provavelmente a solução mais viável contra a pandemia.

Condição de refutação: Exceto se o isolamento social prejudicar a economia brasileira, levando-a ao colapso.

Se se questionar um popular, mesmo diante da sua não especialização técnica em saúde pública, há grandes possibilidades de que ele se manifeste sobre uma avaliação comparativa dos argumentos, considerando que a experiência comum também integra o apoio para resolução de problemas cotidianos.

Para demonstrar, ainda, que a força dos argumentos não reside apenas na inserção das premissas, mas advém da relação entre os qualificadores, os refutadores e o apoio, verifique-se que foi colocada uma objeção, como condição de refutação à segunda opção apresentada: “Exceto se a quarentena prejudicar a economia brasileira e as medidas de saúde pública, levando-as ao colapso”. Logicamente, se utilizada essa objeção no contexto fático, ela passaria a ser a nova conclusão, com o fornecimento de novas premissas e garantias, tornando-se um contra-argumento. Observe-se o exemplo.

Conclusão do contra-argumento: A quarentena prejudica a economia brasileira e as medidas de saúde pública, levando-as ao colapso.

Dados:

- 1) Há serviços que não podem ser paralisados;
- 2) A restrição de circulação de pessoas nas ruas impede o fluxo de comércios e serviços; e
- 3) O colapso econômico impacta nas medidas de prevenção à saúde pública;

Garantia: Sempre que as medidas oficiais restritivas forem mais graves que as causas determinantes haverá prejuízo sobre o setor impactado.²³⁰

Apoio: Os dados da Organização Mundial do Comércio, dados do Ministério da Economia e a experiência comum nas atividades econômicas.

Qualificador: É muito provável.

²³⁰ Ou sendo a garantia formulada de outro modo: “Medidas para proteger a população não podem ocasionar danos maiores que as suas causas determinantes”. O que importa é a condição de regra ou princípio, e não a forma da frase construída.

Condição de refutação: A não ser que sejam adotadas medidas que mantenham os serviços essenciais durante a quarentena.

Interessante notar que o contra-argumento, que serviu de objeção ao segundo argumento, poderia se aplicar de vários modos. Poderia, inicialmente, constituir-se em uma objeção de total de rejeição da conclusão, sendo que nesse caso deveria ser formulado de forma assertiva: “Não devemos decretar a quarentena”, por exemplo. Poderia, ainda, ser um argumento limitativo do segundo argumento, como por exemplo, fixação de tempo determinado para a quarentena, especificação sobre o isolamento social, ou liberação de atividade essenciais durante a quarentena. No caso de rejeição total desse segundo argumento, poderia haver restauração do primeiro argumento, já que sem quarentena e isolamento social, continuaria sendo necessário agilizar a descoberta da vacina e a busca por métodos de tratamento, remédios e prevenção. Por fim, poder-se-ia construir novos argumentos, com o lançamento de novas razões em reforço a esse contra-argumento apresentado.

Percebe-se que uma condição de refutação pode se revestir de diversos formatos e com funções diversas, como a negação da própria conclusão (Não “C”), negar os dados (Não “D”), negar o apoio (Não “B”), aduzir que a garantia não se aplica ao caso (“W” não se aplica), ou demonstrar que uma condição de exceção ocorreu na hipótese (“R” sim). Além de tudo, essa negação pode ter um grau maior ou menor, conforme o caso, o que indica a refutação total ou parcial, capaz de indicar a força dos diversos argumentos.

Por fim, observa-se que no contra-argumento o corpo de experiência se ampliou, trazendo novas razões e novos campos de discussão para sustentar a garantia, como no caso das orientações dos órgãos sobre comércio internacional e a própria experiência comum sobre atividades econômicas, para além das autoridades sobre saúde e estudos médico-científicos.

Se quis demonstrar, com o exemplo acima, ter a argumentação substantiva os elementos invariáveis estruturados na sequência “D, W, logo C”, que se aplicam a qualquer tipo de argumento e proporcionam a verificação da sua validade. Além disso, tem a variabilidade de força em relação ao campo-dependência, com o aporte de (B), (Q) e (R). Com tudo isto, é possível dizer que Toulmin produziu um modelo de argumentação racional, que se prestou à finalidade de superação do método silogístico.

Apesar do exemplo acima focar em campos de argumentação mistos, essa foi a ligação teórica para acionar as teorias da argumentação jurídica e realçar a aplicação do modelo Toulmin para fundamentar decisões judiciais. Observe-se que o corpo de experiência técnica utilizado no apoio vai além da sua utilidade estritamente científica, e precisa ser formatado para convencimento do auditório que, muitas vezes, não detém conhecimentos

especializados. Essa característica tem total relação com o fulcro da presente pesquisa e já teve um prenúncio de discussão na seção 3.5, quando se abordou o raciocínio judicial *versus* o raciocínio leigo.

4.5 O modelo Toulmin na argumentação jurídica: críticas, limites e possibilidades

A argumentação jurídica é essencialmente institucionalizada e se ancora no caráter jurídico das suas proposições, além da necessidade de respeitar a integridade do sistema. Tomando estes parâmetros mínimos, indaga-se como as questões jurídicas podem ser inseridas no modelo Toulmin? Quais são as características e limitações de sua aplicação no campo jurídico? Como este modelo serviria a esta pesquisa?

As respostas devem ser formuladas pela análise das críticas doutrinárias, das características específicas do modelo, das suas limitações e possibilidades teóricas e práticas.

Iniciando-se com as críticas que possuem significado para o presente estudo, a primeira questão se situa na capacidade de evitar o regresso ao infinito.

Esse problema se apresenta no modelo Toulmin no momento em que se pretender fundamentar uma cadeia de argumentos com os elementos que adotam o formato de sentenças fechadas: dados, pretensão, apoio e condições de refutação. Cada um desses elementos, como já se verificou, tenderá a se constituir em uma nova pretensão a ser fundamentada em um novo layout.

Trata-se de um problema que não é exclusivo do referido modelo de justificação, mas de todo e qualquer modelo de racionalidade judicial, motivo pelo qual todo o estudo desempenhado no capítulo anterior, em especial na seção 3.11, se prestará como justificativa deste ponto.

Habermas (2012) faz algumas críticas ao modelo de Toulmin pela restrição das pretensões de validade às empresas racionais, sem que a referida teoria deixasse evidente se a diferenciação se daria apenas funcionalmente, em termos sociológicos, ou se também ocorreria em termos de lógica da argumentação. Para Habermas²³¹, a lógica da argumentação não pode surgir de uma análise que se guie pelas funções externas e pelos fins das empresas racionais, considerando que a diferenciação deve ser interna. As formas de argumentação se diferenciam por pretensões de validade, reconhecíveis no contexto da manifestação, que são:

²³¹ Conforme concluiu Atienza (2006, p. 114).

verdade das proposições, correção das normas de ação, adequação dos padrões de valor, veracidade das manifestações e inteligibilidade dos meios de expressão.

Apesar da crítica de Habermas²³² e de uma certa imprevisibilidade na distinção do conceito de empresas racionais, não se pode desconsiderar que Toulmin ancorou sua teoria em procedimentos categorizados de análises, o que importa na formulação de desafios sucessivos, os quais revelam funções diferenciadas dos elementos componentes do argumento. Entende-se que a imprecisão sobre os campos sociológicos da argumentação não é capaz de retirar a validade teórica, demandando tão somente um aprofundamento, um refinamento ou esclarecimentos da teoria.

Para Van Eemeren e Grootendorst (2004), as críticas são no sentido de que Toulmin assume uma orientação predominantemente retórica²³³, e não necessariamente dialética, considerando que os fundamentos dos valores que justificam as proposições se firmariam nas crenças e estados intencionais da comunidade racional, que seria um auditório capaz de decidir e de permitir as inferências em cada campo do conhecimento. Sem desconsiderar que a teoria pragma-dialética²³⁴ seria adequada ao presente estudo, por ver na argumentação como um ato complexo da fala, capaz de avaliar a argumentação em um contexto real do discurso e de disputas de pontos de vista, similar ao que encontraremos na deliberação nos tribunais, a teoria de Toulmin não pode ser desbancada para os fins dialéticos.²³⁵

Observa-se que ao demonstrar as concepções material, formal e pragmática da argumentação²³⁶, Atienza (2017, p. 39-40) enquadrou Perelman e Toulmin nesta última. Fez,

²³² Para um estudo detalhado do pensamento de Habermas sobre a teoria de Toulmin, sob o enfoque de analisar se todas as implicações dessa teoria foram consideradas na sua leitura, conferir: Létourneau (2010, p. 131- 145).

²³³ A concepção retórica da teoria de Toulmin é indiscutível, conforme aprofundamento que pode ser verificado em Correia Neto (2018).

²³⁴ Em síntese, a pragma-dialética é uma derivação da teoria da argumentação atribuída principalmente a Frans H. van Eemeren e Rob Grootendorst da Universidade de Amsterdã, que pretendem analisar uma argumentação entre interlocutores que buscam resolver uma diferença de pontos de vista.

²³⁵ A corroborar com nosso entendimento, verifique-se Santibañez (2010, p. 194): “De acuerdo con Blair (2003: 94-95), la argumentación es inherentemente dialéctica, si se entiende por dialéctica, en sentido amplio, el intercambio de preguntas y respuestas en función de la aceptabilidad o el rechazo de un punto de vista, por lo que tratar con objeciones –a través de preguntas, por ejemplo– es una actitud epistemológica –o epistémica– propia de la argumentación que tiene por objeto sopesar contraargumentos y desafíos. Es más, diría Johnson (2003: 43), es esta característica la que hace de la argumentación un proceso de exposición de las “obligaciones dialécticas”, una vez que somos desafiados a justificar y evaluar nuestras inferencias. En esto Toulmin converge; su trabajo es de crítica al estudio clásico sobre el modo en que se establecen las pretensiones, y su modelo refleja una apertura hacia las obligaciones dialécticas. Lamentablemente, Toulmin (1958) no utilizó el término “dialéctica” y nada dice, explícitamente, de la necesidad de estudiarla y recuperarla para el abordaje de los argumentos y la argumentación.”

²³⁶ A concepção formal se centra na argumentação como lógica e abstrai o conteúdo de verdade ou de correção das premissas, focando a atenção na forma e inferência dos enunciados. A concepção material se dirige ao sentido oposto, dando validade à correção e à fundamentação das premissas e da conclusão. A concepção pragmática, por fim, contempla a argumentação como atividade linguística, privilegiando a interação entre as pessoas para se chegar a algum tipo de consenso.

ainda, uma subdivisão, em que Perelman denotaria um ponto e vista mais retórico, e Toulmin, um mais dialético.²³⁷

Apesar da aparência estática do layout de argumentos em Toulmin, é possível utilizar os seus elementos para introduzir os contra-argumentos, principalmente no caso das condições de refutação. Da mesma forma, quando se perfilam dois argumentos, a reconstrução no layout toulminiano poderá indicar os seus respectivos graus de força e possibilitar a comparação de ambos os argumentos, o que nos permite afirmar estarmos diante de um procedimento dialético.

Por fim, a metodologia da pesquisa para estudo de casos recomenda que sejam debatidas as teorias rivais. Poder-se-ia questionar Toulmin em face do refinamento de teorias argumentativas mais acabadas e direcionadas aos estudos no campo jurídico.

As teorias da argumentação jurídica de Alexy (2005) e de Neil MacCormick (2008), complementados por esquemas de Manuel Atienza (2017)²³⁸, estariam enquadradas naquilo que se convencionou denominar teorias standards da argumentação jurídica. No que pertine a utilização de esquemas para a realização de avaliações argumentativas, Walton, Reed e Macagno (2008) têm fornecido uma grande contribuição de hipóteses argumentativas que se aplicam na argumentação jurídica.

Apesar da grande substância que apresentam, as referidas teorias são compostas de várias segmentações e moldadas sob ordens jurídicas estrangeiras, o que as torna muito complexas para aplicação de forma irrefletida, mormente em pesquisas empíricas. São teorias que se destinam a aplicar essencialmente o Direito, mas o fazem a partir de realidades institucionais muito díspares.

A teoria de Toulmin também não é nacional. Nada obstante, além de extremamente simples e de aplicação direta, permitindo a sua testagem em estudos exploratórios como os desta pesquisa, não carrega consigo vieses, conceituações ou elementos vinculados às peculiaridades de sistemas legais de um determinado ordenamento jurídico. A única aproximação com o campo “jurídico” é a analogia feita com os procedimentos judiciais para basear a compreensão da argumentação cotidiana. Adota a concepção genérica de argumentação, na qual a linguagem jurídica é apenas uma das empresas racionais. Isso a torna

²³⁷ Não só na área das ciências sociais a feição dialética do modelo Toulmin pode ser percebida. Para Rivera e Artmann (2015), o modelo de Toulmin inclui elementos dialéticos no processo de formulação de argumentos na relação médico-paciente, ao ajudar a fundamentar argumentativamente a declaração de hipóteses diagnósticas e terapêutica. O interessante é que o referido estudo especializado se valeu das teorias pragma-dialéticas de Van Eemeren & Grootendorst, incorporando elementos das três disciplinas da argumentação: a dialética, a retórica e a lógica.

²³⁸ Os esquemas estão listados em Atienza (2017, p. 99-119).

isenta e reflete uma dinâmica de procedimentos que se baseia em um layout imparcial de argumentos.

Se a aplicação de teorias mais rebuscadas ou o aporte de diagramas mais completos podem revelar complexidade até mesmo para juristas brasileiros profissionais, ou para os estágios atuais da pesquisa empírica em direito, o que se poderá dizer de uma pesquisa exploratória da argumentação jurídica produzida em um colegiado com predominância de leigos?

O fato da pesquisa se propor a investigar o raciocínio jurídico de leigos aponta para o modelo Toulmin com maior ênfase. Para Toulmin, Rieke e Janik (1978, p.281-282), as regras do raciocínio jurídico não são tão distantes da realidade das pessoas que não são profissionais da área jurídica. Isso porque a própria lei se encarrega de fornecer um conjunto de regras e princípios para regular a vida em sociedade. Esses traços do raciocínio jurídico permeiam grande parte de nossa vida social. Na referida obra, *An Introduction to Reasoning*, Toulmin nos fornece alguns exemplos em que as crianças, estudantes e cidadãos, mesmo sem saber operar formalmente o sistema jurídico, conseguem invocar fundamentos legais que se aplicam às suas realidades cotidianas.

Não por acaso, em “Os usos do argumento”, Toulmin (2006, p. 14) considerou a lógica como jurisprudência generalizada e procurou testar as suas ideias mediante a avaliação de argumentos práticos, como efetivamente formulados nos discursos cotidianos, não se limitando a comparar a lógica com o ideal de um filósofo. Nesse ponto, o autor diferenciou a estrutura dos argumentos em dois campos: invariáveis e dependentes, sendo os primeiros capazes de avaliar argumentos por meio de um procedimento comum e estrutural, independente do ramo do conhecimento, e os segundos por se subordinarem à variabilidade das características argumentativas, em dependência ao ramo específico do conhecimento humano em que se argumenta.

Importante perceber que a compreensão linguística e a experiência prática dos militares dão um contorno especial para a invocação de um modelo de tribunal popular, que se destina ao julgamento de condutas penais inseridas nesse ramo do conhecimento especializado. Portanto, a teoria de Toulmin é bastante adequada para esse tipo de estudo, o qual investiga um terreno ainda inexplorado no direito brasileiro: o raciocínio de leigos na aplicação de normas jurídicas, em um ramo especial da atividade prática.²³⁹

²³⁹ Ressalte-se que o campo do direito penal militar não constitui uma empresa racional autônoma, sendo apenas uma especialização do direito penal. A empresa racional, nos moldes de Toulmin, é o próprio campo do direito.

A relevância teórica está justamente na apresentação estruturada desses campos em um “layout” de argumentos, capaz de fornecer indicações precisas e objetivas acerca da validade e solidez das fundamentações judiciais, bem como para permitir a avaliação de argumentos jurídicos segundo o grau de força persuasiva. No âmbito de uma pesquisa empírica e de reconstrução de padrões decisórios para avaliações e comparações, o referido “layout” tem grande importância, pois supera os arquétipos analíticos empregados no silogismo tradicional, que não é o modo como inferimos e argumentamos na prática cotidiana, além de permitir a comparação de argumentos.

Conforme análise acima, a amplitude do modelo permite a análise de questões de fato e questões de direito, ou seja, a formulação de juízos de fato e de direito, respectivamente.

Nas questões de fato, os dados (D) serão as afirmações obtidas pelos meios de prova judicial e as conclusões (C) demonstrarão os fatos que, a partir delas, se compreende provados. Conforme a complexidade da questão, várias justificações sucessivas e em cadeia devem ser feitas para se chegar à constatação de um determinado fato provado. Basta lembrar que a compreensão de um fato perpassa pela valoração da prova judicial individualmente considerada e no seu conjunto. O apoio das garantias (B) se dará essencialmente com base nas regras de experiência comum²⁴⁰, que também serão bastante decisivas para a identificação do qualificador adequado. Nesse particular, ainda que o qualificador seja obtido pelo raciocínio baseado na experiência comum, a argumentação institucionalizada do direito impõe os chamados “*standards* de prova”²⁴¹, que são padrões ou critérios para se atingir um grau de suficiência probatória, ou seja, o grau de confirmação de uma determinada versão que constitui a tese de acusação.

Para Vázquez (2013, p. 13-14), esse estabelecimento de um certo de grau da prova ao final do processo de valoração do conjunto probatório não é um retorno à prova tarifada, mas uma decisão política sobre o benefício da dúvida e distribuição dos erros. Isso tem uma especial importância para a pesquisa, considerando que o escabinado se vincula ao sistema de valoração da prova com base na persuasão racional. Significa que mesmo o juiz leigo em direito precisa se vincular ao *standard* de prova penal, que se situa na comprovação do fato para além de uma dúvida razoável.²⁴² Em que medida essa observância poderia ser atingida e,

Todavia, a especialização de matérias jurídicas vai ao encontro da mesma lógica da concepção dos campos do conhecimento, por ampliar as possibilidades de comunicação e de compreensão intersubjetiva.

²⁴⁰ A respeito do uso das regras de experiência comum no campo da motivação, conferir Credidio (2012).

²⁴¹ A respeito dos *standards* de prova, Cf. Vázquez (2013).

²⁴² Acerca do *Standard* de prova penal no direito brasileiro, conferir: Knijnik (2007).

principalmente, compreendida pelo votante, é uma questão situada para além das possibilidades do estudo de caso, que não se destina a criticar diretamente o desenho institucional do escabinado militar e o nível de capacitação dos seus juízes.

No juízo de fato as condições de refutação (R) ganham um papel decisivo, porquanto serão obtidas normalmente dos contra-argumentos formulados pelas partes adversas. Os juízes precisam desempenhar um ônus argumentativo adequado ao enfrentamento das questões, que se define pela suficiência da justificação. Todos os argumentos sobre provas e fatos que eventualmente forem levantados nos dados (D) deverão ser obrigatoriamente enfrentados se a sua admissão, de algum modo, for capaz de alterar a pretensão (C).

O espectro de refutações pode ser muito grande, considerando a natureza multifária das questões de fato, que só podem ser percebidas no caso singular. Questionamentos sobre validade, relevância e credibilidade dos meios de prova, por exemplo, podem demandar uma justificação inicial que se desdobrará em inúmeras outras justificações sucessivas, até se chegar à reconstrução histórica do fato propriamente dito. Os juízos presuntivos, que auxiliam na definição e na constatação de fatos por meio de indícios, são outras formulações que podem se apresentar no âmbito de refutações, tornando ainda mais complexo o raciocínio do caso.

Relembre-se que nos argumentos substanciais a adição de premissas pode modificar decisivamente a estrutura do argumento. Portanto, o juízo de fato é uma tarefa de alta complexidade, que pode ser muito bem desempenhada com o auxílio do modelo Toulmin.

Nas questões de direito os desafios não são menores e, da mesma forma, a importância do modelo Toulmin é decisiva para balizar uma construção de decisão racional. As normas jurídicas são gerais e abstratas, e conseqüentemente dotadas de vagueza e ambigüidade, de modo que se impõe um procedimento apurado de justificação para fundamentar racionalmente a atribuição de sentido a textos normativos.

O juízo de direito é construído pela atividade hermenêutica desempenhada pelo juiz a partir do texto da norma, com balizamento nos fatos narrados, e mesclado por suas pré-compreensões acerca de todos esses processos comunicacionais.

Nesse layout ocorre uma ampliação, uma vez que a questão de fato ocupa a posição do dado (D), para a obtenção da conclusão (C), que é a solução jurídica do pedido inicial. A pretensão (C) é formulada com base em um comando normativo baseado nos modais deônticos admitidos em direito: obrigatoriedade, permissão e proibição. As razões (D) são elementos de fato, ou mesmo de direito, que embasam a tomada da decisão. A garantia (W) representa o enunciado legal interpretado, cujo apoio (B) é representado pelo fundamento

normativo legal ou jurisprudencial. A interpretação do enunciado legal da garantia se submete aos cânones ou métodos hermenêuticos clássicos: gramatical, sistemático, lógico, histórico e teleológico. As condições de refutação (R) representam a derrotabilidade da norma que fundamenta a conclusão. Torna-se um elemento fundamental, vez que permite a análise da existência ou não de outra interpretação em maior congruência com a Constituição. Os qualificadores (Q), por outro lado, são pouco relevantes, vez que as decisões judiciais são consideradas como “necessárias”.

Assim, pode-se dizer que a teoria de Toulmin serve como um modelo normativo de justificação judicial, atendendo a todos os seus requisitos necessários.

Independentemente de haver essa possibilidade na prática, o modelo de Toulmin é capaz de fornecer critérios de validade, solidez e força persuasiva a argumentos construídos mediante o seu padrão de referência.

Pelas suas características, acredita-se que além de se constituir em um modelo normativo, a teoria de Toulmin tem potencial para a avaliação dos argumentos já produzidos na prática deliberativa, mediante a sua coleta e apreciação na pesquisa empírica. Essa função avaliativa pode ser potencializada, por exemplo, se conjugada com um roteiro de justificação por capítulos de sentença²⁴³, que se valha da sequência estrutural do modelo legal de justificação. O encaixe da teoria de Toulmin em arquétipos modulares e sequenciais de argumentos previsíveis, que são aqueles que potencial ou efetivamente compõem os capítulos da sentença, permite que se amplifique a etapa avaliativa. Isso possibilita a análise do roteiro discursivo, em capítulos da sentença, que serão avaliados em adequada profundidade e de acordo com o nível de suficiência de cada questão jurídica, conforme estudado no capítulo 3 da pesquisa, valendo-se do Layout Toulmin como célula argumentativa básica.

Após a teorização necessária ao estudo, cabe enveredar pela pesquisa empírica, cuja estruturação será delineada no próximo capítulo.

²⁴³ Verificar o Quadro 1 – Modelo de roteiro de justificação por capítulos de sentença, na seção 3.12, do capítulo anterior.

5 METODOLOGIA: ESTUDO DE CASO DOS JULGAMENTOS DO ESCABINADO MILITAR

Este capítulo abordará a metodologia adotada na pesquisa. Ainda que a apresentação teórica do problema tenha ocorrido em um capítulo anterior (capítulo 2), a redação do texto da dissertação, que neste tipo de pesquisa é um relatório de estudo de caso, nem sempre coincide com o efetivo percurso adotado, de idas e vindas, moldando-se nesta sequência expositiva para tornar mais palatável e lógico o entendimento das questões levantadas, dos fatos discutidos e do método adotado.

O capítulo é dividido em 7(sete) seções: na primeira, 5.1, discute-se a importância da pesquisa empírica no campo do direito; na segunda, 5.2, apresenta-se o método de estudo de caso como forma de abordagem qualitativa; na seção 5.3, demonstra-se como foi planejada a operacionalização do estudo de caso; nas seguintes, 5.4 e 5.5, procede-se ao detalhamento das características do estudo de caso e a sua aplicação nesta pesquisa; na seção 5.6, abordam-se aspectos da seleção e da coleta dos casos, apresentando-se os protocolos realizados; na seção 5.7, descreve-se o procedimento de decomposição dos capítulos de sentença e dos argumentos; por fim, na seção 5.6.4, descreve-se o procedimento de análise comparativa das motivações na sentença e nos votos orais.

5.1 A pesquisa empírica em direito: a busca de legitimidade científica

Na concepção de Epstein e King (2013, p. 8), “a metodologia utilizada para se chegar a uma determinada conclusão é tão importante quanto à conclusão em si, pois aquela permitirá a confirmação desta e validará o conhecimento produzido.” Com fulcro na validade e adequação dessa assertiva, este capítulo apresenta as escolhas metodológicas feitas para responder ao problema da pesquisa, já contextualizado no capítulo 2, que se cingiu ao seguinte: Como o escabinado militar constrói a motivação das suas decisões no processo de deliberação? Por que a deliberação ocorre da forma descrita?

Por não haver pesquisas anteriores na literatura nacional cujo enfoque seja a análise detida dos julgamentos nessa esfera de Justiça, em particular sob a análise da deliberação e da motivação das decisões, o caráter exploratório do tema direcionou a opção metodológica para

a realização de uma pesquisa predominantemente empírica, pelo método indutivo e com abordagem qualitativa.

A pesquisa é denominada empírica quando suas conclusões são baseadas em observações ou experimentos (EPSTEIN; KING, 2013, p. 11). No caso do direito, este tipo de pesquisa leva em conta a realidade subjacente às prescrições jurídicas. Isso significa que o âmbito de estudo continua sendo o próprio direito²⁴⁴, mas o enfoque experimental apresentará um ângulo de conhecimento que nem sempre é exposto quando se estuda a norma pela própria norma. Significa que o pano de fundo teórico está na compreensão do direito a partir das práticas deliberativas, discursivas e argumentativas como fonte de normatividade, direta ou indireta, e que são efetivamente capazes de produzir conceitos, lugares comuns, e normas em sentido geral.²⁴⁵

Esse mesmo espectro teórico é coincidente com aquilo que Alexy (2005, p. 244-245) classifica como a dimensão empírico-descritiva do direito, na qual se efetua o conhecimento de uma ordem jurídica positivamente válida. É também o momento de descrição da prática dos tribunais, segundo a mesma doutrina.²⁴⁶

Com esses pressupostos, as indagações são trazidas para o mundo prático e a forma de solvê-las, para além da pesquisa bibliográfica e da análise jurisprudencial, se dá por meio da observação. Em vez de buscar respostas apenas no nível teórico-filosófico, serão analisadas situações reais em que juízes leigos e togados proferem decisões nas Justiça Militar da União, com suas possibilidades, limitações e tensões²⁴⁷. Na sequência, serão feitas as

²⁴⁴ Direito aqui versado em sentido amplo, que engloba tanto o direito positivo (de linguagem prescritiva), enquanto conjunto de normas válidas em determinado espaço e tempo, quanto a ciência do direito, como enunciados descritos para a compreensão das normas jurídicas.

²⁴⁵ A conclusão de que algumas práticas se tornam fonte de normatividade é bem descrita pela noção de “senso comum teórico dos juristas”, terminologia que surgiu nos estudos de filosofia analítica empreendidos por Luiz Alberto Warat, notadamente formatada sob um tom crítico da práxis judicial: “Enfim podemos dizer que de um modo geral os juristas contam com um arsenal de pequenas condensações de saber: fragmentos de teorias vagamente identificáveis, coágulos de sentido surgidos do discurso dos outros, eles rápidos que formam uma minoria do direito a serviço do poder. Produz-se uma linguagem eletrificada e invisível – o ‘senso comum teórico dos juristas’ – no interior da linguagem do direito positivo, que vaga indefinidamente servindo ao poder.” (WARAT, 1994, p. 15). O uso da terminologia aqui, no entanto, serviu apenas para esclarecer que a realidade prática produz uma normatividade nem sempre percebida.

²⁴⁶ Essa classificação é o que se denominou nesta pesquisa como o modelo descritivo de argumentação dos órgãos judiciais, ou seja, o modo pelo qual as decisões ocorrem efetivamente na prática judicante, por meio das deliberações e construções de votos e textos decisórios, e não simplesmente, como deveriam ocorrer a partir da norma positivada.

²⁴⁷ Trata-se de buscar a “forma de argumentar”, na descrição de Roesler e Reis (2018, p. 65): “Considera-se como ‘forma de argumentar’ o padrão utilizado na formulação e apresentação das decisões, abrangendo a sua apresentação em votos, a existência ou não de discussões e divergências consignadas nos acórdãos, o uso ou não de referências doutrinárias e jurisprudenciais, a presença de estratégias argumentativas institucionais, materiais e formais.”

inferências possíveis, a partir das teorias sobre controle da argumentação jurídica para, se cabível, embasar novas pesquisas e futuras teorias. Esse percurso de abordagem que se baseia em casos particulares para uma teorização revela o método indutivo, que se torna o mais adequado para a investigação em curso.

Não se desconhece a pouca aproximação de parcela da academia do direito com as pesquisas empíricas. O fechamento do direito, a partir de um discurso positivista e de uma epistemologia científica hermética²⁴⁸, provocou o seu isolacionismo metodológico e científico, além de gerar distorções de compreensão do seu objeto, impedido de certa forma uma evolução em alguns aspectos. Por força dessa tradição jurídica fechada em si mesma, a academia e os juristas em geral prescindiram da utilização de estudos empíricos.

Desse cenário, várias críticas recaem sobre a ausência de cientificidade das pesquisas jurídicas, mesmo aquelas que se intitulam ou que se utilizam de métodos de pesquisa empírica.²⁴⁹

Por outro lado, a superação do formalismo e a centralidade das Constituições no direito moderno promoveu a abertura sistêmica do direito para diversos outros ramos das ciências humanas: sociologia, história, antropologia, filosofia, economia etc. Justificando esse revés, Tavares (2009, p. 27) esclarece que essa demanda pela multidisciplinaridade²⁵⁰ ocorre pela imprecisão normativa e abertura das normas constitucionais, as quais findam por serem atreladas à realidade. Conclui o autor que a leitura da realidade somente será completa com a participação de outras ciências.

Apesar desse lento processo de evolução da pesquisa jurídica, as pesquisas empíricas em direito têm sido mais frequentes, com os pesquisadores se utilizando de abordagens multimetodológicas e de aproximação das ciências sociais²⁵¹. Essa abertura do direito no estabelecimento de conexões com outras ciências reflete também nas novas formas de abordagem de seus estudos, o que inclui o uso da pesquisa empírica para melhor qualificar a pesquisa acadêmica, sem perder o foco central de investigação que é o estudo da norma jurídica.

²⁴⁸ Ver Kelsen (1987, p. 1).

²⁴⁹ Epstein e King (2013, p. 20) relatam um procedimento de pesquisa envolvendo a coleta de dados de 231 artigos publicados em todos os periódicos de direito dos Estados Unidos entre 1990 e 2000, que contivessem a palavra “empírica” em seus respectivos títulos. A conclusão é de que todos os artigos infringiram ao menos uma das regras de inferência.

²⁵⁰ Significa a apreciação de um mesmo tema sob enfoques variados, oriundos de disciplinas diversas.

²⁵¹ Horta e Outros (2014) demonstram que as pesquisas empíricas em direito têm sido mais frequentes nas últimas décadas. Considerando o tempo em que já publicada a referida obra, percebe-se que há uma crescente e pertinente tendência nessa prática.

Ainda que a pesquisa empírica no âmbito do direito se ressinta da ausência de uma maior sistematização, sua utilidade é inestimável. O que se quer demonstrar é que a exposição de um percurso sólido de pesquisa trará mais benefícios que a pura teorização. Basta verificar no próprio texto da dissertação que os capítulos 2 a 4 poderiam, por si sós, e com poucos ajustes práticos, se constituir em um texto importante de dissertação autônoma, como sói acontecer normalmente e sem qualquer demérito acadêmico. A grande vantagem da pesquisa empírica, quando cabível, é que a observação concreta dos dados (capítulo 6), com discussão a partir de casos concretos (capítulo 6), mediante um processo metodológico claramente exposto e suscetível à replicação (capítulo 5), traz melhor possibilidade de aceitação das inferências que se fez ao longo e na conclusão do trabalho, ao invés do simples oferecimento de exemplos e discussão abstrata de casos.

A explicitação da metodologia neste capítulo autônomo servirá, portanto, para que se identifique quais foram as premissas utilizadas no raciocínio da pesquisa e como se chegou aos resultados, bem como impedir que se direcione a conclusão para o viés do pesquisador, além de possibilitar identificar falhas no processo de inferência a partir dos dados.

Por fim, considerando que a empiria é um meio de auxílio ao pesquisador para compreensão da realidade, a abordagem qualitativa servirá como um instrumento adequado de recorte social e possibilidade de estudos dos fenômenos que cercam a ciência do direito. Ainda que o observador possa interferir no objeto estudado no âmbito do direito e de outras ciências sociais, a pesquisa qualitativa tem por objetivo fornecer critérios passíveis de verificação objetiva e, por conseguinte, afiançar a validade e confiabilidade da pesquisa. Por conseguinte, dentro da abordagem qualitativa, resta apenas especificar a seleção do método de pesquisa.

5.2 A abordagem qualitativa pelo método de estudo de caso

Para a seleção do método de pesquisa, Yin (2001, p. 24) distingue entre estudo de caso, experimento, levantamento, análise de arquivos e pesquisa histórica, apresentando três condições de escolha: a) o tipo de questão da pesquisa; b) o controle que o pesquisador possui sobre os eventos comportamentais efetivos; e c) o foco em fenômenos históricos, em oposição a fenômenos contemporâneos.

Para tanto, o referido autor visualiza que os estudos de casos representam a estratégia preferida quando se colocam questões do tipo "como" e "por que", quando o pesquisador tem pouco controle sobre os eventos e quando o foco se encontra em fenômenos contemporâneos inseridos em algum contexto da vida real. Foi o que ocorreu exatamente nesta pesquisa.

No trabalho presente, o problema foi colocado com ambas as questões do tipo "como" e "por que", o que se enquadra exatamente na hipótese de estudo de caso, que tem por objetivo uma descrição dos fenômenos observados e as relações entre suas variáveis, nas respectivas abordagens.

Ademais, não houve necessidade de controle sobre os dados investigados, que já estão registrados nos processos judiciais. Embora alguns processos estejam ou não em andamento, o objetivo se dará, como descrito mais abaixo, sobre os registros documentais, atas e vídeos gravados das sessões de julgamento, em autos de processo eletrônico.

Por fim, o foco se deu em fenômenos contemporâneos e não simplesmente históricos. A grande diferença em relação à abordagem histórica, como destaca Yin (2001, p. 27), foi a possibilidade de se utilizar de uma ampla variedade de evidências - documentos, artefatos e observações - para além do que estaria disponível no estudo histórico convencional. Apesar da possibilidade de observação direta e de uma série de entrevistas inicialmente planejadas, não se lançou mão dessa técnica, em face da escassez de tempo para a sua adequada conclusão dentro do cronograma do programa de mestrado acadêmico, em 2 (dois) anos.

Outro motivo da utilização da pesquisa qualitativa pelo método de estudo de casos tem sede nas origens teóricas do tema pesquisado. Nunca se discutiu seriamente sobre a amplitude do sistema decisório do escabinado militar.²⁵² Por outro lado, sempre são formuladas afirmativas de que o órgão decisor mais adequado para o julgamento dos crimes militares são os Conselhos de Justiça, exatamente na forma como são e do jeito que estão.²⁵³ Para uma profunda discussão sobre órgãos tradicionais da cultura jurídica nacional, arraigados

²⁵² Aury Lopes Jr (2016, p. 452) utiliza a expressão "repouso dogmático", que ocorre quando a doutrina repousa sobre um tema por muito tempo, sem mais questioná-lo: "Um dos graves problemas para a evolução de um determinado campo do saber é o repouso dogmático. Quando não se estuda mais e não se questiona as 'verdades absolutas'. O Tribunal do Júri é um dos temas em que a doutrina nacional desfruta de um longo repouso dogmático, pois há anos ninguém (ousa) questiona(r) mais sua necessidade e legitimidade."

²⁵³ Repise-se, para além do que já foi amplamente discutido e problematizado no capítulo 2, a crítica neste ponto não é feita em relação à mera composição do escabinado, mas aos impactos do modelo decisório estabelecido por lei, para a apreciação dos crimes militares. A amplitude decisória e o frouxo disciplinamento do processo deliberativo formam uma combinação crítica, quando se verifica que existe apenas uma "voz" técnica, que é a do juiz togado, e quatro "vozes" leigas, dos juízes militares, que se permeiam na construção da decisão sem limites claros para o controle da motivação dos julgados.

ao contexto político que permeou todo o período histórico de afirmação constitucional, submetidos a transformações parcialmente significativas²⁵⁴, faz-se necessário um maior esforço argumentativo apoiado em preciso suporte científico, sob pena de serem consideradas levianas ou superficiais as observações ou interpretações alcançadas.

O estudo de caso apresenta benefícios para esse tipo de empreendimento argumentativo, considerando possuir alguns requisitos, dentre os quais se destacam: permitir a aproximação entre a teoria e o plano de prática jurídica; distinguir precisamente entre o campo normativo e o campo da práxis judicial; viabilizar o aprofundamento de reflexões sobre questões jurídicas ligadas às teorias da argumentação, com base em situações concretas; e proporcionar descobertas somente verificáveis por meio de estudo de caso concreto, que seriam impossíveis de vislumbre no âmbito meramente teórico.

Serão expostas nas seções seguintes as etapas que constituíram o estudo de caso.

5.3 A operacionalização do estudo de caso

O planejamento do estudo de caso seguiu os passos convencionais, quais sejam, a fase de revisão de teorias, a fase de coleta de dados, a fase de análise e discussão dos dados e a confecção do relatório.

Após a verificação inicial do problema, já com o estudo dos escabinados militares em primeira instância, procedeu-se à análise meramente bibliográfica para revisar os principais conceitos que envolvem as teorias da argumentação jurídica, no aspecto de controle decisório. Na sequência, ampliou-se o campo do estudo para a bibliografia correlata ao modelo Toulmin de argumentação e das demais teorias que lhe servem de confronto ou de suporte, além de paralelamente promover a revisão do estudo das garantias constitucionais do processo penal, comum e militar. Esse estudo foi materializado com algumas apresentações de trabalhos em eventos²⁵⁵ e algumas publicações²⁵⁶, em especial o capítulo de livro, que se constituiu em um “*paper*” ampliado, divulgando algumas conclusões introdutórias sobre o problema.²⁵⁷ Por se tratar de uma pesquisa de cunho essencialmente empírico, a pesquisa bibliográfica prosseguiu em paralelo ao planejamento e à execução do estudo de caso, com

²⁵⁴ Consultar a Seção 2.2, no capítulo 2.

²⁵⁵ Cf. Vasconcelos (2019).

²⁵⁶ Cf. Vasconcelos e Viana (2018, p. 103-122).

²⁵⁷ Cf. Vasconcelos (2018, p. 25-68).

revisões contínuas. Neste trabalho, toda a condensação teórica está reunida nos capítulos 2 a 4.

Com esse estoque de conhecimentos, partiu-se para a seleção da amostragem e para fase de coleta de dados, com a elaboração de um protocolo que direcionaria as buscas. O detalhamento se encontra nas seções abaixo.

Planejou-se, ainda, a análise e discussão de dados, por meio de um ciclo de cinco fases que, em linhas sintéticas, atendeu às seguintes etapas, descritas por Yin (2016, 158-160): compilação, decomposição, recomposição, interpretação e conclusão. Os detalhes da análise serão feitos em seções e capítulos próprios, na sequência.

Como última fase, foi redigido o relatório, no formato desta dissertação de mestrado.

Visualizadas as etapas que compuseram o estudo de caso em sentido amplo, segue-se com o detalhamento de como foi escolhido o que seria estudado e a seleção da respectiva amostragem.

5.4 As camadas de estudo: o caso, o contexto e as unidade de análise

A escolha do que constituirá o caso está frequentemente relacionada ao que se quer inferir a partir do estudo, ou seja, deve-se fixar o “alvo da inferência”, na formulação dada por Epstein e King (2013, p. 38).

Após definido o espectro do fenômeno que se pretende conhecer, deve-se delimitá-lo por aproximações sucessivas, até se chegar a unidades menores e com vários ângulos de observação. Segundo Machado (2017, p. 373), um estudo de caso comporta a sua delimitação por 3(três) camadas: o contexto, o caso propriamente dito e o interior do caso, este comportando uma ou mais unidades de análise. Cada uma dessas camadas corresponde a níveis de exigências que serão traduzidos na riqueza e densidade das informações que serão coletadas.

O caso, portanto, coincide com o fenômeno que foi alvo das buscas epistemológicas. Na presente pesquisa, é refletido pelos julgamentos de mérito realizados no âmbito do escabinado em primeira instância da Justiça Militar da União, amplamente descritos no capítulo 2. Trata-se da decisão judicial que advém de uma sentença de mérito

(veredicto), proferida em uma ação penal militar, no âmbito do procedimento ordinário. Ressalte-se que embora as decisões interlocutórias²⁵⁸ estejam englobadas no campo de estudo e sobre elas sejam feitas inferências, não serão detidamente apreciadas no contexto, vez que demandariam a necessidade de pinçar outros eventos com sessões de decisão, redundando em maiores dispêndios de tempo e com menor amplitude de argumentos para análise.²⁵⁹

Para os fins da pesquisa, integram o caso em estudo o julgamento na sua acepção completa, considerados tanto os atos de deliberação (discussão) antes dos votos, quanto os próprios votos orais na sessão de julgamento, as eventuais justificativas escritas dos votos e a redação final do texto da sentença posteriormente.²⁶⁰ Não engloba, portanto, toda a audiência de julgamento, que inclui as leituras das peças e os debates das partes em forma de sustentação oral. Apesar da sua extrema importância na formação do convencimento judicial, tais aspectos retóricos (*ethos*, *pathos* e *logos*) não pertencem à compreensão deste estudo diretamente. Veja-se que não só os debates devem ser levados em conta na decisão judicial, mas todo o conteúdo processual, o que inclui provas e memoriais escritos. Todavia, repise-se, as alegações escritas e os debates orais das partes não serão analisados em sua individualidade na pesquisa. Serão identificados objetivamente apenas para verificar se foram levados em conta na decisão do Conselho de Justiça, como determina o princípio constitucional do devido processo legal. Assim, a atenção do estudo estará voltada para a forma de interação entre os juízes, para o modo de construção da decisão, tanto aquela proferida oralmente em plenário, quanto a sua conversão posterior em um texto escrito e, por fim, à existência ou não de motivação que seja controlada intersubjetivamente.

O contexto, por outro lado, é o ajuste do foco da observação, de modo a enriquecer a pesquisa sob um determinado enfoque. Em regra, o contexto é "controlado" pelo ambiente de laboratório (YIN, 2001, p. 32), vez que é a experimentação procedida no seu curso, com a manipulação das variáveis, que o separa do fenômeno maior. Embora não seja feito nesta pesquisa um isolamento de variáveis, haverá um recorte para analisar as dispersões

²⁵⁸ Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos de mero expediente, sem conteúdo decisório. Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

²⁵⁹ As decisões interlocutórias manejam apenas uma parte dos interesses jurídicos em disputa e em determinado momento processual, podendo inclusive se deter em questões meramente procedimentais ou processuais. De forma diversa, a sentença de mérito analisa a causa em profundidade, proporcionando riqueza de detalhes para a observação.

²⁶⁰ Embora os termos julgamento e sentença sejam tomados como similares, tecnicamente apresentam distinções. O primeiro é o conjunto de atos para se chegar à decisão. O último, é a materialização desta decisão em um documento escrito, contendo uma estrutura definida em lei.

quantitativas e qualitativas dos votos no colegiado, em especial nos casos em que os juízes togados tiverem o seu voto vencido.

Rememore-se que o juiz togado sempre é o redator da sentença, ainda quando tenha sido voto vencido.²⁶¹ Assim, analisar a motivação e os fundamentos da sentença escrita nos casos em que o juiz togado votar vencido viabiliza a análise do raciocínio dos juízes leigos, externados nos seus votos vencedores, desde que coincida com os votos orais proferidos em sessão de julgamento. Essa situação é a mais representativa dos riscos evidenciados nas proposições iniciais que embasaram a pesquisa. No entanto, torna-se necessário confrontar a decisão final com os registros dos votos emitidos *in natura*, para verificar se há correlação ou se houve compensação argumentativa (suplementação) efetivada pelo juiz togado ao redigir a sentença. Trata-se de aspecto essencial da pesquisa, o que motivou o critério de seleção dos casos explorados, segundo esse contexto.

Decisões com estas características permitem identificar até que ponto um voto oral proferido por um juiz leigo, e que venha a se constituir como voto vencedor, estará revestido das condições formais e substanciais para embasar uma decisão final juridicamente controlável.

Do contexto que é construído para o caso irá sobressair o quadro teórico e o estoque de questões que serão consideradas relevantes para circunscrever a análise (MACHADO, 2017, p. 375). Nesse passo, os estudos teóricos sobre o controle das decisões judiciais e sobre os modelos de justificação, em especial a análise da metodologia argumentativa de Toulmin, serviram de esteio à criação de categorias específicas de análises, explicitadas a seguir.

As unidades de análise são os pontos efetivos em que recairão a atenção e o foco da pesquisa. (YIN, 2001, p. 43-44), porque, além de se relacionar com o problema fundamental de se definir o que é um "caso", a definição da unidade de análise está relacionada à maneira como as questões iniciais da pesquisa foram definidas.

Assim, se a proposta do presente trabalho é investigar “como” o escabinado militar constrói a motivação das suas decisões no processo de deliberação e “por que” a deliberação ocorre da forma descrita, é necessário preconizar unidades de análises que atendam ao que se pretender responder.

Desta forma, o âmbito de prospecção metodológica do trabalho estabeleceu 2(duas) unidades de análise: a motivação e a deliberação.

²⁶¹ Consultar o Capítulo 2.

A primeira corresponde à motivação da decisão judicial no sistema escabinado. Sendo a decisão judicial o limite preciso do sistema do “livre convencimento motivado”, a fundamentação decisória dos escabinados é o foco da pesquisa, objetivando compreender se de alguma forma são controláveis ou aceitas intersubjetivamente. A resposta, em um ou em outro sentido, pode apontar para a maior ou menor racionalidade decisória, sinalizar a arbitrariedade dos julgados ou demonstrar um modelo assistemático. Logo, engloba tanto a motivação contida no voto oral individual de cada membro, como o resultado do julgamento, que irá constituir um texto único.

O enfoque não se limita ao dispositivo da decisão judicial, se aprofunda nos fundamentos²⁶², que é a parte do voto ou decisão em que se encontram, ou ao menos deveriam estar, as razões de decidir. As razões, são compreendidas pelas premissas ou suposições fundantes para se chegar a determinadas conclusões. São as razões que embasam os argumentos e que demonstram o raciocínio adotado, desde que adequadamente expostas de forma oral ou escrita. No âmbito do direito, as razões são qualificadas pela estrutura lógica e substantiva dos argumentos, que maneja fatos e normas jurídicas.

A segunda unidade de análise é a prática deliberativa dos Conselhos de Justiça. Como já explicitado na seleção do caso, a deliberação aqui tratada não se confunde com toda a sessão de julgamento, que inclui as sustentações orais, em forma de debates entre as partes. O foco desta análise é a etapa deliberativa que constitui a interação entre os juízes para viabilizar a construção decisória. Logicamente, entram como elementos de sondagem todos os aspectos que influenciam no modo como os juízes efetivamente discutem e formulam seus argumentos nos votos.

Portanto, o estudo de caso foi eleito como método para observar um fenômeno concreto e contemporâneo (julgamentos do escabinado militar), com o objetivo de realizar inferências sobre como as motivações são efetivamente construídas nesse sistema deliberativo, dentro do contexto em que os votos dos juízes togados restarem vencidos, de modo a favorecer a reflexão, com base empírica, sobre a forma com que a dogmática jurídica descreve o modo de deliberar e de motivar as decisões, os quais constituirão, de *per si*, unidades de análise.

²⁶² A sentença é composta por três partes: relatório, fundamentos e dispositivo.

5.5 O caso único: amostra de acontecimento jurídico

Após a seleção do estudo de caso, passou-se à tarefa da seleção da amostragem em que se pode optar por um estudo de caso único ou um estudo de caso múltiplo.

Consultando Yin (2001, p. 60-70), verifica-se que a adoção do caso único admite justificativa pela natureza do próprio caso, de acordo com as seguintes características: crítico, peculiar, comum, revelador ou longitudinal. O caso crítico ocorre quando se pode compará-lo a um “experimento decisivo” baseado em diversas circunstâncias a demonstrar que as proposições da teoria suporte são ou não verdadeiras. O caso peculiar ou extremo difere daquilo que normalmente é visualizado em contexto de pesquisa. Já o caso comum representa a recorrência de situações cotidianas facilmente verificáveis. O caso revelador, por outro lado, traduz-se em uma oportunidade ao pesquisador, em que tem a oportunidade de observar e analisar um fenômeno previamente inacessível à investigação científica. Por fim, o caso longitudinal, é caracterizado pela maior duração, permitindo o estudo em diferentes momentos do tempo.

Em outro ângulo, os casos múltiplos geram maior confiabilidade na pesquisa, considerada a maior facilidade de generalização dos resultados. Apesar disso, o próprio Yin (2001, p. 68) deixa claro que prevalece no estudo de caso múltiplo a lógica da replicação, e não da amostragem quantitativa. Logo, a generalização a ser feita a partir dos casos estudados é analítica, e não estatística (YIN, 2001, p.53 e 54).

O ideal é a realização de pesquisa amparada em estudo de casos múltiplos, de modo a conferir maior consistência às inferências obtidas. Contudo, no campo do direito, o estudo de caso único é bastante factível e também se beneficia da lógica da replicação.

No estudo de caso único, as amostragens são de três tipos, como descreve Machado (2017, p. 377 – 380): amostra de ator, amostra de meio (geográfico ou institucional) e a amostra de acontecimento (ou enredo).

A amostra de ator foca nos personagens do fenômeno estudado (criminosos, pessoas da comunidade, atores processuais *etc*); a amostra de instituição enfatiza a compreensão de organizações, estruturas ou entidades (unidades prisionais, salas de audiências *etc*); e a amostra de acontecimento se detém em fatos institucionais relevantes para a compreensão de um determinado meio social (processos judiciais, políticas públicas, audiências *etc*). Estas são as que mais se replicam nos estudos empíricos em direito e serão o foco da presente pesquisa.

Portanto, a amostra pode ser selecionada por apenas um julgamento em que o juiz togado tenha sido voto vencido. O caso é único, pois trata de apreciar o julgamento pelos Conselhos de Justiça Militar, no contexto em que o voto do juiz togado é vencido, independente se o resultado do julgamento é de condenação ou de absolvição.

Por fim, houve um recorte no tipo de procedimento, adotando-se o rito ordinário, para conferir consistência às observações.

A ação penal militar se divide em dois tipos procedimentos: ordinário e especial, conforme explanado no capítulo 2. A pesquisa se restringiu à coleta dos julgamentos no âmbito dos procedimentos ordinários das ações penais militares, que podem abarcar os crimes militares em geral, em detrimento dos procedimentos especiais, que se limitam aos julgamentos dos crimes de deserção e de insubmissão. Nesta última hipótese, que foi excluída da pesquisa, haveria menor variedade de aspectos a estudar, considerando a limitação dos tipos penais abarcados, além da inexistência de uma fase de alegações escritas que antecede aos julgamentos²⁶³.

5.6 O protocolo, a seleção e a coleta dos casos analisados

Para a obtenção do caso, contendo voto vencido do juiz togado, nas incidências de condenação e de absolvição, foram sopesadas as possibilidades de acesso ao campo e aos elementos de investigação. Neste ponto, duas considerações se fazem necessárias: o viés do pesquisador e os protocolos para obtenção dos dados.

5.6.1 Pesquisador *versus* profissional: a elisão do viés metodológico

Há um ponto aparentemente irrelevante, mas que poderia diminuir a credibilidade do estudo se não devidamente ressaltado: a qualificação profissional do pesquisador e um possível viés no tipo de coleta e nas formulações do resultado.

²⁶³ O rito dos procedimentos especiais não apresenta a fase de alegações escritas, prevista no art. 428 do CPPM. Logo, é possível que as audiências de instrução sejam convertidas automaticamente em audiências de julgamento, acaso não existam diligências a empreender.

O pesquisador, na condição profissional de Juiz Federal da Justiça Militar²⁶⁴, e que atua diretamente sobre o objeto da investigação, poderia direcionar a seleção de determinados casos para que, ao final, obtivesse determinadas conclusões, como forma de comprovar as proposições²⁶⁵ iniciais do estudo? Essa indagação poderia ser posta à crítica e versa sobre um ideal de neutralidade implícito, em especial por considerar que o papel do juiz togado na deliberação é diretamente confrontado na pesquisa.

No entanto, situações impedem esse viés aparente: o pesquisador não teve qualquer relação com os casos ao final selecionados; o procedimento de seleção seguiu conforme abaixo descrito, inclusive com alguns cuidados para evitar o surgimento de viés; o percurso metodológico para se chegar ao contexto do caso já foi supratranscrito; e não existe impedimento objetivo para este tipo de análise.

Ao contrário do que aparenta, é desejável que pesquisas com esse tipo de abordagem sejam realizadas por pesquisadores que detêm um profundo conhecimento prático da questão, de modo a captar detalhes que pessoas menos treinadas nos temas poderiam não perceber.²⁶⁶

Nesse sentido, o profissional de uma área jurídica pode ser enquadrado naquilo que parte da doutrina qualifica como pesquisador militante, quando evidencia questões de estudo ou problemas relevantes a enfrentar e que, não raro, requerem adoção de políticas públicas, modificações legislativas, alterações de procedimentos, dentre outros.

Portanto, alguns cuidados práticos²⁶⁷ podem evitar a diminuição de credibilidade:

- Explicitar esta questão de exercício do papel profissional e de pesquisador simultaneamente, o que já está sendo feito neste tópico;
- Descrever em detalhes o procedimento metodológico adotado, o que também é objeto de todo o capítulo;
- Estabelecer os parâmetros aos quais a pesquisa se filia, ao passo que deve demonstrar abordagens alternativas ou opostas, situação que já foi contemplada na parte

²⁶⁴ O Pesquisador atualmente é Juiz Federal Titular da Auditoria da 12ª Circunscrição Judiciária Militar, com sede em Manaus, e com jurisdição sobre os Estados do Amazonas, Roraima, Rondônia e Acre, estando em pleno exercício das funções judicantes.

²⁶⁵ Ressalte-se que em estudos de caso, notadamente exploratórios, não são formuladas hipóteses. No entanto, conforme esclarece Yin (2001, p. 42), é possível e cabível a formulação de proposições de estudo, até mesmo porque a motivação para a observação não surge do nada, mas de algumas constatações iniciais. As proposições destinam a dar atenção à alguma coisa que deveria ser examinada dentro do escopo do estudo.

²⁶⁶ Remete-se à seção 2.2 e à subseção 2.6.7, todas no segundo capítulo, que tratam das inquietações que fomentaram a pesquisa, em especial ao que denominamos de “justiça intrínseca” das decisões do escabinado.

²⁶⁷ Alguns pressupostos foram obtidos nas formulações de Santos e Cunha (2011, p. 15-56).

teórica. Inclusive, algumas limitações do estudo são claramente colocadas ao final, para que se possa validar as conclusões parciais; e

- Oferecer elementos para compreensão e explicitação das questões levantadas, apresentando contribuições ou proposições.

Este último caráter propositivo, como se verá ao final, embora existente na pesquisa, não foi concluído totalmente, em virtude das limitações temporais para a defesa da dissertação de mestrado. Optou-se em formular uma proposição genérica sobre causa e efeito, com prováveis esquemas de solução em termos mais ou menos precisos²⁶⁸, sem, no entanto, enfrentá-los caso a caso, o que requereria muito mais tempo, recursos e dispêndios de toda ordem acadêmica.²⁶⁹ Com isto, tenciona-se o atingimento da imparcialidade, sem distorção dos resultados.²⁷⁰

Superada a primeira consideração, resta prosseguir na minuciosa descrição dos levantamentos, para demonstrar, de modo substancial, a isenção no estudo de caso.

5.6.2 O protocolo para a seleção e coleta

Considerando, assim, que este pesquisador teria facilidade de acesso a dados e informações acerca do objeto da investigação, pelo exercício de atividade profissional que envolve atividades práticas e diárias na JMU, o trabalho de obtenção do material foi bastante facilitado. Utilizou-se de um protocolo prévio que, por praticidade narrativa, segue descrito concomitantemente aos passos de seleção e coleta.

Para a análise das audiências de julgamento, que seria o *locus* no qual as deliberações e votos ocorrem na prática, optou-se pelo acesso aos registros audiovisuais contidos no sistema eletrônico judicial (e-Proc/JMU). Levou-se em conta a economicidade de tempo e custos. A presença direta em outras audiências também seria inviabilizada pelo

²⁶⁸ Embora o pesquisador já tenha chegado a conclusões precisas e fixado uma linha de proposições para cada ponto analisado, não foi possível o detalhamento de cada conclusão parcial, que demandaria, da mesma forma, a demonstração por meio de aportes teóricos consistentes, em um tempo estimado de execução que superaria o disponível no programa de mestrado acadêmico.

²⁶⁹ Nada obstante, as proposições genéricas poderão ganhar corpo em novas pesquisas, tomando-se como base o quanto coletado e inferido na presente dissertação.

²⁷⁰ “A pesquisa militante possui um caráter propositivo onde o pesquisador não se furta aos imperativos de contribuição social e política e aposta na possibilidade de alternativas capazes de mudar determinada realidade, mesmo quando adota uma postura questionadora. Porém, permanece o desafio de não permitir que isto desloque a análise de seus objetivos e distorça seus resultados.” (SANTOS; CUNHA, 2011, p. 51)

exercício da própria atividade judicante deste pesquisador, nos mesmos horários das audiências em demais localidades, notadamente espalhadas por todo o país. Ademais, a presença deste pesquisador na sala de sessão poderia alterar o comportamento dos julgadores, com a percepção de que estariam sendo avaliados por alguém que exerce atividade profissional idêntica.²⁷¹

O sistema judicial eletrônico teve início simultâneo em toda a Justiça Militar da União em agosto de 2018, data a partir da qual se permitiu buscar as gravações e documentos dos julgamentos ali inseridos, ainda que julgados em data anterior, mas com inserção da mídia no e-Proc após essa data.

A consulta se iniciou em outubro de 2019, para sondagem e testes-piloto, mas foi fixado o dia 15 de novembro de 2019 como data limite de coleta dos julgamentos realizados, de modo a permitir a ocorrência de maior número de julgamentos e tempo suficiente para o tratamento adequado dos dados.

A busca dos dados foi procedida pelo campo “consulta processual”, o que implicava em seleção de opções por filtros para encontrar casos pertinentes à pesquisa.

Em função disso, seria necessário optar inicialmente pela Circunscrição Judiciária Militar (CJM), dentre as 12 (doze) existentes. Neste ponto, deixou-se de pesquisar em 3(três) Circunscrições Judiciárias Militar que este pesquisador exerceu atividades profissionais após a implantação do e-Proc²⁷², para não selecionar algum caso que pudesse ter participado, e com isso evitar algum tipo de viés na pesquisa. Portanto, fez-se busca em todas as outras 15(quinze) Auditorias relativas às diversas Circunscrições Judiciárias Militar do Brasil.

O próximo filtro no campo de consulta foi a classe judicial. Considerando que o objetivo estaria nas sessões dos Conselhos de Justiça nas ações penais militares, com julgamento de mérito, em procedimentos ordinário, foi selecionada o campo com a classe processual: “Ação Penal Militar – Procedimento Ordinário.”

O filtro seguinte foi o campo de situação processual. Foi selecionada a opção “julgado”, de modo que todos os feitos julgados no período poderiam ser consultados para os fins da pesquisa, independentemente de haver trânsito em julgado. Ressalte-se que o objetivo

²⁷¹ Equivaleria ao fenômeno do “viés do gravador”, em que as pessoas mudam seu comportamento quando percebem que estão sendo gravadas e avaliadas.

²⁷² A participação se deu nas seguintes auditorias de Justiça Militar: 2ª Auditoria da 3ª CJM (Bagé-RS), 10ª CJM (Fortaleza – CE) e 12ª CJM (Manaus – AM), que deixaram de ser consultadas para levantamento de dados.

do estudo não é o mérito das questões discutidas e sim a forma deliberativa e a construção da motivação decisória.²⁷³

Registre-se que apesar de a situação “julgado” poder ser temporária, em casos específicos, se houver a mudança de *status* para “remessa ao STM”²⁷⁴ em alguns processos consultados, é possível fazer a replicação da pesquisa por meio de consulta ao histórico de situação, garantindo-se a fidelidade dos passos executados.

Nem todas as Auditorias, ou apenas alguns magistrados nas diversas Auditorias, adotam a prática de inserir as mídias gravadas dos julgamentos nos autos do processo, considerando que o Conselho Nacional de Justiça regulamentou²⁷⁵ apenas as gravações das audiências de instrução. Frise-se que na Justiça Militar as audiências de julgamento no âmbito dos procedimentos ordinários, em regra, são separadas das audiências de instrução.²⁷⁶

Desta forma, foi necessário consultar manualmente cada um dos processos que restaram selecionados pelos filtros, de modo a encontrar os processos em que havia a inserção de mídias gravadas dos julgamentos ou, pelo menos, menção à gravação, com a mídia arquivada fisicamente na auditoria de origem. Para facilitar a consulta, procedeu-se à leitura das atas das sessões, com o intuito de identificar se houve ou não o voto vencido do juiz togado.

Como também não havia possibilidade de busca automática entre processos de competência singular e processos de competência colegiada, relativa a todos os Conselhos de Justiça²⁷⁷, o filtro para buscá-los também foi aplicado de forma manual.

Em todas as 15 (quinze) auditorias consultadas, foram encontrados 51 (cinquenta e um) julgamentos de Conselhos de Justiça com áudio e/ou vídeo, no campo de movimentação “julgado” até a data prevista.

²⁷³ Independentemente de haver ou não o trânsito em julgado, e independente de todos os processos serem públicos, para todos os casos registrados nos autos foram omitidos os nomes das partes e dos atores processuais, como forma de preservar a privacidade. Por mera eventualidade, o caso selecionado transitou em julgado.

²⁷⁴ Significa que houve interposição de recurso ou medida impugnativa autônoma, com remessa dos autos à instância superior.

²⁷⁵ Resolução Nº 105 de 06/04/2010 - Dispõe sobre a documentação dos depoimentos por meio do sistema audiovisual e realização de interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência.

²⁷⁶ Como estudado na seção 2.6.2, no capítulo 2, o rito do procedimento ordinário estabelece uma cisão entre audiência de instrução e audiência de julgamento, interpondo as fases de diligências e de alegações escritas, previstas nos artigos 427 e 428 do CPPM, respectivamente.

²⁷⁷ Embora exista a opção de busca pelo órgão singular separadamente, não há como diferenciar entre a busca pelo órgão singular e um outro filtro diverso para buscar todos os demais Conselhos de Justiça reunidos. Assim, ou se busca o órgão singular isoladamente, ou os Conselhos Permanente de Justiça para cada Força Armada, de *per si* (Exército, Marinha ou Aeronáutica), ou os Conselhos Especiais de Justiça para cada Força Armada, de *per si* (Exército, Marinha ou Aeronáutica). São 7 (sete) campos de buscas autônomos.

O protocolo de coleta incluía o aproveitamento do primeiro processo encontrado em que o juiz togado teria votado vencido, sendo excluídos²⁷⁸ os demais processos. O critério de desempate seria o descarte dos processos mais recentes, e aproveitamento do processo mais antigo.²⁷⁹ Já os processos que possuíam registros de audiovisual com voto vencedor do juiz togado eram automaticamente descartados de análise.

Após busca em todos os processos que faziam menção aos registros audiovisuais, foram encontrados dois processos que atendiam ao critério do voto vencido do togado, mas só dispunham das gravações arquivadas na própria Auditoria, em mídia digital física. Seguindo o protocolo, foi descartado o processo mais recente²⁸⁰, sendo solicitada a mídia do outro caso, que foi devidamente remetida por e-mail.

O caso concreto será descrito na subseção 6.2.2, no capítulo 6, da análise dos dados e da discussão. Desde logo, serão abordados os procedimentos de decomposição e de análise comparativa.

5.7 O procedimento de decomposição dos capítulos de sentença e dos argumentos

Esta Seção irá descrever o procedimento de decomposição da sentença e dos votos orais em capítulos de decisão, com a subsequente extração das proposições de cada argumento.²⁸¹

A decomposição de toda a cadeia de argumentos, contendo a transcrição de trechos da sentença, obedece à seguinte ordem de capítulos de decisão, que se fizeram presentes no caso concreto: materialidade e autoria; tipicidade objetiva; tipicidade subjetiva; ilicitude; culpabilidade; e circunstâncias. Paralelamente, serão decompostos os argumentos dos votos orais, de modo a enquadrá-los em capítulos de decisão, visando ao teste de correlação com a sentença.

²⁷⁸ Obviamente, mantendo-se os registros de coleta.

²⁷⁹ Processo mais antigo é aquele cuja data de recebimento da denúncia seja anterior, configurando a instauração da ação penal.

²⁸⁰ Ação Penal Militar Nr 0000072-52.2016.7.06.0006

²⁸¹ Importante destacar que o termo “proposição” aqui utilizado não pode se confundir com o sentido de “proposição de estudo” informado ao início da pesquisa. Como se trata de pesquisa com forte viés exploratório, não são formuladas hipóteses de estudo. No entanto, Yin (2001, p. 42) esclarece que é cabível a formulação de proposições de estudo, considerando que a motivação para a observação empírica não surge do nada, mas de algumas constatações iniciais. As proposições, portanto, destinam-se a dar atenção à alguma coisa que deveria ser examinada dentro do escopo do estudo. Já a “proposição” na estrutura argumentativa é uma frase ou enunciado que pode ter um sentido de verdadeiro ou falso, e que assumirá a forma de premissa ou de conclusão.

Mesmo sendo possível analisar materialidade e autoria em capítulos distintos, o caso em estudo permite que as análises sejam reunidas em um só tópico. Por outro lado, a tipicidade que é passível de ser analisada em um único capítulo²⁸², será cindida em tipicidade objetiva e subjetiva para melhor efeito didático.

Ressalte-se que nas situações em que existem teses de defesa específicas, tais questões serão apreciadas em relação ao capítulo da decisão a que dizem respeito, porém destacadas em quadros de análise diversos, nas respectivas subseções dos capítulos desta pesquisa. Por outro lado, não foram destacadas as teses da acusação para estudo individualizado, posto que todas elas foram acolhidas nos capítulos da materialidade e autoria, tipicidade objetiva e subjetiva, e culpabilidade, fazendo parte da argumentação da sentença.

Concomitantemente à ordenação dos argumentos da sentença escrita e dos votos orais em capítulos da decisão, será preenchido um quadro de decomposição, dividido em duas linhas: fragmentos do trecho da decisão (sentença ou voto) e proposições.

Os fragmentos das decisões são selecionados tanto para permitir que se faça a conferência do seu conteúdo com o capítulo no qual está inserido, quanto para verificar se as proposições que dele são extraídas refletem verdadeiramente o significado do seu conteúdo original. Isso significa que os argumentos da sentença ou de algum voto destacados no capítulo da materialidade, por exemplo, poderão ser conferidos se estão corretamente selecionados no capítulo adequado e se as proposições que o pesquisador extraiu estão corretas, e assim sucessivamente em relação aos demais capítulos.

Em alguns capítulos da decisão são citados os argumentos relacionados às teses defensivas. Os argumentos são extraídos das alegações escritas e da sustentação oral, por interpretação do pesquisador, sem a necessária reprodução das frases escritas ou trechos das gravações do áudio.²⁸³ Em tais situações, haverá uma linha no quadro de decomposição que representará a tese defensiva, antes do fragmento do trecho da decisão.

Frise-se que os trechos selecionados da sentença e das gravações dos votos para preencher cada capítulo da decisão não ocorrem necessariamente na ordem em que prolatados na estrutura do discurso, mas na ordem que o pesquisador compreendeu que as frases e

²⁸² Tipicidade objetiva e subjetiva em análise conjunta.

²⁸³ Como será destacado na seção 6.2, os seus termos serão interpretados e resumidos pelo próprio pesquisador, com o intuito de verificar se os votos orais ou a sentença os levaram em consideração ao produzir as decisões respectivas, mediante o manejo do princípio do contraditório.

orações correspondiam a determinado capítulo. No caso da sentença o trabalho foi facilitado, vez que houve uma linearidade na apresentação dos argumentos dentro dos capítulos de decisão, em uma ordem preestabelecida.

Contudo, quando a construção das frases ou do conjunto de frases que instrumentalizam os argumentos não corresponder à sua sequência integral, haverá a indicação com parêntesis, seguidos de três pontos, para indicar o trecho que foi suprimido antes ou depois da frase transcrita.

A extração das proposições que representam os argumentos respectivos de cada capítulo da sentença e dos votos (segundo os fragmentos selecionados) se destina à utilização na análise da motivação decisória, mediante reconstrução no Layout Toulmin.

A análise de argumentos melhor se faz quando se padronizam os argumentos, em um formato no qual é possível classificar as proposições de acordo com as suas funções. Ou seja, as proposições serão classificadas como razões ou dados (D), conclusão (C), garantia (W), apoio (B), condições de refutação (R), e qualificadores modais (Q), conforme o caso.

A padronização dos argumentos em forma de proposições também facilitará a comparação entre os capítulos da sentença, com os respectivos capítulos dos votos orais, tendo em conta uma das finalidades descritas na pesquisa que é a de checar essa correlação entre os argumentos do julgamento com a sentença escrita.

Por fim, serão registrados os capítulos de decisão que não foram decompostos em proposições, por não haver produção dos argumentos no voto vencedor e, até mesmo, no voto vencido.²⁸⁴

Não serão decompostas a dosimetria e consectários da pena, considerando que neste ponto a condução dos votos vencedores foi dirigida pela juíza togada, como será descrito no capítulo 6.2, não havendo divergência para registrar e comparar com os votos orais autônomos dos demais integrantes do Conselho de Justiça.

²⁸⁴ Eventualmente, o voto oral vencido pode ter um importante papel na construção da decisão final, quando em alguns capítulos de decisão suas proposições forem coincidentes com as do voto vencedor.

5.8 O procedimento de análise comparativa das motivações na sentença e nos votos orais

A presente seção se destina à descrição do procedimento de análise comparativa dos argumentos da sentença escrita e dos votos orais, após a sua decomposição.

A análise será específica em relação aos capítulos de decisão, componentes da sentença escrita e dos votos orais: materialidade e autoria, tipicidade objetiva, tipicidade subjetiva, culpabilidade, circunstâncias, e teses defensivas, bem como em relação à cadeia de argumentos da sentença.

Não será analisada a dosimetria e consectários da pena, considerando que neste ponto a condução dos votos vencedores foi dirigida pela juíza togada, como já se fez menção acima, não havendo divergência para registrar e comparar com os votos orais autônomos dos demais integrantes do Conselho de Justiça.

A justificação das motivações será analisada a partir das proposições extraídas em cada capítulo da decisão. A padronização dos argumentos no Layout Toulmin permite enquadrar as proposições nos seus diversos elementos constituintes, o que possibilita a avaliação argumentativa, e, com isso, identificar se os argumentos são justificados interna ou externamente. Doravante, essa análise permite identificar se a sentença escrita se correlaciona com os votos orais que lhe deram origem.

Os elementos do Layout Toulmin estudados no capítulo 4 são: dados ou razões “D”, garantia “W”, pretensão ou conclusão “C”, apoio “B”, qualificadores “Q”, e condições de refutação ou refutadores “R”, que comporão uma coluna vertical de um quadro de análise, como referência para preenchimento das proposições nas linhas respectivas, conforme modelo abaixo.

Quadro 3 – Modelo de Quadro para reconstrução de decisão no Layout Toulmin

ELEMENTOS	PROPOSIÇÕES
Dado (D)	
Garantia (W)	
Apoio (B)	
Qualificador (Q)	
Conclusão (C)	
Refutador (R)	

Fonte: O autor (2020)

Quando a reconstrução dos argumentos deixar de evidenciar algum dos elementos do Layout, a linha desse elemento não será referenciada no quadro. Eventualmente, para deixar caracterizada a omissão de algum elemento essencial, poderá constar a expressão (INEXISTENTE) entre parêntesis no campo de preenchimento das proposições. Todavia, quando o elemento apenas for verificado de forma implícita, essa observação poderá ser consignada dentro do campo de proposições, contendo a proposição deduzida pelo pesquisador e a expressão (IMPLÍCITO) entre parêntesis. No caso da garantia (W) poderá ocorrer, ainda, uma situação específica, que é a sua proposição ser deduzida pelo pesquisador contendo a expressão (INVÁLIDA) entre parêntesis, por considerar que o argumento não apresentou uma inferência capaz de justificá-lo.

Por fim, em relação ao elemento “D”, é possível que haja mais de uma razão ou dado a preencher, de modo que ao lado das proposições serão inseridas a letra D, acompanhada de numeração sequencial 1, 2, 3..., conforme a quantidade de dados existentes.

Após o preenchimento das proposições no Layout, serão feitos comentários sobre a correlação entre os elementos argumentativos, de modo a concluir pela justificação interna de cada argumento. Os comentários também mencionarão quando alguma premissa do argumento necessita ser justificada, de modo a configurar a justificação externa.

Concomitantemente a esse processo de verificação de justificação interna e externa dos argumentos da sentença e dos votos orais, serão feitas análises comparativas para verificar se a sentença está efetivamente correlacionada naquele ponto ao argumento do voto vencedor que lhe conferiu embasamento, ou se não existe qualquer correspondência ontológica, configurando uma ação de compensação argumentativa feita pelo magistrado redator da sentença.

Mesmo diante dos capítulos da sentença em que os votos orais forem totalmente omissos, deve-se prosseguir na análise das motivações, como forma de saber os impactos dessas omissões no texto argumentativo da sentença e angariar outras informações possíveis sobre a construção dos argumentos. A ideia é captar alguma forma de influência dos votos orais no conteúdo do argumento da sentença, ou mesmo saber se a ausência dessa influência pode permitir conclusões precisas sobre o *modus operandi* de construção das decisões escabinadas.

À exceção da dosimetria da pena, todos os capítulos da sentença serão reconstruídos no Layout Toulmin, bem como alguns capítulos do voto oral vencedor que tenham apresentado motivação expressa.

Vencida a etapa de explanação e definição dos pressupostos metodológicos, passa-se ao capítulo operacional de análise dos dados e discussão dos resultados.

6 ANÁLISE DOS DADOS E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Este capítulo abordará o procedimento de análise, bem como a apresentação dos dados, resultados e discussão.

O capítulo é dividido em 6(seis) seções: na primeira, 6.1, apresenta-se sinteticamente o procedimento de análise e discussão dos resultados; a seguinte, 6.2, destina-se à descrição e mapeamento do caso, bem como à decomposição dos argumentos; a seção 6.3 objetiva analisar as motivações na sentença e nos votos orais; segue-se com a seção 6.4, apresentando um comparativo geral entre os votos orais e a sentença escrita; a seção 6.5 se destina ao estudo da prática deliberativa; por fim, a seção 6.6 realiza uma interpretação conjugada dos resultados das seções anteriores e apresenta as limitações da pesquisa

6.1 O procedimento de análise e discussão

O método envolve uma análise dos votos orais e do texto da sentença, com posterior comparação entre todos esses formatos de decisões produzidas, que formam o cabedal decisório do escabinado. O procedimento de análise terá um ciclo de cinco fases descritas por Yin (2016, p. 158): compilação, decomposição, recomposição, interpretação e conclusão.

A compilação se dará na Seção 6.2, com a reunião do processo selecionado contendo o julgamento que comporá o estudo de caso. Foram reunidos a denúncia do Ministério Público Militar, as alegações escritas do Ministério Público Militar, as alegações escritas da defesa, a ata da sessão do julgamento, a sentença e voto vencido, e os vídeos da sessão de julgamento, cujos áudios foram gravados.

Na mesma seção será realizada a decomposição dos argumentos da sentença escrita e dos votos orais, todos de *per si*, dando-se destaque à análise comparativa do voto vencido e do voto vencedor que iniciou a divergência, seguidos dos demais votos aderentes, vencidos ou vencedores. Os procedimentos de trabalho já foram descritos nas seções 5.7 e 5.8 do capítulo precedente.

A decomposição tomará como parâmetro o que nesta pesquisa se denominou de modelo legal de justificação, exposto na seção 3.12 no capítulo 3 (Quadro 1)²⁸⁵, o qual estabelece um roteiro de enfrentamento do mérito em matéria penal, dividido em capítulos de decisão. Seguindo a sua estrutura, os argumentos componentes da sentença e dos votos serão encaixados em cada capítulo e extraída a sua proposição básica para análise na seção posterior. Nas seções seguintes haverá o estudo da motivação e da deliberação decisórias, que são as unidades de análise selecionadas no estudo de caso.

A seção 6.3 se destina à análise dos argumentos da sentença escrita e dos votos orais para identificar como as decisões do escabinado são construídas, averiguar o grau de justificativa que apresentam, além de verificar a se há mútua correlação de argumentos entre os formatos escrito e oral.

Para o empreendimento de técnicas de mapeamento das decisões, conjugadas com outras técnicas analíticas citadas por Yin (2001, p. 132 *apud* Miles & Huberman, 1984)²⁸⁶, foram adotados os seguintes procedimentos: a) análise individualizada de cada um dos capítulos da decisão; b) criação de modos de apresentação dos dados por meio do Layout de Toulmin; c) análise da estrutura argumentativa com o apoio do referido layout; e d) criação de um quadro comparativo, conjugando as análise individuais e os diferentes tipos de decisão escrita e oral.

A seção 6.4 tem por finalidade realizar a triangulação dos dados, pela correlação entre os votos orais e a sentença escrita, verificando influências recíprocas. Nela será confeccionado um quadro resumo de todas as inferências obtidas, a partir da triangulação.

Já a seção 6.5 tem por objetivo descrever a prática deliberativa e levantar elementos capazes de impactar no modo como as decisões são construídas, motivadas e redigidas. A técnica utilizada foi meramente descritiva, a partir de observação e interpretação dos dados, na modalidade explanatória.

Ao final, na seção 6.6, proceder-se-á a uma verificação de causa e efeito nas duas unidades de análise, identificando-se o modo de construir e de deliberar nos Conselhos de Justiça, além de estabelecer o porquê de tais práticas.

²⁸⁵ Quadro 1 – Modelo de roteiro de justificação por capítulos de sentença.

²⁸⁶ “Disponer as informações em séries diferentes. Criar uma matriz de categorias e dispor as evidências dentro dessas categorias. Criar modos de apresentação dos dados - fluxogramas e outros métodos - para examinar os dados. Classificar em tabelas a frequência de eventos diferentes. Examinar a complexidade dessas classificações e sua relação calculando números de segunda ordem, como médias e variâncias. Disponer as informações em ordem cronológica ou utilizar alguma outra disposição temporal”

Conforme descrito por Yin (2001, p. 42), a fase final do estudo de caso consiste em estabelecer a lógica que une os dados às proposições e os critérios para se interpretar as descobertas. A técnica dominante da análise das evidências será a de construção da explanação, descrita por Yin (2001, p. 140-143), cujo objetivo é analisar os dados do estudo de caso, ao passo que se constrói a sua explanação, ou, na vertente do estudo exploratório, em que são desenvolvidas ideias para novos estudos. Nesta pesquisa, serão adotadas as duas abordagens.

Em tipos de casos explanatórios como este, a explanação final representa o resultado de uma série de iterações²⁸⁷: a) criação de uma proposição inicial sobre o comportamento político-jurídico; b) comparação das descobertas do caso inicial com a proposição; c) revisão da proposição inicial; d) comparação dos detalhes do caso com a revisão; e) nova revisão da da proposição inicial; f) comparação da revisão com fatos do segundo, terceiro ou dos demais casos futuros que se possa pesquisar; e g) repetição desse processo tantas vezes quantas forem necessárias.

No estudo presente, ressalte-se que somente se alcançará a comparação das descobertas do caso inicial com a proposição, ou, no máximo, a revisão da proposição inicial. As demais possibilidades iterativas podem ser desempenhadas em estudos futuros.

6.2. Descrição, mapeamento do caso e decomposição dos argumentos

Este capítulo irá apresentar o caso em estudo, além de mapeá-lo detalhadamente, seguindo-se com a decomposição dos argumentos que formam a sentença e os votos orais.

Nas Subseções 6.2.1 a 6.2.4 são feitas algumas observações iniciais sobre o caso, seguidas da descrição propriamente dita, da marcação dos trechos do áudio, e, por fim, da degravação do conteúdo do áudio.

Na Subseção 6.2.5, procede-se à decomposição da sentença e dos votos orais, em capítulos de decisão, contendo a respectiva decomposição de seus argumentos no formato de proposições.

²⁸⁷ A natureza iterativa da construção de explicações foi baseada em Yin (2001, p. 141).

6.2.1 Observações iniciais

O caso em análise corresponde a uma ação penal militar, de procedimento ordinário, APM: 0000079-78.2015.7.06.0006, atualmente digitalizada dos autos físicos para autos de processo judicial por meio eletrônico da Justiça Militar da União (e-Proc/JMU), contendo 6 (seis) eventos²⁸⁸. Os autos físicos contam com 2(dois) volumes em 317 (trezentos e dezessete) folhas e 1(um) apenso com 211 (duzentas e onze) folhas.

O julgamento ocorreu no dia 05 de setembro de 2017, estando o Conselho de Justiça e o Ministério Público Militar na sede da Auditoria, e o advogado e a acusada por videoconferência.

As peças e dados consultados foram as seguintes: Julgamento: dia 05 de setembro de 2017 (fl. 251, Doc 14, evento 1 – e-Proc STM); denúncia (fl. 2-3, Doc 2, evento 1 – e-Proc STM); ata do julgamento (fl. 252 – 253, Doc 14 - evento 1 – e-Proc STM); sentença e voto vencido (evento 15 – e-Proc STM); alegações escritas do Ministério Público Militar (Doc 12, evento 1 – e-Proc STM); alegações escritas da defesa (Doc 13, evento 1 – e-Proc STM); e vídeo do julgamento (fl. 252 – 253, Doc 14 - evento 1 – e-Proc STM- obtenção direta por e-mail).

A denúncia e a ata do julgamento, embora consultadas, não foram reproduzidas nesta pesquisa, dada a possibilidade de narração diretamente pelo pesquisador. As manifestações das partes, que incluem as alegações escritas e os debates orais, foram consultadas sem a respectiva transcrição ou degravação. Os seus termos foram interpretados e resumidos pelo próprio pesquisador, com o intuito de verificar se os votos orais ou a sentença os levaram em consideração ao produzir as decisões respectivas, mediante o manejo do princípio do contraditório. O vídeo teve seu áudio degravado no trecho correspondente à deliberação do Conselho de Justiça.

Para resguardar o direito à intimidade de todos que de qualquer modo participaram no processo, seus nomes serão mantidos em sigilo. A identificação de cada uma dessas pessoas corresponderá à forma com que figuraram no feito (Promotor de Justiça Militar, Advogado, Juíza Federal, Juízas Militares (1ª, 2ª, 3ª, e 4ª), sendo os envolvidos e testemunhas seguidas das iniciais.

²⁸⁸ Eventos são sequências de um processo eletrônico que representam uma movimentação processual ou anexação de um ou mais documentos, produzidos diretamente no meio eletrônico ou digitalizados. Os eventos recebem um número atribuído ao movimento processual que representa.

Ressalte-se que a composição do Conselho de Justiça totalmente por mulheres²⁸⁹, incluindo a juíza togada, é uma situação que inclusive foi referenciada pelo Membro do Ministério Público Militar como um aspecto inusitado. A observação é importante para esclarecer que não houve seleção específica do órgão julgador, em função da acusada do sexo feminino. O fato de haver notoriamente mais homens nas Forças Armadas não impede a aleatoriedade nos sorteios.²⁹⁰

6.2.2 Descrição do caso

O Ministério Público denunciou a acusada, que era Sargento da Aeronáutica, pelo crime de abandono de posto.²⁹¹

De acordo com a denúncia, na passagem do dia 05/4 para o dia 06/4/2015, a acusada SQA estava escalada para a função de Controladora de Tráfego Aéreo no Controle de aproximação de Porto Seguro - BA. Ausentou-se do seu setor, sem autorização, e dirigiu-se ao saguão do aeroporto, distante 150 metros do local, para receber sua mãe que chegara de viagem, tendo praticado o crime previsto no Art.195 do CPM, que assim diz: “Abandonar, sem ordem superior, o posto ou lugar de serviço que lhe tenha sido designado, ou o serviço que lhe cumpria, antes de terminá-lo: Pena - detenção, de três meses a um ano.”

Na ocasião, o Sargento HAG, seu colega de trabalho no referido turno, teria permanecido sozinho, executando a função de controlador de voo. A denúncia narrou, ainda, um segundo momento em que a acusada, já no saguão, encontrou um Suboficial JFM (superior hierárquico) e explicou que sua mãe estava acometida de hemorragia e cólicas, obtendo a autorização para ir até a sua residência.

Após decisão judicial, iniciou-se o processo, com as oitivas de 4(quatro) testemunhas de acusação (Capitão LMN, Sargento HAG, Sargento JRLP, e o Suboficial JFM) e 1(uma) testemunha de defesa (a declarante MICQS, mãe da acusada), além da qualificação e interrogatório da acusada.

²⁸⁹ Registre-se que uma das juízas militares foi sorteada em substituição a um outro juiz militar, que anteriormente foi declarado suspeito nos autos.

²⁹⁰ As regras para sorteio dos Conselhos de Justiça já foram explanadas no capítulo 2.

²⁹¹ A referida peça processual consta às fls. 2-3, Doc 2, evento 1 – e-Proc STM, sendo consultada sem reprodução nesta pesquisa.

Igualmente, constam dos autos dos documentos e diligências complementares produzidas na fase processual.²⁹²

O Ministério Público Militar apresentou alegações escritas²⁹³, em que opinou pela absolvição da acusada, sob alegação de que o acervo probatório carreado aos autos não demonstrava cabalmente o dolo, ou seja, não teria provas de que a acusada agiu com vontade livre e consciente de cometer o tipo penal descrito no Art. 195 do CPM.

A Defesa, por sua vez, apresentou suas alegações escritas²⁹⁴, requerendo a absolvição da acusada, nos termos do art. 439, "b" do CPPM²⁹⁵, ante a ausência de tipicidade da conduta. Subsidiariamente, pugnou pela absolvição por ausência de provas acerca da autoria. Pediu, ainda, que fosse considerada a excludente de culpabilidade do estado de necessidade, por ter a acusada socorrido a sua genitora no dia dos fatos, e que também fosse considerando o princípio "*in dubio pro reo*". Em caso de condenação, pugnou que fosse considerada a primariedade e bons antecedentes da acusada nas circunstâncias judiciais na dosimetria da pena e que eventual pena privativa de liberdade imposta no mínimo fosse convertida em pena restritiva de direito, com fulcro no direito subjetivo do réu, estabelecido na alínea "a" do inciso XLVI do artigo 5º da CF/88 e regulado pelo artigo 44 do CP.

Na sessão de julgamento, em sustentação oral²⁹⁶, outro Membro do Ministério Público Militar divergiu das alegações escritas e ratificou os termos da denúncia, asseverou que a acusada abandonou o posto de serviço antes da autorização verbal advinda do Suboficial (SO) JFM, no saguão do aeroporto; que a acusada não estava autorizada a sair das imediações do quartel, cuja limitação era até o portão de acesso à torre de comando; que por se tratar de controle de tráfego aéreo a conduta da acusada representou sério risco, haja vista que a atividade envolve a responsabilidade de salvaguardar a vida de centena de pessoas a

²⁹² Os referidos documentos foram consultados, mas não serão explorados nesta pesquisa, que se aterá à análise da argumentação e não especificamente ao mérito das questões discutidas nos autos.

²⁹³ A referida peça processual consta no Doc 12, evento 1 – e-Proc STM, que foi consultada durante a pesquisa, sem reprodução no texto. Os seus termos foram resumidos pelo próprio pesquisador e se destinam a verificar se os votos orais ou a sentença os levaram em consideração ao produzir as decisões respectivas, mediante o manejo do princípio do contraditório.

²⁹⁴ A referida peça processual consta no Doc 13, evento 1 – e-Proc STM, que foi consultada durante a pesquisa, sem reprodução no texto. Os seus termos foram resumidos pelo próprio pesquisador e se destinam a verificar se os votos orais ou a sentença os levaram em consideração ao produzir as decisões respectivas, mediante o manejo do princípio do contraditório.

²⁹⁵ Por não constituir o fato infração penal.

²⁹⁶ As sustentações orais do Ministério Público Militar foram consultadas diretamente do vídeo da sessão de julgamento (fl. 252 – 253, Doc 14 - evento 1 – e-Proc STM), no trecho de 00:20:25 h a 00:48:45 h, sem a realização de gravação do áudio. Os seus termos foram interpretados e resumidos pelo próprio pesquisador, com o intuito de verificar se os votos orais ou a sentença os levaram em consideração ao produzir as decisões respectivas, mediante o manejo do princípio do contraditório.

bordo; que o delito é de mera conduta, independentemente de ter como resultado um prejuízo; que sendo o crime de perigo abstrato, foi consumado no momento em que a acusada se ausentou do seu posto de serviço, sem prévia autorização de superior hierárquico; que sua responsabilidade ainda foi maior por ser a graduada mais antiga do plantão, não devendo ter deixado o seu inferior operar sozinho no dia dos fatos; que não houve provas contundentes que atestassem que a sua mãe necessitava ser socorrida imediatamente naquele horário e dia; que não houve justificativas para abandonar seu posto e ir ao encontro da sua genitora no horário de serviço; reforçou que não há qualquer norma autorizadora que permita a saída do militar das imediações da Organização Militar (OM) durante o turno do seu serviço, tampouco o seu acesso ao saguão do aeroporto. Pediu, portanto, a condenação da acusada às penas do Art.195 do CPM.

A Defesa constituída, na sua sustentação oral²⁹⁷, arguiu que a acusada não abandonou o posto de serviço; que na época dos fatos a acusada tinha permissão para circular pelas dependências da Aérea Operacional e o Sítio Operacional, porquanto possuía um cartão a autorizar a transitar pelo Aeroporto, e que o Comandante do DTCEA, o capitão LMN, testemunhou nos autos, em mídia gravada, dizendo que mandou limitar essa autorização somente depois do problema que gerou o processo penal; que a acusada recebeu autorização expressa de superior (o Suboficial JFM) no saguão do aeroporto; que o referido militar confessou que autorizou a saída da acusada sem que ela tivesse pedido; que somente após a sua autorização, a acusada voltou ao seu posto para preencher a ficha de ocorrência e avisou ao seu colega de plantão que iria embora porque o Suboficial JFM havia lhe autorizado; que esse citado superior mencionou que iria entrar em contato com o Comandante e com o Subcomandante para avisar o que havia acontecido, inclusive sobre a sua autorização dada à acusada; que a genitora da acusada estava passando mal, tanto que por conta disso o Suboficial JFM se sensibilizou e autorizou a liberação da acusada; que as provas dos autos demonstram isso, tanto que a genitora se submeteu a procedimento cirúrgico logo após o ocorrido; que a acusada já foi severamente penalizada administrativamente com a sua exclusão da Força Aérea Brasileira, a bem da disciplina; que o direito penal, no presente caso, não teria mais utilidade haja vista a sanção já aplicada em face da acusada. Pediu, portanto, a absolvição da acusada pelo fato não ter constituído crime, além do reconhecimento do estado

²⁹⁷ As sustentações orais da defesa foram consultadas diretamente do vídeo da sessão de julgamento (fl. 252 – 253, Doc 14 - evento 1 – e-Proc STM), no trecho de 00:48:46 h a 01:13:13h, sem a realização de degravação do áudio. Os seus termos foram interpretados e resumidos pelo próprio pesquisador, com o intuito de verificar se os votos orais ou a sentença os levaram em consideração ao produzir as decisões respectivas, mediante o manejo do princípio do contraditório.

de necessidade exculpante, como excludente de culpabilidade, e subsidiariamente, a aplicação da Lei n 9.099/1995, pela sua condição atual de civil, e em caso de condenação, a aplicação da pena mínima e do sursis.

O Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica resolveu, por maioria de votos (3x2), julgar procedente a denúncia e condenar a acusada como incurso no artigo 195, do Código Penal Militar.

Votaram vencidas a juíza togada e a primeira juíza militar votante, que absolviam a acusada, pela ausência de dolo, com fulcro no art. 439, “b”, do CPPM.

Os trechos de marcação do áudio da sessão de julgamento seguem definidos no quadro abaixo.

6.2.3 Marcação do áudio com divisão de tempo²⁹⁸

Quadro 4: Marcação dos trechos do áudio com divisão de tempo

Tempo (00:00:00 h)	Descrição
00:00:00 - 00:19:55	Início – leitura das peças.
00:20:25 – 00:48:45	Sustentação oral do MPM
00:48:46 - 01:13:13	Sustentação oral defensiva
01:13:15 - 01:13:17	Consulta e dispensa da réplica
01:13:18 - 01:13:55	Orientações da Juíza Federal antes da discussão e votação
01:13:55 – 01:18:15	Manifestação e voto – Juíza Federal (JF)
01:18:15 – 01:20:27	Manifestação e voto – 1ª Juíza Militar (JM1)
01:20:27 – 01:22:03	Manifestação e voto – 2ª Juíza Militar (JM2)
01:22:04 - 01:22:44	Manifestação e voto – 3ª Juíza Militar (JM3)
01:22:45 – 01:24:00	Manifestação e voto – 4ª Juíza Militar (JM4)
01:24:01 – 1:24:45	Orientações da Juíza Federal e coleta dos votos sobre aplicação da pena
01:24:46 – 1:26:21	Proclamação do resultado do julgamento

Fonte: O autor (2019)

²⁹⁸ As marcações dos trechos do áudio foram estabelecidas de acordo com as previsões legais que tratam das fases do julgamento, estudadas no Capítulo 2.

6.2.4 Degravação do conteúdo do áudio: sessão de julgamento

A degravação foi feita manualmente, utilizando-se de fone de ouvido. A qualidade do áudio estava boa no geral, porém alguns poucos trechos apresentavam alguma dificuldade de compreensão. Seguem os trechos degravados.

Orientações antes da discussão e votação – Juíza Federal (JF):

Juíza Federal: O conselho tem alguma dúvida?

Juíza Federal: Eu vou começar o meu voto, como sempre, dizendo às senhoras que não são obrigadas a concordar comigo.

Tem que fazer o voto dos senhores de acordo com o que entender que é justo, de acordo com o entendimento de vocês.

Manifestação e voto – Juíza Federal (JF):

Eu tava olhando a argumentação tanto do Ministério Público, quanto da defesa, e o que a gente percebe é que existem dois momentos nesse processo, na verdade: um primeiro momento quando ela sai da torre a vai ao aeroporto; e um segundo momento quando ela já está dentro do saguão e vai à residência levar a mãe.

Eu acho que em relação a este fato da residência, para mim não há mais nenhuma dúvida de que não houve crime, uma vez que tem a autorização, que embora não seja o chefe dela direto, mas uma autoridade superior, que inclusive induziu que ela fosse, ao dizer: “pode levar sua mãe, não tem problema!” Verificou toda a situação e foi embora...

Eu acho que para mim, do meu ponto de vista, resta analisar a primeira conduta dela e de onde ela sai do Controle e vai até o saguão receber a mãe.

Eu não entendo que tenha havido nesse momento a premeditação de ela abandonar o posto.

Ela realmente sabia que a mãe iria chegar no horário, acho que de 5 horas da manhã. Ela só não sabia que a mãe iria chegar doente, passando mal. Isso aí ninguém tem bola de cristal. Mas parece que até a mãe avisou antes de embarcar que não estava bem, que iria chegar.

Ela entrou no serviço se não me engano às 19 horas, não é isso? E se ausentou às 5 horas. Então, entendo que não houve essa coisa de sobrecarregar o colega de ficar sozinho trabalhando, porque ela ficou das 19 até às 5 da manhã, dez para as cinco, no posto.

Eu comungo com as alegações escritas do Ministério Público, da doutora, no sentido de que não houve dolo nenhum de abandono de posto. Ela antes de sair verificou, deixou o colega na torre. Saiu, a intenção era pegar, receber a mãe e voltar.

Então não houve dolo, a intenção de abandonar o posto. Quem quer abandonar o posto vai embora. Se manda! Quer nem saber como é vai estar a situação do posto depois. Ela teve o cuidado de retornar ao aeroporto, e lá fazer o livro, fazer o correto.

Então, há um parágrafo único. Tem um artigo 33, parágrafo único que é a excepcionalidade do crime culposo, que diz: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.”

O que é “salvo nos casos expressos em lei”, é quando há uma previsão do delito praticado a título de culpa. Nesse caso, o abandono de posto só pode ser praticado se, realmente com a intenção, com a vontade de exercer e de praticar aquela conduta típica.

Então o meu voto é, acolhendo a manifestação do ministério público anterior, é absolver a acusada com base no artigo 439, letra b, no caso é: “não possuir o fato infração penal”, uma vez que não há previsão legal do crime culposo. Então não houve crime.

Às senhoras: fiquem à vontade para proferir o voto das senhoras.

Manifestação e voto – 1ª Juíza Militar (JM1):

JM1: A liberação foi do superior, essa liberação quando ela voltou do saguão para a residência?

Promotor de Justiça Militar: Não pode perguntar mais a partir desse momento sobre fatos...

Juíza Federal: ok!

JM1: Nesse caso ela teve uma liberação, mas não era urgência. Eu concordo que seria assim: abandonar o colega na situação que depende dela ali; se o outro colega passasse mal, né?! Quer dizer, é um queijo suíço, uma hora vai dar errado. Ela foi liberada, mas ela deixou o colega, né! Então, é uma situação difícil!

Juíza Federal: A senhora vota pela condenação ou absolvição? Tem que condenar ou absolver! (sorrisos audíveis)

(silêncio de 19:17 – 19:37)

Juíza Federal: A senhora acompanha o Ministério Público ou a defesa?

(silêncio de 19:39 – 19:49)

É difícil, mas tem que decidir.

(silêncio de 19:49 – 20:04) (som de respiração!)

JM1: Ela teve a liberação superior, vou absolver...

Juíza Federal: A senhora acompanha o meu voto, então?

JM1: Sim.

Manifestação e voto – 2ª Juíza Militar (JM2): (abriu divergência)

Por todo o exposto hoje e do que consta dos autos, eu entendo sim que ela saiu do local de trabalho sem ter uma ordem superior, e que independente de haver ou não um alto fluxo do tráfego na época e tal, ela colocou uma situação em risco, que se precisasse de alguma coisa ela não estava em um local acionável. Nos autos tem uma parte que diz que existe inclusive um portão, uma guarita, que tem um soldado que

fica ali de serviço, fazendo no caso essa liberação do acesso ao saguão do aeroporto. Então, o fato de ela estar no saguão do aeroporto, ela não está numa posição acionável para uma possível emergência. E que ainda foi agravado, no meu entendimento, pelo fato de que esse segundo militar que estava de serviço com ela, o sargento HAG, ele permaneceu no console principal por doze horas seguidas, pelo fato de ela ter passado mal já no início do serviço dela. Então, assim, existe o fator cansaço humano, por mais que não tenha fluxo, ele tem que ficar olhando para o console diretamente por todo esse tempo. Então entendo sim que houve um risco, houve um prejuízo ao serviço, e voto pela condenação dela.

Manifestação e voto – 3ª Juíza Militar (JM3):

Eu voto pela condenação. Faço minhas as palavras da colega. Também concordo que ela assumiu o risco. Ela abandonou o posto. Ela deixou um colega que estava há bastante tempo na zona de trabalho. Em nenhum momento essa militar se prestou à função que naquele dia ela estava determinada a fazer. E aqui, quando ela sai da torre, ao meu ver, ela está cometendo crime de abandono de posto.

Manifestação e voto – 4ª Juíza Militar (JM4):

Eu voto pela condenação, porque realmente ela saiu do local de serviço. O local é bem delimitado. Não há dúvidas. E realmente na nossa instituição militar no serviço, senhor imagina se a gente fosse escrever todo o local que ela pudesse ir. Ah, pode ir no Mcdonalds; pode ir não sei aonde; pode não sei o quê!. A regra é clara. Não pode sair da unidade militar. A gente não pode pontuar todas as exceções existentes no mundo. Outra coisa, se esse crime tivesse agravante, seria pior ainda por ela ser a mais antiga, e ter só comunicado ao colega mais moderno que iria se ausentar. Então eu voto pela condenação e digo mais: não serve para ser militar! Militar tem preceitos de hierarquia, disciplina que não foram observados.

Orientação da Juíza Federal para a aplicação da pena:

Juíza Federal: Os que votaram pela condenação, pena mínima, né? Uma vez que ela preenche os requisitos...

Juíza(s) Militar(es) (não foi possível distinguir): sim, pena mínima.

Juíza Federal: Direito de apelar em liberdade?

Juíza(s) Militar(es) (não foi possível distinguir): sim

Juíza Federal: Com sursis por dois anos?

Juíza Militar (não foi possível distinguir): sim

JM4: Ela fica se apresentando...?

Juíza Federal: O sursis é..., a suspensão, ao invés de ela ser presa, condenada, ela fica por dois anos, prestando algumas condições e se apresentando trimestralmente no juízo da execução assinando uma fichinha.

Juíza Federal: Concede Sursis?

Juíza(s) Militar(es) (não foi possível distinguir): sim

Proclamação do resultado do julgamento:

Juíza Federal: O Conselho Permanente de Justiça para a Aeronáutica, por maioria de votos, resolveu condenar a acusada, como incurso nas penas do artigo 195 do código penal militar, fixando como pena 3 meses de detenção, pena essa que se torna definitiva por ausência de agravante e atenuante, bem como causa especial de aumento ou diminuição de pena.

Decide, ainda, conceder à acusada suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos, mediante o cumprimento das condições previstas no art. 626 do Código de Processo Penal Militar, exceto a letra “a”, acrescida da obrigatoriedade de comparecimento trimestral ao juízo da execução.

Decidiu finalmente o Conselho conceder à acusada o direito de apelar em liberdade.

6.2.5 Decomposição dos capítulos de sentença e dos argumentos

Esta subseção irá decompor a sentença e os votos orais em capítulos de decisão. Na sequência, extrairá as proposições de cada argumento, conforme o procedimento detalhado na subseção 5.7, do capítulo 5.

6.2.5.1 Decomposição da sentença

Quadro 5 – Decomposição da sentença no capítulo da materialidade e autoria

FRAGMENTO DO TEXTO DA SENTENÇA
No presente caso, o conjunto probatório converge no sentido de que a acusada assumiu o posto de serviço, no dia 05/4/2015 , às 19h, e ausentou-se do seu posto por volta das 05h do dia 06/4/2015 , (...)
No seu interrogatório (fl.137/139), a acusada confessou que deixou o seu posto de serviço para ir buscar sua mãe no saguão de desembarque do aeroporto de Porto Seguro, tendo comunicado a sua saída ao 3S HAG (seu colega de turno, militar mais moderno), e que foi autorizada, posteriormente, pelo SO JFM para ir embora para sua residência junto com sua mãe.
Vide depoimento das testemunhas do MPM e da informante da defesa, conforme mídia gravada à fl.193:
Sargento HAG (fl.193): “ <i>transcrição de trechos do depoimento</i> ”
Sargento JRLP: “ <i>transcrição de trechos do depoimento</i> ”
Suboficial JFM: “ <i>transcrição de trechos do depoimento</i> ”

Testemunha informante de defesa, MICQS (mãe da acusada): “*transcrição de trechos do depoimento*”

As provas demonstram que a acusada retirou-se do local de serviço, ultrapassando os limites da área do prédio operacional do DTCEA-PS, sem autorização do seu superior, o Chefe da Seção de Operações Destacamento de Controle Aéreo, função essa exercida cumulativamente pelo Comandante do DTCEA-PS, conforme ofício de fl.181.

(...)

(...) área limítrofe do quartel, que seria, no caso, o portão de acesso à torre de comando de tráfego aéreo.

PROPOSIÇÕES REPRESENTATIVAS

A acusada se ausentou do seu local de serviço (prédio operacional do DTCEA-PS), para ir até o saguão do aeroporto e, na sequência, até a sua residência.

A confissão da acusada comprava a sua saída até o saguão do aeroporto e posteriormente até a sua residência.

Os trechos de depoimentos das testemunhas, o Sargento HAG, o Sargento JRLP, o Suboficial JFM e a informante MICQS, demonstram que a acusada ultrapassou os limites do local de serviço (da área do prédio operacional do DTCEA-PS).

O ofício de fls 181 demonstra que os limites da área do prédio operacional do DTCEA-PS seria o local de serviço.

Fonte: O autor (2020)

Quadro 6 – Decomposição da sentença no capítulo da tipicidade objetiva: análise da adequação típica

FRAGMENTO DO TEXTO DA SENTENÇA

(...)

O fato imputado à acusada ocorreu na passagem do dia 05/4 para o dia 06/4/2015, quando a ré, escalada para função de Controladora de Tráfego Aéreo no APP de Porto Seguro, ausentou-se do seu setor sem autorização, e dirigiu-se ao saguão do aeroporto, distante 150 metros do local, para receber sua mãe que chegara de viagem, tendo, portando, praticando o suposto delito previsto no art.195 do CPM.

O delito imputado à acusada encontra-se tipificado no caput do artigo 195 do Código Penal Militar, inserido no Título III, Dos Crimes contra o Serviço Militar e o Dever Militar, que incrimina o militar que "Abandonar, sem ordem superior, o posto ou lugar de serviço que lhe tenha sido designado, ou o serviço que lhe cumpria, antes de terminá-lo: Pena - detenção, de três meses a um ano"

(...)

No presente caso, o conjunto probatório converge no sentido de que a acusada assumiu o posto de serviço, no dia **05/4/2015**, às 19h, e ausentou-se do seu posto por volta das 05h do dia **06/4/2015**, sem autorização do superior hierárquico.

(...)

As provas demonstram que a acusada retirou-se do local de serviço, ultrapassando os limites da área do prédio operacional do DTCEA-PS, sem autorização do seu superior, o Chefe da Seção de Operações Destacamento de Controle Aéreo, função essa exercida cumulativamente pelo Comandante do DTCEA-PS, conforme ofício de fl.181.

(...)

As Forças Armadas têm na disciplina e hierarquia os pilares que constituem toda a razão de ser da instituição e devem ser preservados. (...)

A vida militar e o vínculo do respectivo juramento criam relações, exigências e deveres particulares, coordenados todos a ordem e à disciplina e a violação destes constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamentação específicas.

PROPOSIÇÕES REPRESENTATIVAS

A acusada se ausentou do seu local de serviço (prédio operacional do DTCEA-PS) e seguiu até o saguão do aeroporto.

O Superior hierárquico competente para a autorização era o Comandante do Destacamento de Controle Aéreo (DTCEA).

A acusada não tinha autorização do superior hierárquico competente para se ausentar do seu local de serviço e seguir até o saguão do aeroporto.

O delito imputado à acusada tem sua descrição no caput do artigo 195 do Código Penal Militar.

A conduta da acusada de se ausentar do seu local de serviço (prédio operacional do DTCEA-PS), sem autorização do superior hierárquico competente, configura o delito de abandono de posto.

A conduta da acusada violou a disciplina militar.

A violação da disciplina militar configura uma violação da norma penal.

O ofício de fls 181 demonstra que não havia autorização do Comandante do DTCEA-PS, que era o superior competente para autorizar essa saída.

Fonte: O autor (2020)

Quadro 7 – Decomposição da sentença no capítulo da tipicidade objetiva: análise da tese defensiva de excludente de tipicidade em relação ao primeiro fato.

TESE DEFENSIVA Nr 1 – EXCLUDENTE DE TIPICIDADE – EXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DE SAÍDA (1º FATO)

A defesa alegou que havia autorização para a acusada e demais controladores circularem no aeroporto quando de serviço à época do fato, os quais possuíam, inclusive, cartões de acesso. A limitação do acesso só ocorreu após o problema em questão no processo. O Capitão LMN, Comandante do DTCEA, testemunhou confirmando a existência de autorização para circulação no aeroporto e que a autorização foi suspensa somente após o problema em questão.

Em consequência das autorizações de saída, concluiu que o fato narrado na denúncia é atípico.

FRAGMENTO DO TEXTO DA SENTENÇA

A alegação da acusada de que tinha autorização para adentrar na área do aeroporto durante o período de sua "folga", ficou à margem de provas nos autos. Não há qualquer regulamento da Aeronáutica que disponha sobre essa autorização de saída temporária, durante o turno de serviço, tampouco sobre suposta permissão ao militar

em serviço para sair da área limítrofe do quartel, que seria, no caso, o portão de acesso à torre de comando de tráfego aéreo.

PROPOSIÇÕES REPRESENTATIVAS

A acusada alega que tinha autorização para ir do Controle até o saguão do aeroporto.

Não há provas sobre a alegação de que a acusada tinha autorização para ir do Controle (prédio do DTCEA) até o saguão do aeroporto.

Não há qualquer norma regulamentar da Aeronáutica que disponha sobre esse tipo de autorização de saída temporária da área limítrofe durante o turno de serviço.

Fonte: O autor (2020)

Quadro 8 – Decomposição da sentença no capítulo da tipicidade objetiva: análise da tese defensiva de excludente de tipicidade em relação ao segundo fato.

TESE DEFENSIVA Nr 2 – EXCLUDENTE DE TIPICIDADE – EXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DE SAÍDA (2º FATO)

A defesa alegou que houve autorização específica para a acusada levar a sua mãe adoentada até a sua residência. O Suboficial JFM testemunhou confirmando que autorizou a saída da acusada quando a encontrou no saguão do aeroporto.

Em consequência das autorizações de saída, concluiu que o fato narrado na denúncia é atípico.

FRAGMENTO DO TEXTO DA SENTENÇA

A acusada, mesmo tendo recebido posterior autorização do Suboficial para ir embora para sua casa, anteriormente a isso, já havia praticado o delito de abandono de posto ao ter saído do seu posto e ir encontrar-se com sua mãe na área de desembarque do aeroporto.

O crime de abandono de posto é de delito de mera conduta e instantâneo, se consuma no momento em que o militar se afasta das funções para o qual foi escalado, cite-se a contribuição doutrinária do Dr. Célio Lobão, Juiz-Corregedor aposentado da JMU, in verbis:

"Ocorre abandono de posto ou de lugar de serviço, quando o militar, sem ordem superior, afasta-se do local onde deveria ficar no exercício de função específica" (Direito Penal Militar, pág. 155/156, Brasília 1975).

PROPOSIÇÕES REPRESENTATIVAS

A acusada recebeu autorização do Suboficial para ir até a sua casa quando já estava no saguão aeroporto.

A autorização recebida do Suboficial JFM não desconfigura o delito praticado pela acusada.

A consumação do crime ocorreu com o simples afastamento do local de serviço (prédio do DTCEA).

A doutrina de Célio Lobão comprova essa afirmação sobre a consumação.

Fonte: O autor (2020)

Quadro 9 – Decomposição da sentença no capítulo da tipicidade objetiva: análise da tese defensiva em relação à ausência de prejuízo.

TESE DEFENSIVA Nr 3 – EXCLUDENTE DE TIPICIDADE – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO
<p>Alegou a defesa que não houve prejuízo para a Organização Militar e nem maiores repercussões no âmbito administrativo, vez que o serviço de controle efetivo do tráfego aéreo ficou garantido com o seu colega de turno, o Sargento HAG, o serviço não ficou descoberto, e o aeroporto, além de fazer parte de sua OM, é consideravelmente perto do posto de serviço.</p> <p>Em consequência, concluiu o fato narrado na denúncia é atípico.</p>
FRAGMENTO DO TEXTO DA SENTENÇA
<p>O delito em baila é crime de perigo abstrato, se consuma independentemente da ocorrência do dano ou prejuízo, e a punibilidade se impõe diante da mera presunção de que poderia ocorrer algum dano, como se vislumbra do caso em tela, em que a torre de controle ficou apenas com um controlador, de grau inferior.</p>
PROPOSIÇÕES REPRESENTATIVAS
<p>O delito de abandono de posto se consumou independentemente da ocorrência de dano ou prejuízo.</p> <p>A punibilidade se impõe diante da mera presunção de que poderia ocorrer algum dano.</p> <p>No caso em tela, a torre de controle ficou apenas com um controlador, de grau inferior.</p> <p>Deixar o serviço com apenas um controlador, quando deveria haver dois, implica em presunção de prejuízo.</p>

Fonte: O autor (2020)

Quadro 10 – Decomposição da sentença no capítulo da tipicidade subjetiva

FRAGMENTO DO TEXTO DA SENTENÇA
<p>(...)Todo indivíduo, após ingressar em uma das Forças mediante incorporação, matrícula ou nomeação, presta o compromisso de honra, no qual afirma a sua aceitação consciente das obrigações e dos deveres militares, manifestando a firme disposição de bem cumpri-los e a acusada tinha plena ciência de todos eles.</p> <p>(...)</p> <p>A acusada por livre vontade, ausentou-se do seu posto para qual assumiu, sem autorização, consciente de que não podia fazê-lo ante as regras militares, de prévio conhecimento, estando caracterizado o elemento subjetivo do tipo (dolo).</p>
PROPOSIÇÕES REPRESENTATIVAS
<p>Está caracterizado o elemento subjetivo do tipo: dolo.</p>

A acusada teve consciência e vontade de se ausentar do seu posto, sem autorização.
A consciência prévia da proibição adveio do compromisso de honra ao serviço militar.

Fonte: O autor (2020)

Quadro 11 – Decomposição da sentença no capítulo da culpabilidade: análise da tese defensiva de excludente de culpabilidade pelo estado de necessidade exculpante

TESE DEFENSIVA – EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE – ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE
<p>A saída da acusada do local de serviço até o aeroporto teria a finalidade de auxílio à sua mãe que estaria doente, o que caracterizaria o estado de necessidade como excludente de culpabilidade. As provas dos autos demonstram a necessidade, tanto que a genitora se submeteu a procedimento cirúrgico logo após o ocorrido.</p> <p>A acusada deve ser absolvida por estado de necessidade exculpante, previsto no Art. 39 do CPM.</p>
FRAGMENTO DO TEXTO DA SENTENÇA
<p>A alegação do estado de necessidade como excludente de antijuricidade e/ou de culpabilidade arguido pela defesa também não se sustenta. Não houve comprovação de que a genitora da ré estivesse em estado de saúde emergencial que tornasse imprescindível o seu socorro naquele momento. A testemunha do MPM, o SO JFM, no seu depoimento, não afirmou em nenhum momento que a mãe da ré estivesse com algum tipo de problema de saúde, apenas, declarou que esta aparentava estar "cansada". Desse modo, torna-se exigível da ré outro tipo de comportamento, pois não havia motivo justo para sacrificar o bem protegido pela legislação castrense.</p>
PROPOSIÇÕES REPRESENTATIVAS
<p>A mãe da ré não estava em estado de saúde emergencial.</p> <p>A testemunha SO JFM declarou apenas que a mãe da acusada aparentava cansada.</p> <p>Não havia motivo justo para sacrificar o bem protegido pela legislação castrense.</p> <p>Era exigível da ré outro tipo de comportamento.</p> <p>Não se verificou o estado de necessidade como excludente de antijuricidade e/ou de culpabilidade.</p>

Fonte: O autor (2020)

Quadro 12 – Decomposição da sentença no capítulo das circunstâncias atenuantes

FRAGMENTO DO TEXTO DA SENTENÇA
<p>A confissão do delito pela ré quando do seu interrogatório, deverá servir de parâmetro para fins de incidência do art.72, III, "d" do CPM, ou ser ponderada a favor desta na individualização da pena, na análise das</p>

circunstâncias judiciais do art.69 do CPM.

PROPOSIÇÕES REPRESENTATIVAS

A acusada confessou o delito

A acusada deve se beneficiar de uma circunstância atenuante.

Os artigos 69 e 72, III, d, ambos do CPM, possibilitam a aplicação da circunstância, com efeitos na individualização da pena.

Fonte: O autor (2020)

Quadro 13 – Decomposição da sentença: análise da tese defensiva de desnecessidade de aplicação do direito penal

TESE DEFENSIVA – DESNECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL

A acusada teve seu engajamento tornado sem efeito por esse fato, sendo punida com a perda do cargo e da função, como uma verdadeira pena acessória mesmo sem haver a pena principal.

O direito penal não teria mais utilidade no caso, haja vista a sanção administrativa de exclusão da corporação aplicada em face da acusada, o que induz à absolvição.

FRAGMENTO DO TEXTO DA SENTENÇA

A tese de defesa de que não teria mais a utilidade/necessidade da intervenção Direito Penal haja vista a sanção administrativa que a ré recebeu com a sua exclusão da corporação a bem da disciplina, não deve prosperar.

Na qualidade de controladora de tráfego aéreo, a acusada não podia ter abandonado seu posto antes do encerramento do seu turno, deveria estar presente e atenta as suas atividades o tempo integral, ou ao menos se posicionasse em local, nas imediações da OM, onde pudesse ser acionada pelo seu inferior em caso de emergência, ou alguma eventualidade.

A conduta praticada pela ré foi grave e merece reprimenda severa, pois seu ato significou risco à segurança das operações de voo do aeroporto de Porto Seguro, e à vida de centenas de pessoas envolvidas nas imediações do local e passageiros das aeronaves.

PROPOSIÇÕES REPRESENTATIVAS

Há necessidade de aplicação do direito penal ao caso.

A acusada violou uma norma penal.

A conduta foi grave e merece reprimenda severa.

A conduta pôs em risco à segurança das operações de voo e a vida de muitas pessoas.

Fonte: O autor (2020)

Quadro 14 – Decomposição da sentença: análise da tese defensiva de aplicação dos institutos da lei 9.099/95 e conversão em pena restritiva de direitos

TESE DEFENSIVA - APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DA LEI 9.099/95 E CONVERSÃO EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS
<p>A defesa pugnou pela aplicação da Lei n 9.099/1995, dada a sua atual condição de civil, e em caso de condenação, a aplicação da pena mínima e do sursis e que a pena seja convertida em pena restritiva de direito, com fulcro no direito subjetivo do réu estabelecido na alínea "a" do inciso XLVI do artigo 5º da CF/88 e regulada pelo artigo 44 do CP</p>
FRAGMENTO DO TEXTO DA SENTENÇA
<p>Argui a defesa a aplicabilidade da Lei 9099/1955, com a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito.</p> <p>A Lei 9099/1995 teve por escopo criar os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, com a intenção de garantir a rápida solução dos conflitos de menor complexidade e menor potencial ofensivo tanto em âmbito cível quanto em âmbito penal. A Lei nº 9.839, de 27.9.1999, acrescentou o art.90-A à Lei 9099/1995, que diz, expressamente:</p> <p>"Art. 90-A- As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar."</p> <p>Nesse mesmo sentido, também, dispõe a Sumula nº 9 do STM:</p> <p>SÚMULA Nº 9 - (DJ 1 N" 249, de 24/12/96): "A Lei nº 9.099, de 26.09.95, que dispõe sobre os Juízos Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, não se aplica á Justiça Militar da União."</p> <p>A Lei dos Juizados Especiais, portanto, não pode ser aplicada nesta Justiça Castrense por expressa vedação legal, o que afasta de plano a incidência de quaisquer dos seus institutos ao presente caso.</p>
PROPOSIÇÕES REPRESENTATIVAS
<p>Os institutos da lei 9.095/95 não podem ser aplicados na Justiça Castrense.</p> <p>Há expressa vedação legal no art. 90-A da referida lei.</p> <p>A súmula 9 do STM reforça o entendimento.</p>

Fonte: O autor (2020)

A sentença não apresentou os capítulos relativos à ilicitude, e no capítulo da culpabilidade se restringiu a refutar a tese defensiva de excludente de culpabilidade.

6.2.5.2 Decomposição dos votos orais

Este item decompõe apenas os argumentos dos votos orais em capítulos da decisão, conforme acima explanado. Serão decompostos o voto vencedor e os respectivos votos aderentes, bem como o voto vencido, e o voto que aderiu a este último.

Em relação ao voto vencedor, será feita uma representação dos votos completos, para que se tenha uma visão sobre quais fundamentos compuserem o voto vencedor definitivo.

Depois dessa etapa, serão apresentados os capítulos de decisão existentes no voto vencedor e no voto vencido.

a. Voto vencedor e aderentes

Quadro 15 – Decomposição da cadeia de argumentos do voto oral vencedor: segunda juíza militar (JM2)

DEGRAVAÇÃO COMPLETA DO VOTO ORAL – VENCEDOR – JM2
<p>Por todo o exposto hoje e do que consta dos autos, eu entendo sim que ela saiu do local de trabalho sem ter uma ordem superior, e que independente de haver ou não um alto fluxo do tráfego na época e tal, ela colocou uma situação em risco, que se precisasse de alguma coisa ela não estava em um local acionável. Nos autos tem uma parte que diz que existe inclusive um portão, uma guarita, que tem um soldado que fica ali de serviço, fazendo no caso essa liberação do acesso ao saguão do aeroporto. Então, o fato de ela estar no saguão do aeroporto, ela não está numa posição acionável para uma possível emergência. E que ainda foi agravado, no meu entendimento, pelo fato de que esse segundo militar que estava de serviço com ela, o sargento HAG, ele permaneceu no console principal por doze horas seguidas, pelo fato de ela ter passado mal já no início do serviço dela. Então, assim, existe o fator cansaço humano, por mais que não tenha fluxo, ele tem que ficar olhando para o console diretamente por todo esse tempo. Então entendo sim que houve um risco, houve um prejuízo ao serviço, e voto pela condenação dela.</p>
PROPOSIÇÕES REPRESENTATIVAS
<p>A acusada saiu do local de trabalho e foi até o saguão do aeroporto.</p> <p>Não havia uma autorização superior para essa saída do local de trabalho.</p> <p>Nos autos tem uma parte que narra uma restrição de acesso ao saguão do aeroporto: um portão ou guarita que é controlada por um soldado de serviço.</p> <p>A acusada colocou uma situação em risco.</p> <p>O risco independe de haver ou não um alto fluxo do tráfego na época.</p> <p>A acusada não estaria em local acionável para uma possível emergência.</p>

O risco foi agravado porque o outro Sargento permaneceu de serviço por doze horas seguidas no console principal.

Ficar olhando para o console diretamente por doze horas gera cansaço.

O risco representa um prejuízo ao serviço

A acusada deve ser condenada.

Fonte: O autor (2020)

Quadro 16 – Decomposição da cadeia de argumentos do voto oral aderente ao vencedor: terceira juíza militar (JM3)

DEGRAVAÇÃO COMPLETA DO VOTO ORAL – ADERENTE – JM3
<p>Eu voto pela condenação. Faço minhas as palavras da colega. Também concordo que ela assumiu o risco. Ela abandonou o posto. Ela deixou um colega que estava há bastante tempo na zona de trabalho. Em nenhum momento essa militar se prestou à função que naquele dia ela estava determinada a fazer. E aqui, quando ela sai da torre, ao meu ver, ela está cometendo crime de abandono de posto.</p>
PROPOSIÇÕES REPRESENTATIVAS
<p>A acusada assumiu o risco.</p> <p>A acusada abandonou o posto quando saiu da torre</p> <p>A acusada deixou um colega que estava há bastante tempo na zona de trabalho.</p> <p>A acusada não se prestou à função para a qual estava determinada a cumprir.</p> <p>A acusada deve ser condenada.</p>

Fonte: O autor (2020)

Este voto condenatório aderente se remeteu expressamente ao voto condenatório anterior, que abriu divergência em relação ao voto da juíza togada. Portanto, todo o voto anterior deve ser considerado repetido nos fundamentos e no dispositivo. Apesar disso, todas as proposições do voto coincidem na íntegra ou apenas reforçam as proposições do voto vencedor.

Quadro 17 – Decomposição da cadeia de argumentos do voto oral aderente ao vencedor: quarta juíza militar (JM4)

DEGRAVAÇÃO COMPLETA DO VOTO ORAL – ADERENTE – JM4
<p>Eu voto pela condenação, porque realmente ela saiu do local de serviço. O local é bem delimitado. Não há dúvidas. E realmente na nossa instituição militar no serviço, senhor imagina se a gente fosse escrever todo o local que ela pudesse ir. Ah, pode ir no Mcdonalds; pode ir não sei aonde; pode não sei o quê! A regra é clara. Não pode sair da unidade militar. A gente não pode pontuar todas as exceções existentes no mundo. Outra coisa, se esse crime tivesse agravante, seria pior ainda por ela ser a mais antiga, e ter só comunicado ao colega mais moderno que iria se ausentar. Então eu voto pela condenação e digo mais: não serve para ser militar! Militar tem preceitos de hierarquia, disciplina que não foram observados.</p>
PROPOSIÇÕES REPRESENTATIVAS
<p>A acusada saiu do local de serviço</p> <p>Não há dúvidas de que o local é bem delimitado.</p> <p>A regra de não poder sair da unidade militar é clara.</p> <p>Não há necessidade de descrever os locais para os quais é permitido transitar quando de serviço.</p> <p>A acusada só comunicou que iria se ausentar.</p> <p>A condição de mais antiga torna o crime mais grave.</p> <p>A acusada deve ser condenada.</p> <p>A acusada não serve para ser militar.</p> <p>Militar tem preceitos de hierarquia, disciplina que não foram observados.</p>

Fonte: O autor (2020)

Observa-se que todas as proposições do voto aderente coincidem ou apenas reforçam as proposições do voto vencedor, apesar do voto não ter se referido expressamente ao voto que abriu divergência. Entende-se que seguiu implicitamente todos os fundamentos.

Nada obstante, percebe-se que inovou com duas proposições: “A condição de mais antiga torna o crime mais grave”²⁹⁹ e “A acusada não serve para ser militar”³⁰⁰. Todavia, as

²⁹⁹ Se esta condição fosse acolhida pela maioria, poderia ser utilizada como uma circunstância judicial genérica, de acordo com o artigo 69 do CPM, que assim prescreve: “Para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime.”

proposições não precisam ser analisadas autonomamente porquanto não foram fundamentos listados por outras votantes, de modo que se tornaram amplamente minoritárias (4 x 1), em dispersão qualitativa e quantitativa.

Portanto, somente a cadeia de argumentos e os capítulos de decisão do voto vencedor (JM2) serão considerados na análise.

Quadro 18 – Decomposição do voto oral vencedor no capítulo da materialidade e autoria

FRAGMENTO DA DEGRAVAÇÃO DO VOTO ORAL – VENCEDOR – JM2
(...) ela saiu do local de trabalho sem ter uma ordem superior, (...) (...) Nos autos tem uma parte que diz que existe inclusive um portão, uma guarita, que tem um soldado que fica ali de serviço, fazendo no caso essa liberação do acesso ao saguão do aeroporto. Então, o fato de ela estar no saguão do aeroporto, (...)
PROPOSIÇÕES REPRESENTATIVAS
A acusada saiu do local de trabalho e foi até o saguão do aeroporto. Nos autos tem uma parte que narra uma restrição de acesso ao saguão do aeroporto: um portão ou guarita que é controlada por um soldado de serviço.

Fonte: O autor (2020)

Quadro 19 – Decomposição do voto oral vencedor no capítulo da tipicidade objetiva

FRAGMENTO DA DEGRAVAÇÃO DO VOTO ORAL – VENCEDOR – JM2
Por todo o exposto hoje e do que consta dos autos, eu entendo sim que ela saiu do local de trabalho sem ter uma ordem superior, (...). Nos autos tem uma parte que diz que existe inclusive um portão, uma guarita, que tem um soldado que fica ali de serviço, fazendo no caso essa liberação do acesso ao saguão do aeroporto.(...)
PROPOSIÇÕES REPRESENTATIVAS
- Não havia uma autorização superior para essa saída do local de trabalho. - Nos autos tem uma parte que narra uma restrição de acesso ao saguão do aeroporto: um portão ou guarita que é controlada por um soldado de serviço.

Fonte: O autor (2020)

³⁰⁰ Embora esta proposição não tenha sido levada em conta na análise, cabe explicar que o Conselho de Justiça não tem o poder de decretar a perda da condição de militar das praças, senão como pena acessória, nas hipóteses previstas no art. 102 do CPM, quando a pena privativa de liberdade aplicada superar dois anos.

Registre-se que os únicos fragmentos do voto vencedor que abrangem os capítulos da sentença são os relativos à materialidade e autoria e à tipicidade objetiva, em face da tese defensiva de excludente de tipicidade por ausência de prejuízo.

Em relação à tipicidade objetiva e à tese defensiva de excludente de tipicidade em decorrência do primeiro fato, o voto vencedor fez uma motivação implícita, considerando a existência das circunstâncias, sem se pronunciar sobre elas.

Todos os demais capítulos da decisão, que constam da sentença condenatória, deixaram de ser motivados pelo voto vencedor.

b. Voto vencido e aderente

Quadro 20 – Decomposição do voto oral vencido no capítulo da tipicidade objetiva: análise da tese defensiva de excludente de tipicidade em relação ao segundo fato.

FRAGMENTO DA DEGRAVAÇÃO DO VOTO ORAL – VENCIDO – JF
Eu acho que em relação a este fato da residência, para mim não há mais nenhuma dúvida de que não houve crime, uma vez que tem a autorização, que embora não seja o chefe dela direto, mas uma autoridade superior, que inclusive induziu que ela fosse, ao dizer: “pode levar sua mãe, não tem problema!” Verificou toda a situação e foi embora...
PROPOSIÇÕES REPRESENTATIVAS
A acusada levou sua mãe até a residência
A acusada foi autorizada a ir até a sua residência.
A autoridade que autorizou não era o chefe direto, mas era uma autoridade superior.
A autoridade induziu que ela fosse até a sua residência.
A autoridade disse: “pode levar sua mãe, não tem problema!”
A acusada verificou toda a situação e foi embora.
Não há crime, vez que foi autorizada.

Fonte: O autor (2020)

Quadro 21 – Decomposição do voto vencido no capítulo da tipicidade subjetiva e na análise da tese defensiva de excludente de tipicidade por ausência de dolo

FRAGMENTO DA DEGRAVAÇÃO DO VOTO ORAL – VENCIDO – JF
<p>(...)</p> <p>Eu não entendo que tenha havido nesse momento a premeditação de ela abandonar o posto. Ela realmente sabia que a mãe iria chegar no horário, acho que de 5 horas da manhã. Ela só não sabia que a mãe iria chegar doente, passando mal. Isso aí ninguém tem bola de cristal. Mas parece que até a mãe avisou antes de embarcar que não estava bem, que iria chegar. Ela entrou no serviço se não me engano às 19 horas, não é isso? E se ausentou às 5 horas. Então, entendo que não houve essa coisa de sobrecarregar o colega de ficar sozinho trabalhando, porque ela ficou das 19 até às 5 da manhã, dez para as cinco, no posto. Eu comungo com as alegações escritas do Ministério Público, da doutora, no sentido de que não houve dolo nenhum de abandono de posto. Ela antes de sair verificou, deixou o colega na torre. Saiu, a intenção era pegar, receber a mãe e voltar. Então não houve dolo, a intenção de abandonar o posto. Quem quer abandonar o posto vai embora. Se manda! Quer nem saber como é vai estar a situação do posto depois. Ela teve o cuidado de retornar ao aeroporto, e lá fazer o livro, fazer o correto. Então, há um parágrafo único. Tem um artigo 33, parágrafo único, que é a excepcionalidade do crime culposo, que diz: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.” O que é “salvo nos casos expressos em lei”, é quando há uma previsão do delito praticado a título de culpa. Nesse caso, o abandono de posto só pode ser praticado se, realmente com a intenção, com a vontade de exercer e de praticar aquela conduta típica. Então o meu voto é, acolhendo a manifestação do ministério público anterior, é absolver a acusada com base no artigo 439, letra b, no caso é: “não possuir o fato infração penal”, uma vez que não há previsão legal do crime culposo. Então não houve crime.</p>
PROPOSIÇÕES REPRESENTATIVAS
<p>Não houve dolo de abandono de posto. Não houve premeditação de abandonar o posto</p> <p>Quem quer abandonar o posto não age com cuidado em relação ao posto. A acusada sabia apenas que a sua mãe iria chegar às 5h da manhã, A acusada não sabia que sua mãe iria chegar passando mal. Parece que a mãe avisou antes de embarcar que não estava bem. Não houve sobrecarga do colega em ficar sozinho trabalhando, porque a acusada ficou das 19 até às 5 da manhã no posto A acusada antes de sair verificou e deixou o colega na torre. A acusada saiu, com a intenção de pegar, receber a mãe e voltar. Ela teve o cuidado de retornar ao aeroporto, e lá fazer o livro, fazer o correto.</p> <p>O artigo 33, parágrafo único, versa sobre a excepcionalidade do crime culposo, que diz: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.”</p> <p>Não há previsão legal do crime de abandono de posto culposo</p> <p>O abandono de posto só pode ser praticado se, realmente com a intenção, com a vontade de exercer e de praticar aquela conduta típica.</p> <p>Não houve crime. Aplica-se o artigo 439, letra b, no caso é: “não possuir o fato infração penal”</p> <p>A acusada deve ser absolvida.</p>

Registre-se que os únicos fragmentos do voto vencido que abrangem os capítulos da decisão são os relativos à análise da tese defensiva de excludente de tipicidade em relação ao segundo fato (tipicidade objetiva), à tipicidade subjetiva e à análise da tese defensiva de excludente de tipicidade por ausência de dolo.

Em relação à materialidade e autoria, à tipicidade objetiva e à tese defensiva de excludente de tipicidade em decorrência do primeiro fato, o voto vencido fez uma motivação implícita, considerando a existência das referidas circunstâncias, sem se pronunciar expressamente sobre elas.

Todos os demais capítulos da decisão, que constam da sentença condenatória, deixaram de ser motivados pelo voto vencedor.

Quadro 22 – Decomposição da cadeia de argumentos do voto oral aderente ao vencido: primeira juíza militar (JM1)

DEGRAVAÇÃO COMPLETA DO VOTO ORAL – ADERENTE – JM1
<p>JM1: Nesse caso ela teve uma liberação, mas não era urgência, né?! Eu concordo que seria assim: abandonar o colega na situação que depende, né, dela ali... Se o outro colega passasse mal, né?! Quer dizer, é um queijo suíço, uma hora vai dar errado, né?! Então assim, ela foi liberada, mas ela deixou o colega, né?! Então, é uma situação difícil!</p> <p>Juíza Federal: A senhora vota pela condenação ou absolvição? Tem que condenar ou absolver!</p> <p>(...)</p> <p>JM1: Ela teve a liberação superior, vou absolver...</p> <p>Juíza Federal: A senhora acompanha o meu voto, então?</p> <p>JM1: sim.</p>
PROPOSIÇÕES REPRESENTATIVAS
<p>A acusada teve uma liberação.</p> <p>A liberação não era urgente.</p> <p>O outro colega poderia passar mal.</p> <p>A situação poderia ter dado errado.</p> <p>A acusada deixou o colega sozinho.</p> <p>A acusada deve ser absolvida.</p>

Registre-se que o voto vencido aderente (voto JM1) ao voto vencido da juíza togada apresentou estrutura bastante deficiente em termos de fundamentação e nada inovou em relação ao voto.

6.3 Análise comparativa das motivações na sentença e nos votos orais

A presente seção se destina à análise dos argumentos da sentença escrita e dos votos orais para identificar como as decisões do escabinado são construídas, averiguar o grau de justificativa que apresentam, além de verificar a se há mútua correlação de argumentos. Observou-se o procedimento descrito na seção 5.8 do capítulo 5.

6.3.1 Materialidade e autoria

As proposições do argumento sobre materialidade e autoria foram extraídas da sentença escrita e do voto vencedor, uma vez que o voto vencido da juíza togada só enfrentou o tema de modo implícito.

O capítulo da sentença que corresponde à materialidade/autoria deve responder ao tipo de questionamento básico auferido do modelo legal, qual seja: “A conduta ocorreu? O autor contribuiu para a conduta?” No caso em análise, pergunta-se se a própria acusada se ausentou do prédio operacional do DTCEA, dirigindo-se ao saguão do aeroporto e, posteriormente, até a sua residência.

A reconstrução das proposições segundo o Layout Toulmin nos fornece as seguintes estruturas do argumento, na sentença e no voto vencedor.

Quadro 23 - Voto vencedor no Layout Toulmin: capítulo da materialidade e autoria

ELEMENTOS	PROPOSIÇÕES DO VOTO VENCEDOR
Dado (D)	Nos autos tem uma parte que narra uma restrição de acesso ao saguão do aeroporto: um portão ou guarita que é controlada por um soldado de serviço.
Garantia (W)	(IMPLÍCITO) A narrativa nos autos acerca dos limites de acesso ao saguão do aeroporto vale como confirmação da existência do fato.
Apoio (B)	(IMPLÍCITO) Regras de experiência comum

Conclusão (C)	A acusada saiu do local de trabalho e foi até o saguão do aeroporto.
----------------------	--

Fonte: O autor (2020)

Quadro 24 - Sentença no Layout Toulmin: capítulo da materialidade e autoria

ELEMENTOS	PROPOSIÇÕES DA SENTENÇA
Dado (D)	D1 - A confissão da acusada comprava a sua saída até o saguão do aeroporto e depois até sua residência. D2 - Os depoimentos das testemunhas, o Sargento HAG, o Sargento JRLP, o Suboficial JFM e a informante MICQS, demonstram que a acusada ultrapassou os limites do local de serviço (da área do prédio operacional do DTCEA-PS), seguindo para o saguão do aeroporto. D3 - O ofício de fls 181 demonstra que os limites da área do prédio operacional do DTCEA-OS seria o local de serviço.
Garantia (W)	(IMPLÍCITO) A declaração de testemunhas de que a acusada ultrapassou os limites da área do prédio operacional do DTCEA, e a informação contida em um documento, valem como confirmação da existência do fato.
Apoio (B)	(IMPLÍCITO) Regras de experiência comum
Conclusão (C)	A acusada se ausentou do seu local de serviço (prédio operacional do DTCEA-PS), para ir até o saguão do aeroporto e, na sequência, até a sua residência.

Fonte: O autor (2020)

Quando se transpõe a análise para o modelo Toulmin, a resposta a esse questionamento se traduz no elemento conclusão (C) do layout argumentativo, constituindo a pretensão de afirmar algo. Verifica-se que tanto a sentença quanto o voto vencedor responderam afirmativamente ao quesito da materialidade e da autoria no seu elemento (C), coincidindo ambos em termos lógico-estrutural. Também se correlacionam ontologicamente, vez que são proposições coincidentes em termos de conteúdo. Todavia, o voto vencedor foi mais restrito, deixando de especificar a saída da acusada para a sua residência.

A partir daqui, não mais houve correlações.

O voto vencedor não foi adequadamente justificado, posto que o seu dado “D” apresentado é por demais genérico, o que impediu a correta passagem à conclusão. Embora se correlacione muito timidamente com o dado “D3” da sentença, a sua imprecisão tornou a

garantia (W) ineficaz. Verifique-se que não faz sentido³⁰¹ aduzir que a narrativa nos autos acerca dos limites de acesso ao saguão do aeroporto valerá como confirmação da saída da acusada do seu local de serviço. A expressão fica incompleta e, portanto, sem lógica inferencial. Para que a garantia estabeleça uma passagem à conclusão, seria necessária a apresentação de outros dados no argumento do voto vencedor, como o fez a sentença.

Por outro lado, observe-se que a justificação interna da sentença ocorreu adequadamente, vez que dos dados (D) é possível passar à conclusão (C) por uma garantia facilmente verificável na hipótese, embora não explícita (W).

Os dados no argumento da sentença são representados pelas provas testemunhais e documentais dos autos. A justificação externa do dado “D1” é dispensável, vez que o conteúdo da confissão é por si só evidenciado e não precisou de esclarecimentos para a sua compreensão. No entanto, a justificação externa dos dados apresentados em D2 e D3 poderia ter sido desempenhada.

A menção genérica aos depoimentos testemunhais ou a transcrição de alguns trechos dos depoimentos não garantem a correção e a plausibilidade da afirmação. Não basta dizer que os depoimentos provam algum fato e transcrever partes desses depoimentos, sem alinhar em que sentido os referidos trechos corroboram com a prova do fato. A mesma lógica ocorre em relação ao conteúdo dos documentos dos autos. Do contrário, essa expressão-padrão “as provas X e Y demonstram Z” serviria para mascarar a ausência de valoração individual de cada um dos meios de prova, e conseqüentemente da valoração conjunta de todas as provas disponíveis. Esse entendimento é reforçado na hipótese de um colegiado no modelo escabinado e tem ligação direta com a forma de deliberar em plenário. Se se considera que o juiz necessita fundamentar minimamente cada capítulo da decisão penal quando atua monocraticamente, a importância aumenta quando se faz necessário argumentar para que outros votantes possam aderir ou divergir claramente de cada ponto, na modalidade oral.

Nada obstante, mesmo sendo indicada a necessidade de uma melhor justificação das premissas, a sentença conseguiu levantar dados suficientes para estabelecer uma garantia que permitisse chegar corretamente à conclusão, podendo-se afirmar que produziu uma fundamentação suficiente do capítulo decisório.

³⁰¹ A expressão “fazer sentido” na correlação entre as premissas se refere à racionalidade interna como requisito da motivação, que traduz quando um argumento está internamente justificado. Sobre racionalidade interna conferir Gomes Filho (2001, p. 179-181).

Desta análise, é possível verificar que a sentença foi minimamente justificada, mas se prestou a compensar a argumentação, com o fornecimento das premissas para embasar o omissivo voto vencedor. Este é o primeiro ponto de observação que converge com as indagações iniciais sobre o sistema deliberativo. Consegue-se alguma resposta às questões de estudo que visavam identificar como as motivações são construídas no escabinado e qual a participação efetiva dos votos vencedores na conformação da sentença escrita.

A questão que remanesce a partir desse registro é se há legitimidade no procedimento de o juiz técnico suplementar a decisão escrita, mesmo quando não discutiu o ponto a ser argumentado. Outra questão que surge é saber quais são os deveres mínimos de ambos os tipos de argumentadores: o redator da sentença e o mero votante.

Com o prosseguimento da análise, novos registros e novas observações serão feitos a respeito do assunto, possibilitando respostas ou novos estudos.

6.3.2 Tipicidade objetiva: Adequação típica

A tipicidade objetiva constitui um capítulo da sentença que se presta a responder se o fato realizado configura um crime, enquadrando-se na descrição típica da lei penal. Esse questionamento pode se realizar de várias formas, a depender do elemento enfatizado na análise legal. A pergunta é balizada pelos seguintes elementos do fato típico: conduta, resultado, nexos causal e adequação típica.³⁰²

No caso em estudo, são quatro os tópicos que discutem o capítulo da tipicidade objetiva. Nesta subseção, discute-se a respeito da qualificação jurídica, e nas três seguintes, sobre as teses de excludente de tipicidade lançadas pela defesa.

As proposições expressas do argumento sobre tipicidade objetiva, na vertente adequação típica, foram extraídas apenas da sentença escrita, uma vez que tanto o voto vencedor, quanto o voto vencido da juíza togada, só enfrentaram o tema de modo implícito, ao considerar a existência das referidas circunstâncias, sem se pronunciar expressamente sobre elas.

A reconstrução das proposições da sentença segundo o Layout Toulmin nos fornece a seguinte estrutura do argumento.

³⁰² Conferir seção 3.9, no capítulo 3.

Quadro 25 - Sentença no Layout Toulmin: análise da adequação típica no capítulo da tipicidade objetiva

ELEMENTOS	PROPOSIÇÕES DA SENTENÇA
Dado (D)	<p>D1 - A acusada se ausentou do seu local de serviço (prédio operacional do DTCEA) e seguiu até o saguão do aeroporto</p> <p>D2 - O Superior hierárquico competente para a autorização era o Comandante do Destacamento de Controle Aéreo (DTCEA)</p> <p>D3 - A acusada não tinha autorização do superior hierárquico competente para se ausentar do seu local de serviço e seguir até o saguão do aeroporto</p> <p>D4 - A conduta da acusada violou a disciplina militar.</p> <p>D5 - A violação da disciplina militar configura uma violação da norma penal.</p> <p>D6 - O delito imputado à acusada tem sua descrição no caput do artigo 195 do Código Penal Militar</p>
Garantia (W)	(IMPLÍCITO) Uma norma deve ser aplicada ao caso, sempre que esse fato se assemelhe à descrição da lei penal.
Apoio (B)	(IMPLÍCITO) Regras de hermenêutica jurídica (subsunção ou adequação típica)
Conclusão (C)	A conduta da acusada de se ausentar do seu local de serviço (prédio operacional do DTCEA-PS), sem autorização do superior hierárquico competente, configura o delito de abandono de posto, previsto no artigo 195 do Código Penal Militar

Fonte: O autor (2020)

O elemento conclusão (C) do Layout de Toulmin representa resposta afirmativa pela adequação típica, justificando que a conduta que ficou provada nos autos se referiu aos elementos constitutivos do crime de abandono de posto, previsto no artigo 195 do Código Penal Militar.

A justificação da sentença ocorreu adequadamente, vez que dos dados (D1 a D6) foi possível passar à conclusão (C) por uma garantia facilmente verificável na hipótese, embora não explícita (W). Os dados foram representados por premissas que serviram para verificar a adequação típica da conduta praticada pela acusada: saída do local de serviço, ausência de autorização, autoridade competente para autorizar, bem jurídico violado, violação da lei penal e tipificação do delito.

Além da justificação interna, a sentença prosseguiu em mais um nível para a justificação externa de suas premissas. A justificação externa dos dados D1, D4, D5 e D6 foi corretamente dispensada. O dado D1 já havia sido justificado quando da análise da

materialidade. Já no caso dos dados D4, D5 e D6, pela simples leitura da denúncia e dos artigos de lei, torna-se possível concluir pela imputação feita pelo Ministério Público e pelos princípios que regem a hierarquia e disciplina militar.

No entanto, houve adequada justificação dos dados apresentados em D2 e D3, que se referem à ausência de autorização de saída, por autoridade competente. Observe-se que D2 e D3 se conjugam para constituir a conclusão “C” do próximo nível de justificação.

Quadro 26 - Sentença no Layout Toulmin: justificação de premissa na análise da adequação típica

ELEMENTOS	PROPOSIÇÕES DA SENTENÇA
Dado (D)	O ofício de fls 181 demonstra que não havia autorização do Comandante do DTCEA-PS, que era o superior competente para autorizar essa saída.
Garantia (W)	(IMPLÍCITO) O ofício vale como documento e prova a alegação ali formulada.
Apoio (B)	(IMPLÍCITO) – Regras de experiência comum sobre provas de fatos e regras jurídicas sobre documentos públicos e particulares.
Conclusão (C)	A acusada não tinha autorização do superior hierárquico competente, Comandante do DTCEA-PS, para se ausentar do seu local de serviço e seguir até o saguão do aeroporto

Fonte: O autor (2020)

Nesse novo layout de justificação das premissas, o dado “D” especificou a prova que embasa a conclusão sobre a ausência de autorização de saída.

Pontue-se, desde logo, que somente ao justificar esse ponto é que a sentença teve a correlação, em parte, com o voto vencedor. Isto pode ser visto na conclusão “C” do argumento do voto vencedor abaixo, que tem conteúdo próximo, mas não idêntico ao conteúdo “C” da sentença acima.

C da sentença: A acusada não tinha autorização do superior hierárquico competente, Comandante do DTCEA-PS, para se ausentar do seu local de serviço e seguir até o saguão do aeroporto.

C do voto vencedor: Não havia uma autorização superior para essa saída do local de trabalho.³⁰³

Apesar desse único ponto de convergência no aspecto tipicidade, para sustentar que não havia autorização de saída, a sentença se ancorou em um dado “D” que sequer foi citado expressamente pelo voto vencedor, embora esse meio de prova documental estivesse

³⁰³ Extraído do Quadro 18, na Subseção 6.2.5.

constante dos autos e devesse ser objeto de apreciação, qual seja, o conteúdo do ofício de fls. 181. Observe-se o voto vencedor.

Quadro 27 - Voto vencedor no Layout Toulmin: justificação de premissa na análise da adequação típica

ELEMENTOS	PROPOSIÇÕES DO VOTO VENCEDOR
Dado (D)	Nos autos tem uma parte que narra uma restrição de acesso ao saguão do aeroporto: um portão ou guarita que é controlada por um soldado de serviço.
Garantia (W)	(INVÁLIDA) A narrativa nos autos acerca dos limites de acesso ao saguão do aeroporto valerá como proibição da saída da acusada do seu local de serviço.
Conclusão (C)	Não havia uma autorização superior para essa saída do local de trabalho.

Fonte: O autor (2020)

Note-se que para chegar à mesma conclusão “C”, de que “não havia uma autorização superior para essa saída do local de trabalho”, o voto vencedor se valeu de um dado (D) genérico, que não especifica o ofício mencionado na sentença, tampouco permite que se chegue ao mesmo conteúdo desse ofício (autorização pelo Comandante do DTCEA). O argumento afirma em “D” que “Nos autos tem uma parte que narra uma restrição de acesso ao saguão do aeroporto: um portão ou guarita que é controlada por um soldado de serviço.” Não especificou se essa “parte dos autos” está contida em documento ou em declaração testemunhal e por quem essa restrição foi imposta.

Essa forma de citar um dado (D) sem especificá-lo acabou por invalidar a garantia (W), assim como ocorreu em relação à análise da materialidade.³⁰⁴ Não faz sentido aduzir que a narrativa nos autos acerca dos limites de acesso ao saguão do aeroporto valerá como proibição da saída da acusada do seu local de serviço. A expressão fica incompleta e, portanto, sem a garantia necessária. Seria necessário dizer quem narrou o quê, e mesmo assim tal narrativa só teria o condão de justificar os limites do local de serviço, e não propriamente a autorização de acesso. A autorização de acesso para além dos debatidos limites provém de uma ordem, uma concessão ou liberação, emanada de uma autoridade. No caso, a prova deste ponto poderia ter sido documental ou testemunhal, mas isso o voto vencedor não justificou.

³⁰⁴ Registre-se que o dado “D” utilizado neste argumento, foi o mesmo dado “D” que embasou o argumento de materialidade na Subseção 6.3.1.

A liberação de acesso ou autorização de saída é justamente o ponto em que a defesa se ancora nas suas teses de exclusão de tipicidade, que serão discutidas nas Subseções abaixo, 6.3.3 e 6.3.4.

Ao final desta análise, a primeira conclusão é que o voto vencedor além de não ter sido corretamente justificado, deixou de fornecer substrato adequado para a redação da sentença. Considerando que não foi possível extrair claramente esse dado do voto vencedor, houve fornecimento de uma premissa na sentença para embasar a omissão argumentativa.

Independentemente de ter sido esse ofício que tenha embasado a conclusão da votante, a omissão em clarificar esse ponto no argumento o tornou inválido. A motivação dos argumentos deve ser clara, explícita e coerente.

Para além do argumento sobre a autorização de saída, que é o ponto mais grave, é importante pontuar que a sentença se prestou a suplementar totalmente a qualificação jurídica do fato, alocando premissas e argumentos técnicos que não foram adequadamente discutidos em plenário nos dados D4 a D6 do Quadro 2. Mesmo se considerar que o voto vencedor se manifestou implicitamente sobre razões referentes à violação da disciplina militar como bem jurídico penalmente protegido, além de fazer correlação com o crime de abandono de posto previsto no caput do artigo 195 do Código Penal Militar, sua falta de clareza motivou uma compensação técnica feita na redação da sentença.

As questões inerentes à ausência de conhecimento jurídico e à necessidade de alguma compensação técnica serão melhor trabalhadas em seções subsequentes, que tratarão da prática deliberativa, por meio da interpretação conjugada dos seus efeitos sobre a motivação das sentenças produzidas no escabinado.

Ressalte-se que em consequência da suplementação feita pela sentença, surgiu um problema argumentativo específico, que será detidamente analisado do tópico seguinte.

6.3.3 Tese defensiva: excludente de tipicidade (primeiro fato)

Cabe alertar que a tese defensiva de atipicidade da conduta se ancorou em 2(dois) fatos que foram narrados na peça acusatória. Saída da Sargento controladora de voo até o aeroporto e saída do aeroporto até a sua residência.

Sobre o primeiro fato, a defesa alegou que havia autorização para a acusada e demais controladores circularem no aeroporto quando de serviço à época da ocorrência, os quais possuíam, inclusive, cartão de acesso. A limitação do acesso só teria ocorrido após o problema em questão no referido processo. Aduziu que o Capitão LMN, Comandante do DTCEA, teria testemunhado nos autos confirmando a existência de autorização para circulação no aeroporto à época do fato e a posterior restrição do acesso.

Esse primeiro fato se contrapõe frontalmente ao dado “D”, acerca do ofício de fls. 181, o qual serviu para a justificação externa de uma das premissas da adequação típica no argumento da sentença. Remetendo-se à reconstrução daquele Layout³⁰⁵, verifica-se que a sentença concluiu por “C”, ou seja, a inexistência de autorização de autoridade competente liberando a saída do prédio operacional do DTCEA, mesmo se fosse destinada ao saguão do aeroporto.

Portanto, a análise da tese defensiva e do argumento de refutação respectivo são essenciais para verificar a coerência da argumentação no capítulo sobre tipicidade objetiva.

Ressalte-se que se nem o voto vencido da juíza togada nem o voto vencedor da juíza militar refutaram esta tese defensiva, a argumentação da sentença será a única fonte de análise da construção da motivação nesse ponto. Rememore-se que mesmo ciente da inexistência de qualquer correlação com os votos orais, deve-se prosseguir na análise da sentença como forma de angariar outros elementos sobre a construção dos argumentos nessas hipóteses e saber os impactos dessas omissões no texto argumentativo. Afinal, a sentença produziu argumentação no capítulo da tipicidade objetiva, o que deve ser objeto de análise.

Dada a relevância deste achado na observação, a análise, portanto, será feita de duas maneiras: confrontar o argumento da sentença com o argumento defensivo, com o auxílio do modelo Toulmin, seguida de uma análise meramente dogmática acerca dos deveres processuais no modelo legal de justificação.

Iniciando-se pelo método Toulmin, é importante reconstruir teoricamente o argumento defensivo³⁰⁶, que por si só já é contraposto ao argumento que justifica a inexistência de autorização saída, a partir da análise do ofício de fls. 181, citado na sentença.

³⁰⁵ Quadro 26 - Sentença no Layout Toulmin: justificação de premissa na análise da adequação típica

³⁰⁶ Verificar Quadro 7.

Quadro 28 - Tese defensiva no Layout Toulmin: argumento de excludente de tipicidade (primeiro fato)

ELEMENTOS	PROPOSIÇÕES DA TESE DEFENSIVA
Dado (D)	D1 - O Capitão LMN, Comandante do DTCEA, testemunhou confirmando a existência de autorização para circulação dos controladores no aeroporto à época do fato. D2 - O Capitão LMN, Comandante do DTCEA, testemunhou confirmando que a limitação do acesso só ocorreu após o problema em questão no processo.
Garantia (W)	A declaração da testemunha tem validade para comprovar a sua afirmação sobre o fato
Apoio (B)	Regras de experiência comum.
Conclusão (C)	A acusada tinha autorização para ir do Controle (prédio do DTCEA) até o saguão do aeroporto à época dos fatos. A limitação do acesso só ocorreu após o problema em questão no processo.

Fonte: O autor (2020)

O argumento defensivo se põe como um teste provisório de verificação, e deve ser objeto de pronunciamento judicial acerca dos elementos que o constitui, quer para acolher quer para rejeitar. Para rejeitar, seria necessário incluir uma condição de refutação (R), a qual poderia negar a própria conclusão (Não “C”), negar os dados (Não “D”), negar o apoio (Não “B”), aduzir que a garantia não se aplica ao caso (“W” não se aplica), ou demonstrar que uma condição de exceção ocorreu na hipótese (“R” sim).

Observa-se que surgiu divergência acerca dos conteúdos de algumas provas dos autos que se destinaram a provar o mesmo fato: uma possível autorização de saída do local de serviço. O ofício de fls. 181, da forma como narrado no texto da sentença, descreve não haver autorização de acesso ao saguão do aeroporto. A justificativa da sentença também não especifica sobre o aspecto temporal da vedação de saída do local de serviço, o que pela experiência comum induz à presunção de que o narrador pretende afirmar uma regra geral, no sentido de ser vedado o acesso no momento da ocorrência dos fatos narrados na denúncia.

Por outro lado, a declaração da testemunha Capitão LMN traz um elemento hábil a desqualificar a informação do ofício, qual seja, a confirmação da vedação de saída do local de serviço, cuja limitação passou a ocorrer somente após o fato narrado na denúncia. Em outros termos, na época do fato não haveria vedação de circulação no saguão do aeroporto.

A divergência, portanto, recai precisamente sobre a contemporaneidade da vedação de saída. Ou o ofício estaria impreciso, não sendo possível defluir da simples leitura da

sentença³⁰⁷, que não reproduziu o seu significado, tampouco especificou a autoridade responsável pela assinatura, ou a testemunha teria declarado algo inconsistente, ou até mesmo inverídico, soando incrível em um primeiro momento, vez que a testemunha era a própria autoridade competente para as eventuais autorizações de saída.

Em ambos os casos, está-se discutindo o conteúdo probatório, ou seja, a qualidade dos dados (D1 e D2) do argumento defensivo, em face da qualidade do dado (D), emitido anteriormente na sentença, que são transcritos abaixo para facilitar a compreensão:

D do argumento judicial (sentença): O ofício de fls 181 demonstra que não havia autorização do Comandante do DTCEA-PS, que era o superior competente para autorizar essa saída.

D1 do argumento defensivo: O Capitão LMN, Comandante do DTCEA, testemunhou confirmando a existência de autorização para circulação dos controladores no aeroporto à época do fato.

D2 do argumento defensivo: O Capitão LMN, Comandante do DTCEA, testemunhou confirmando que a limitação do acesso só ocorreu após o problema em questão no processo.

A justificação externa do argumento sobre tipicidade na sentença deveria explicitar os motivos pelos quais escolheu determinadas premissas ao invés de outras. A clássica pergunta-desafio seria assim formulada: “por que esta premissa e não a(s) outra(s)?” Há de se considerar que uma condição de refutação coerente deveria desqualificar os dados D1 e D2, demonstrando que o dado “D” do argumento judicial prévio é o elemento correto a ser inserido como dado (D) no Layout Toulmin.

Verifique-se, todavia, como foi estruturado o argumento da sentença, em refutação ao argumento defensivo.

Quadro 29 - Sentença no Layout Toulmin: refutação de tese defensiva de excludente de tipicidade (primeiro fato)

ELEMENTOS	PROPOSIÇÕES DA SENTENÇA
Dado (D)	Não há qualquer norma regulamentar da Aeronáutica que disponha sobre esse tipo de autorização de saída temporária durante o turno de serviço.
Garantia (W)	(INEXISTENTE)
Conclusão (C)	Não há provas sobre a alegação de que a acusada tinha autorização para ir do Controle (prédio do DTCEA) até o saguão do aeroporto.

Fonte: O autor (2020)

³⁰⁷ Ressalte-se que não era objetivo da pesquisa analisar a prova *in natura* nos autos, mas tão somente verificar se a motivação decisória apresenta os requisitos de suficiência, inclusive clareza e explicitude.

Observa-se que o argumento é estruturalmente inválido, além de não fundamentar o aspecto da tipicidade. A rejeição ao argumento defensivo se dá pela negativa geral de que não há norma sobre o fato probando (C). Ocorre que existem meios de prova divergentes sobre esse fato, constituídos exatamente pelos dados D, D1 e D2, desconsiderados no argumento acima. A natureza da conclusão não se dirigiu a negar os dados do argumento defensivo, mas partiu para a criação de outro dado, qual seja, a suposta inexistência de norma regulamentar da Aeronáutica que disponha sobre autorização de saída no serviço. Mesmo assim, a utilização de um dado por negativa geral é, por si só, insuficiente para constituir um dado sólido.³⁰⁸

Além de não refutar validamente o argumento defensivo, o argumento judicial se aproximou de uma “falácia de premissa aparente”, nos termos definidos por Guerra³⁰⁹, que é conhecida como “petição de princípio”. Observa-se que o fato negativo exposto em D é o mesmo fato negativo, com adaptações, do disposto em C.

Conclui-se que a sentença desconsiderou a alegação defensiva de ser o fato atípico, deixando de motivar essa rejeição.

Por uma análise meramente dogmática, podem ser verificadas outras incoerências nesse argumento refutativo.

Ao acolher o ofício de fls. 181 como prova convincente, a sentença diz que não houve autorização de saída, dando por provado esse fato. Ao apreciar a alegação defensiva sobre a existência de autorização, a sentença constrói uma “oração gramatical” negativa, dizendo que não há provas para sustentar a conclusão de autorização de saída, a despeito de já haver concluído por prova de fato em sentido contrário. Para o argumento ter logicidade, bastaria dizer que a prova em sentido contrário, o ofício, invalidaria a conclusão do argumento defensivo.

Porém, como o argumento de refutação não analisa a declaração da testemunha Capitão LMN, sequer considerando a sua existência nos autos, o que se percebe é que houve

³⁰⁸ A proposição poderia ter sido eventualmente construída em sentido positivo: “A alegação da acusada ficou à margem de provas nos autos”. Porém, foi mantida em seu sentido negativo por fidelização à premissa D que era de cunho essencialmente negativo: “Não há qualquer norma regulamentar da Aeronáutica que disponha sobre esse tipo de autorização de saída temporária durante o turno de serviço”

³⁰⁹ GUERRA, Marcelo Lima. *Interpretação e Argumentação: o modelo Toulmin e a fundamentação racional da atribuição de sentido a textos legislativos*. Originais ainda em fase de elaboração, gentilmente cedidos pelo autor em março/2018. (p. 74)

uma total desconsideração desse meio de prova na formação do raciocínio decisório. Neste ponto, já é possível perceber que a atuação do juiz togado, ao suprir os argumentos omissos do voto vencedor na redação da sentença, permitiu a ocorrência de uma séria falha de fundamentação, ainda que a cadeia de argumentos aparente hígidez e logicidade.

Fica perceptível que o argumento de refutação foi meramente evasivo, com vistas a não enfrentar especificamente a análise do meio de prova testemunhal citado. Mesmo para dizer que a narrativa defensiva acerca do conteúdo da prova testemunhal estaria equivocada, haveria necessidade de manifestação específica na sentença sobre esse meio de prova. Isso porque qualquer argumento das partes que possa levar à conclusão distinta no desfecho do processo precisa ser efetivamente apreciado pelo juiz. Conforme analisado no capítulo 3, trata-se de questão jurídica, cujo enfrentamento é necessário, sob pena de não se considerar a decisão fundamentada. Essa regra está prevista textualmente nos artigos 315, §2º, IV do CPP e 489, §1º, IV do CPC, ambos passíveis de aplicação subsidiária ao processo penal militar, nos termos do art. 3º, alíneas “a” e “e”, do CPPM, respectivamente.

Se a análise fosse no sentido de que prevaleceria o conteúdo da prova testemunhal em detrimento do conteúdo do ofício, como por exemplo o fato de ser este incompleto, ou de não ter respondido a todas as indagações, ou ainda de ter sido obscuro, a conclusão sobre a proibição de saída do prédio operacional até o aeroporto teria que ser modificada. Valeria a conclusão do argumento da defesa, e não o argumento inicial da sentença que acolheu a tese de acusação. Portanto, a decisão precisaria enfrentar expressamente o argumento defensivo formulado, para ser considerada devidamente fundamentada.

Dogmaticamente não é possível qualquer abrandamento desta conclusão. Ainda que se queira objetar pelo tempo do julgamento, que ocorreu em 2017, em face das normas dos artigos 489, §1º, IV do CPC e 315, §2º, IV do CPP, que entraram em vigor em 2016 e em 2019, respectivamente, ou que se diga não ser cabível a aplicação analógica do art. 3º do CPPM nos referidos casos, trata-se de regra haurida de interpretação constitucional, em especial do art. 93, IX, da Constituição Federal, norma-garantia que dispensa a regulamentação infraconstitucional para sua incidência.

Outra observação é que se não fosse possível chegar a um consenso entre os conteúdos da prova oral e da prova documental, a dúvida sobre a prova do fato deveria pesar em favor do réu, considerando o princípio “*in dubio pro reu*” sedimentado em direito constitucional penal, sem a necessidade de se valer de regras processuais sobre ônus da prova.

Apenas a título de argumentação, mesmo quando se incursiona nas regras de distribuição do ônus da prova, percebe-se que a sentença não resolveu esse ponto corretamente. A refutação não poderia ter sido formulada em sentido negativo, ao dizer que não há provas para sustentar a alegação defensiva, uma vez que a própria defesa se desincumbiu do ônus legal³¹⁰ de demonstrar uma possível prova da sua afirmação. Logo, o ônus contrário seria da acusação, cabendo ao órgão julgador solucionar a questão jurídica, valendo-se do *standard* de prova cabível em matéria de direito penal.³¹¹ Isso reforça a necessidade de que as alegações, defensivas ou acusatórias, capazes de alterar o julgado devam ser necessariamente enfrentadas.

Observe-se, por fim, que se o argumento defensivo sobre a autorização em relação ao primeiro fato fosse devidamente acolhido, seria necessário enfrentar a análise da tipicidade a partir da premissa de autorização também para o segundo fato, que consistiu na saída da Sargento controladora de voo do aeroporto até a sua residência.

Como não houve enfrentamento específico e coerente sobre o primeiro fato, o segundo fato deixou de ser corretamente apreciado quanto ao aspecto tipicidade, como se discorrerá no próximo tópico. A sentença acolheu a tese ministerial e levou em conta que o crime de abandono de posto já teria se consumado no primeiro fato (saída do local de serviço até o saguão do aeroporto), sendo o segundo fato um mero desdobramento ou exaurimento da primeira conduta (mesmo sem deixar expressa essa conclusão).

De forma diversa seria o desfecho do caso se a acusada tivesse autorização para circular no saguão do aeroporto, mas saísse até sua residência com autorização do Suboficial JFM, superior hierárquico que não detinha competência específica para essa liberação. Possíveis conclusões sobre causas de absolvição ou de condenação seriam outras.

Conclui-se, portanto, que a ausência de substrato motivacional nos votos orais e a tentativa de compensação do argumento na sentença acabaram por contaminar toda a lógica dos argumentos subsequentes.

Pela ótica normativa, estes vícios de fundamentação infligem a nulidade da sentença, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal.³¹²

³¹⁰ CPPM, Art. 296. O ônus da prova compete a quem alegar o fato (...)

³¹¹ Rememore-se a abordagem no capítulo 4, no sentido de que o *standard* probatório no direito penal é o da prova além de qualquer dúvida razoável.

³¹² Registre-se que a Lei 13.964, de 2019 alterou o art. 564, do CPP, para incluir o inciso V, que preconiza mais uma hipótese de nulidade “em decorrência de decisão carente de fundamentação”.

6.3.4 Tese defensiva: excludente de tipicidade (segundo fato)

Sobre o segundo fato, alegou a defesa a existência de autorização específica para a acusada levar sua mãe adoentada até a sua residência. Aduziu que o Suboficial JFM teria testemunhado confirmando ter autorizado a saída da acusada quando a encontrou no saguão do aeroporto. Por força disso, haveria atipicidade na conduta imputada.

A juíza togada em seu voto oral acolheu implicitamente esta tese defensiva, recorrendo brevemente sobre a questão, sem, no entanto, fazer constar no dispositivo do seu voto, o qual absolveu a acusada por ausência de dolo em relação à primeira conduta.³¹³

O voto vencedor foi totalmente silente quanto a essa tese defensiva. Desse modo, como o argumento da sentença foi no sentido de rejeitar a tese, será o único parâmetro concreto de avaliação da motivação.

Antes de analisar o argumento judicial, será feita a demonstração do argumento defensivo, reconstruído no Layout Toulmin, em relação à descrição da premissa fática: autorização dada pelo Suboficial JFM.

Quadro 30 - Tese defensiva no Layout Toulmin: argumento de excludente de tipicidade (segundo fato)

ELEMENTOS	PROPOSIÇÕES DA TESE DEFENSIVA
Dado (D)	O Suboficial JFM testemunhou confirmando que autorizou a saída da acusada quando a encontrou no saguão do aeroporto.
Garantia (W)	(IMPLÍCITO) A declaração da testemunha tem validade para comprovar a sua afirmação sobre o fato
Apoio (B)	(IMPLÍCITO) Regras de experiência comum.
Conclusão (C)	Houve autorização específica do Suboficial JFM para a acusada levar a sua mãe adoentada até a sua residência.

Fonte: O autor (2020)

³¹³ Apesar disso, a análise do voto iniciou pelo segundo fato, aduzindo não constituir crime pela existência de uma autorização, seguindo-se da análise do primeiro fato, no qual considerou inexistir o dolo de cometer o crime. Interessante observar é que mesmo em relação ao segundo fato, a causa de exclusão de tipicidade conduz à absolvição pela mesma alínea “b”, do art, 439 do CPPM, que foi aplicada em relação ao primeiro fato.

A defesa prosseguiu na argumentação, valendo-se da justificação externa da sua premissa fática, de modo que sua conclusão “C” será o dado “D” da próxima justificação.

Quadro 31 - Tese defensiva no Layout Toulmin: justificação de premissa em argumento de excludente de tipicidade (segundo fato)

ELEMENTOS	PROPOSIÇÕES DA TESE DEFENSIVA
Dado (D)	Houve autorização específica do Suboficial JFM para a acusada levar a sua mãe adoentada até a sua residência.
Garantia (W)	(IMPLÍCITO) Uma norma só é aplicada ao caso, se esse fato se assemelhar à descrição da lei penal.
Apoio (B)	(IMPLÍCITO) Regras de hermenêutica jurídica (subsunção ou adequação típica)
Conclusão (C)	A saída autorizada do local de serviço é fato atípico

Fonte: O autor (2020)

Embora a argumentação defensiva não seja objeto de análise específica, percebe-se que a estruturação dos argumentos e a justificação externa das premissas ocorreram adequadamente, reforçando a necessidade de um escoreito pronunciamento judicial a respeito da tese levantada.³¹⁴

Considerando o argumento defensivo como uma base provisória de verificação, o argumento judicial refutou a tese de atipicidade da conduta, pela negativa da conclusão (Não “C”) do argumento defensivo, mesmo sem questionar o dado “D” (autorização pelo Suboficial JFM). No entanto, para negar a conclusão, o argumento se valeu de uma condição específica de refutação (R), que versou sobre a existência de consumação do crime anteriormente ao momento da autorização pelo Suboficial JFM. Ressalte-se que esse foi o argumento inovador feito pelo Promotor de Justiça em sustentação oral, para divergir das alegações escritas em que outro membro do Ministério Público Militar opinara anteriormente pela absolvição.

Para a constatação do raciocínio judicial, basta verificar a sua reconstrução nos mesmos moldes do argumento defensivo, incluindo a condição de refutação. Isso seria a base

³¹⁴ O comentário é cabível para demonstrar que pedidos jurídicos desprovidos de adequada fundamentação não requerem o mesmo esforço judicial para a sua refutação. Se as alegações forem totalmente imotivadas, basta que se prolata uma decisão de não conhecimento do pedido, sem enfrentar o mérito, considerando que não veio lastreado em fundamentos sólidos. Afinal, pela sua invalidade, o argumento não teria potencial de influir no desfecho da decisão.

provisória do seu próprio raciocínio justificativo, que será demonstrada apenas para ilustração.

Quadro 32 - Sentença no Layout Toulmin: refutação provisória de tese defensiva de excludente de tipicidade (segundo fato)

ELEMENTOS	MODULAÇÃO DAS PROPOSIÇÕES DA SENTENÇA
Dado (D)	Houve autorização específica do Suboficial JFM para a acusada levar a sua mãe adoentada até a sua residência.
Garantia (W)	(IMPLÍCITO) Uma norma só é aplicada ao caso, se esse fato se assemelhar à descrição da lei penal.
Apoio (B)	(IMPLÍCITO) Regras de hermenêutica jurídica (subsunção ou adequação típica)
Conclusão (C)	A saída autorizada do local de serviço é fato atípico
Refutação (R)	Exceto se o crime já havia se consumado antes da autorização.

Fonte: O autor (2020)

A exposição do layout acima demonstra que uma hipótese excepcional poderia incidir no caso (“R” Sim), de modo a invalidar a conclusão feita pela defesa. A condição de refutação vale como a seguinte expressão: “Exceto se o crime já havia se consumado antes da autorização”. Trata-se de um argumento mais completo, com força persuasiva qualificada.

Incluída a exceção de fato, o argumento judicial de refutação na sentença pôde ser efetivamente reconstruído da seguinte forma:

Quadro 33 - Sentença no Layout Toulmin: refutação de tese defensiva de excludente de tipicidade (segundo fato)

ELEMENTOS	PROPOSIÇÕES DA SENTENÇA
Dado (D)	D1 - A acusada recebeu autorização do Suboficial para ir até a sua casa quando já estava no saguão aeroporto D2 - A consumação do crime ocorreu com o simples afastamento do local de serviço (prédio do DTCEA)
Garantia (W)	(IMPLÍCITO) Os fatos posteriores à consumação do delito são mero exaurimento.
Apoio (B)	Citação da doutrina de Célio Lobão. (IMPLÍCITO) Regras de hermenêutica jurídica (consumação e adequação típica)
Conclusão (C)	A autorização recebida do Suboficial JFM não desconfigura o delito praticado pela acusada

Fonte: O autor (2020)

Verifica-se a desnecessidade de justificar “D1”, considerando o uso do argumento defensivo como referência, o qual já estava justificado pelo depoimento testemunhal. Também desnecessário justificar “D2”, por ter sido objeto de justificação na análise anterior sobre o primeiro fato.

Para consistência, o argumento ainda citou a doutrina de Célio Lobão como reforço “B” à garantia e às regras de consumação dos crimes.

Pode-se dizer que, mesmo com a já demonstrada invalidade do argumento judicial sobre a refutação da tese de atipicidade no primeiro fato, a justificação da refutação à tese defensiva no segundo fato foi construída corretamente. Isolando-se a incoerência lógica da análise do primeiro fato, este último argumento subsiste autonomamente.

A questão que se impõe naturalmente é a ilegitimidade da suplementação de argumentos feita pela sentença, em face da omissão dos votos orais na refutação da tese defensiva.

6.3.5 Tese defensiva: excludente de tipicidade por ausência de prejuízo

Ainda no contexto da tipicidade, a defesa alegou não ter havido prejuízo para a Organização Militar, nem maiores repercussões no âmbito administrativo. Justificou que o serviço de controle efetivo do tráfego aéreo ficou guarnecido com o seu colega de turno, o Sargento HAG, de modo a não ficar descoberto, e o aeroporto, além de fazer parte de sua Organização Militar, é consideravelmente perto do posto de serviço. Em consequência, aduziu que o fato narrado na denúncia é atípico

Da mesma forma que no argumento anterior, a sentença não discordou da inexistência de prejuízo, mas se valeu de uma condição de refutação (R) para excepcioná-lo.

Por outro lado, consta uma afirmação expressa no voto vencedor acerca de um prejuízo evidente, ainda que não tenha se referido à tese defensiva.

Cabe analisar se as abordagens da sentença e do voto vencedor são divergentes ou convergentes, e se ambos os argumentos estão justificados.

O argumento judicial da sentença negou a conclusão defensiva de ter havido tipicidade (não “C”), mesmo sem questionar diretamente o dado D (existência de prejuízo

concreto). No entanto, para negar a conclusão, o argumento se valeu de uma condição específica de refutação (R), que versou sobre a desnecessidade de prejuízo concreto, bastando o prejuízo presumido.

A base provisória do raciocínio justificativo da sentença pode ser constatada pela reconstrução do argumento defensivo, incluindo a condição de refutação, como teste de verificação que se faz de forma ilustrativa.

Quadro 34 - Sentença no Layout Toulmin: refutação provisória de tese defensiva de excludente de tipicidade por ausência de prejuízo

ELEMENTOS	PROPOSIÇÕES DA TESE DEFENSIVA
Dado (D)	Não houve prejuízo para a organização militar, tampouco repercussões administrativas.
Garantia (W)	(IMPLÍCITO) Uma norma só é aplicada ao caso se esse fato se assemelhar à descrição da lei penal.
Apoio (B)	(IMPLÍCITO) Regras de hermenêutica jurídica (consumação ou adequação típica)
Conclusão (C)	A inexistência de prejuízo nos crimes de perigo torna o fato atípico
Refutação (R)	Exceto se o crime for de perigo abstrato, cujo prejuízo é presumido.

Fonte: O autor (2020)

A exceção do caso (“R” sim), de modo a invalidar a conclusão feita pela defesa, traduziu-se na seguinte expressão: “Exceto se o crime for de perigo abstrato, cujo prejuízo é presumido”. De tal modo, o argumento judicial de refutação foi efetivamente reconstruído contendo a exceção de fato:

Quadro 35 - Sentença no Layout Toulmin: refutação de tese defensiva de excludente de tipicidade por ausência de prejuízo

ELEMENTOS	PROPOSIÇÕES DA SENTENÇA
Dado (D)	No caso em tela, a torre de controle ficou apenas com um controlador, de grau inferior.
Garantia (W)	A punibilidade se impõe diante da mera presunção de que poderia ocorrer algum dano
Apoio (B)	(IMPLÍCITO) Regras de hermenêutica jurídica (consumação e adequação típica)
Conclusão (C)	O delito de abandono de posto é crime de perigo abstrato e se consumou independentemente da ocorrência de dano ou prejuízo.

Fonte: O autor (2020)

Verifica-se no presente caso que seria desnecessário justificar D, considerando que tomou como referência o argumento defensivo que já estava justificado pelo depoimento testemunhal. A garantia (W) foi explicitada. Pode-se dizer que a justificação interna da refutação foi construída corretamente na sentença ao admitir as premissas do argumento defensivo e contestá-lo apenas na sua conclusão.

Registre-se, por fim, ter ficado implícito no argumento que se concluiu pela tipicidade, levando-se em conta que houve consumação do crime.

Partindo para a análise da sua correlação com o voto oral vencedor, a compreensão da questão se concentra na premissa sobre a qual foi construído o raciocínio da sentença para dizer o que teria constituído o perigo abstrato. Se esse dado corresponder ao dado fornecido no argumento do voto oral, então a fundamentação da sentença seria considerada legítima.

Verifique-se a reconstrução do voto oral.

Quadro 36 – Voto vencedor no Layout Toulmin: refutação de tese defensiva de excludente de tipicidade por ausência de prejuízo

ELEMENTOS	PROPOSIÇÕES DO VOTO VENCEDOR
Dado (D)	D1- A acusada não estaria em local acionável para uma possível emergência. D2- O risco foi agravado porque o outro Sargento permaneceu de serviço por doze horas seguidas no console principal. D3- Ficar olhando para o console diretamente por doze horas gera cansaço.
Garantia (W)	O risco representa prejuízo ao serviço (IMPLÍCITO) – A ocorrência de certas situações induz à presunção de risco
Apoio (B)	(IMPLÍCITO) – A experiência comum
Conclusão (C)	A acusada colocou uma situação em risco. O risco independe de haver ou não um alto fluxo do tráfego na época.

Fonte: O autor (2020)

A justificação do voto vencedor neste ponto ocorreu adequadamente, vez que dos dados (D1, D2 e D3) foi possível passar à conclusão (C) por uma garantia facilmente verificável na hipótese (W), explícita em parte. Os dados foram representados por premissas

que serviram para verificar a existência de uma situação de risco na conduta praticada pela acusada. Mesmo sem se tornar explícito, o apoio da garantia se deu pela experiência comum.

Observa-se que os dados utilizados em D1, D2 e D3 no voto vencedor foram mais consistentes que o dado “D” referenciado na sentença para que se chegasse à conclusão do risco presumido ou de perigo presumido. Pode-se até mesmo dizer que a sentença deixou de aproveitar corretamente as premissas fornecidas no voto oral que melhor embasaram a tese do crime de perigo abstrato. Logicamente, isso não configurou uma supressão de argumentos, posto que o núcleo principal das razões expostas pelo voto vencedor foi aproveitado na sentença.

De todo modo, aqui se verifica que a sentença apenas adequou os termos jurídicos de enfrentamento da tese defensiva, mas não inovou em matéria de fixação de premissas, utilizando-se daquelas que foram efetivamente fornecidas pelo voto oral.

Com esta observação, nota-se que mesmo na ausência de um voto oral que pontuasse expressamente a sua finalidade de rebater a tese defensiva, o voto oral foi adequadamente justificado e corretamente referenciado pela sentença. A suplementação jurídica da sentença não se prestou a compensar qualquer deficiência argumentativa, mas tão somente permitiu aplicar a correta roupagem jurídica ao caso e organizar os fundamentos do voto vencedor em face dos argumentos defensivos.

6.3.6 Tipicidade subjetiva: dolo

O voto vencedor não argumentou sobre o dolo da conduta. Por outro lado, o voto vencido da juíza togada foi expresso e conclusivo em relação à tipicidade objetiva, mas no sentido de refutá-la, concluindo pela inexistência de dolo. Desse modo, as proposições do argumento sobre tipicidade subjetiva foram extraídas apenas da sentença escrita.

Ressalte-se que nesta seção, e em todos os demais capítulos de sentença analisados a partir deste ponto, não houve discussões em plenário ou fundamentação nos votos orais³¹⁵, o que enseja a análise exclusiva das proposições da sentença escrita, que servirá para o estudo do modo de construção dos argumentos e dos impactos das omissões dos votos orais no texto da sentença.

³¹⁵ Conforme registrado na Seção 6.2.

Observa-se que o argumento sobre a tipicidade subjetiva na sentença é estruturalmente inválido.

Quadro 37 - Sentença no Layout Toulmin: capítulo da tipicidade subjetiva (dolo)

ELEMENTOS	PROPOSIÇÕES DA SENTENÇA
Dado (D)	A consciência prévia da proibição de se ausentar do local de serviço adveio do compromisso de honra ao serviço militar
Garantia (W)	INEXISTENTE
Conclusão (C)	A acusada teve consciência e vontade de se ausentar do seu posto, sem autorização.

Fonte: O autor (2020)

Apesar da conclusão (C) do capítulo da sentença corresponder ao tipo de questionamento do modelo legal que se deve fazer em relação ao dolo, qual seja: “se o acusado agiu com consciência e vontade de concretizar a conduta descrita no tipo penal”, a fundamentação do argumento é inexistente, por ausência de justificação interna.

Do dado (D) não é possível passar à conclusão (C), considerando que inexistente uma garantia (W) na hipótese.

A partir da conclusão adotada (C), pode ser feito um desafio de testagem com base no modelo Toulmin: por que a acusada teve consciência e vontade de se ausentar do seu posto, sem autorização? A resposta a esse questionamento deve corresponder ao dado da questão (D). Nesse caso, ter-se-ia que elencar uma situação de fato, demonstrada por provas dos autos, que respondesse à indagação. Todavia, a resposta que foi fornecida é lastreada em uma razão genérica, sem ancoragem em elementos de prova, a qual pressupõe que a consciência e a determinação para o fato adviriam do mero compromisso de honra ao serviço militar.

A aceitação dessa resposta como um dado concreto (D) tornaria esse tipo de premissa passível de utilização em qualquer espécie de argumento, de modo que todo e qualquer acusado seria automaticamente responsabilizado, por não incidir circunstâncias do mundo fático que elidisse a presunção absoluta de culpabilidade. Ora, isso seria a criação de um argumento cuja estrutura implicaria na responsabilização objetiva, que não é tolerada pela Constituição Federal.

Apenas para reforçar e esclarecer este ponto, a referida premissa “D” pode ser justificada como verdadeira em algumas hipóteses, posto que o compromisso de honra é previsto em lei e se destina a alertar os militares recém incorporados na carreira acerca dos seus deveres constitucionais e legais. Cite-se como exemplo a fundamentação da potencial consciência da ilicitude, em capítulo da sentença que faz a análise da culpabilidade.

O problema no presente argumento foi a sua utilização equivocada e genérica como premissa para fundamentar o dolo, que para ser revelado requer análise da prova indiciária dos autos e raciocínios presuntivos que formam o juízo de fato. Dessa forma, o argumento sobre tipicidade subjetiva (dolo) é inválido pela ausência de razões suficientes, bem como pela inexistência de justificação interna e externa das premissas, considerando-se como não fundamentado.

Atribui-se a deficiência do argumento, logicamente, à omissão de razões no voto oral vencedor, em qualquer aspecto capaz de fundamentar este capítulo da sentença. Neste caso específico, a situação é ainda mais grave, considerando ter a juíza togada votado em direção totalmente oposta, no sentido da ausência de dolo na conduta da acusada. Isso demandaria uma justificação específica do ponto divergente do voto vencedor, que se seguiu ao voto vencido da magistrada.

Inferre-se não ser possível ao juiz redator da sentença formular um argumento válido que represente o voto vencedor, quando o seu raciocínio está comprometido com suas próprias premissas e com o seu próprio processo de inferência. Neste caso, o desafio redacional seria ainda mais dificultoso, dada a inexistência de qualquer premissa lançada pelo voto vencedor, mesmo que desconexas. A única possibilidade nesse sentido ocorre quando existem argumentos das partes nos autos que estão aptos a completar toda a área decisória em relação ao ponto discutido e o juiz redator da sentença os utiliza para suprir a lacuna deixada pelo voto vencedor. Trata-se de uma motivação *per relationem* de forma implícita, que só teria cabimento em hipóteses muito restritas e, principalmente, quando a sua adoção não viola o princípio do contraditório.

As conclusões sobre a invalidade do argumento da sentença em discussão serão reforçadas no tópico abaixo, que aprecia especificamente os argumentos defensivos que tenderiam à elisão do dolo da conduta.

6.3.7 Tese defensiva: excludente de tipicidade por ausência de dolo

Ao asseverar a ausência de dolo, a defesa argumentou que as provas demonstram que a acusada não quis causar prejuízo, deixando o seu colega de turno operando o serviço no console. Reforçou o cuidado de voltar para assinar o livro de ocorrência antes de sair para casa e o recebimento de uma autorização de seu superior para que levasse sua mãe à residência. Aduziu, ainda, que a palavra abandonar pressupõe "deixar ao desamparo e largar tudo", o que não foi evidenciado na conduta da acusada.

Observa-se que não houve refutação expressa de tais argumentos, a qual pressupunha a valoração da prova dos autos. A sentença simplesmente silenciou, assim como o fez o voto oral vencedor.

Esse capítulo da sentença (elemento subjetivo do tipo) deveria enfrentar minimamente as premissas citadas no argumento defensivo sobre as provas que se prestariam a evidenciar a não intenção de causar prejuízo, como: o cuidado de deixar o seu colega de turno operando o serviço no console, o retorno para assinar o livro de ocorrência, e a autorização que teve do suboficial JFM. Além disso, caberia enfrentar a conclusão de que essas condutas não seriam indicativos da intenção de cometer o núcleo do tipo “abandonar”, o qual pressupõe “deixar ao desamparo” o estado de coisas a que estava obrigada, mas simplesmente de sair do local para uma finalidade específica.

Além disso, a questão da consciência do crime poderia ser discutida à luz da confusão gerada pela suposta autorização de uma autoridade superior (o suboficial JFM), ainda que sem competência administrativa para tanto. Não haveria, no caso, um “erro de tipo” ou mera “culpa”? E se fosse erro de tipo, haveria punição por culpa?

Todas essas questões foram efetivamente discutidas no voto vencido da juíza togada³¹⁶, porém, por ter seguido direção oposta ao voto vencedor (ausência de dolo), não se prestaram a fundamentar a existência de dolo na sentença.

Considera-se não fundamentada a sentença, vez que deixou de enfrentar expressamente argumentos³¹⁷ que poderiam modificar este ponto do julgado³¹⁸, conforme ocorreu em parte da análise da tipicidade objetiva.

³¹⁶ Conforme se verifica no Quadro 21 – Decomposição do voto vencido no capítulo da tipicidade subjetiva e na análise da tese defensiva de excludente de tipicidade por ausência de dolo

É fato que alguns dados que embasaram as premissas do questionamento da tipicidade subjetiva (dolo), mas que deixaram de ser analisados neste ponto, também compuseram argumentos do universo de discussão da tipicidade objetiva, discutido anteriormente. Todavia, os referidos dados visavam a conclusões ontologicamente diversas. Para isso, o processo de inferência, ou a garantia (W) dos argumentos, deve assumir estruturas variadas, a depender do que se quer concluir. Esta observação é relevantíssima para o estudo, vez que fomentará conclusões precisas sobre o modo de construir as decisões dos escabinados militares na seção em que for feito o confronto com o modelo de deliberação.

Parte dos argumentos que foram levantados pela defesa para atacar o dolo do cometimento do crime também foram analisados no capítulo relativo à tipicidade objetiva, porém com um enfoque diverso do pleiteado pela defesa. Independente desta categorização doutrinária, pretende-se demonstrar que não basta a decisão judicial reproduzir “trechos” dos argumentos ou premissas componentes das teses da acusação ou da defesa, acolhidos nos votos orais, e alocá-los em algum capítulo da sentença. Há de se compreender a constituição do argumento completo, o qual é balizado por sua pretensão ou conclusão (C), e identificar a estrutura de inferência “W” a se aplicar.

Observe-se, por exemplo, o levantamento de premissas que versam sobre “prejuízo ao serviço” e “autorização do Suboficial JFM”, tanto como razões (D) no argumento defensivo sobre o dolo, no capítulo da tipicidade subjetiva, quanto nos argumentos defensivos sobre tipicidade objetiva. Ocorre que suas funções são distintas em relação às conclusões passíveis de obtenção em cada caso. No capítulo da tipicidade objetiva, tenciona-se saber se houve conduta, resultado, nexos causal e adequação típica. No capítulo da tipicidade subjetiva, almeja-se verificar se houve consciência e vontade de cometer a conduta penalmente prevista no tipo legal.³¹⁹

O enfrentamento das premissas deve ocorrer no capítulo da sentença adequado, sendo o único modo de verificar se o acolhimento do argumento tem ou não a possibilidade de modificar o julgado. Por isso não é possível considerar fundamentada uma decisão tão somente porque em algum momento do seu texto se referiu a algum dado lançado na tese

³¹⁷ CPP, Art. 315, § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

³¹⁸ Tipicidade subjetiva.

³¹⁹ No caso presente, ainda que a sentença não tenha dividido a sua motivação em capítulos estanques, fez uma divisão prática, e seguiu uma sequência de raciocínio, de modo que foi possível reconstruir e encaixar os macroargumentos segundo a sua finalidade no contexto da sentença (materialidade, autoria, tipicidade *etc*).

defensiva. Isso demonstra que mesmo tendo abordado algum dado correlato, o voto oral foi completamente omissivo em relação ao enfrentamento do elemento subjetivo do tipo, o dolo, que impactou na deficiência da redação da sentença.

O que se observa, portanto, independentemente da qualidade dos argumentos, é que os requisitos mínimos de argumentação não se fizeram presentes neste capítulo da sentença, além da omissão em refutar argumentos defensivos expressamente formulados. Em relação a este último ponto, a inexistência de motivação tornou prejudicada a análise da justificação.

6.3.8 Tese defensiva: excludente de culpabilidade pelo estado de necessidade exculpante

Confirmada a materialidade, autoria, tipicidade e ilicitude da conduta, resta perquirir sobre a culpabilidade, que constitui um capítulo da sentença destinado a responder se a conduta do agente é reprovável. Esse questionamento aborda três aspectos básicos, que são a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

No caso em análise, não houve manifestação sobre imputabilidade e potencial consciência da ilicitude. Entretanto, afigurou-se dispensável essa análise, tendo em vista a suficiência da argumentação quando inexistente uma controvérsia séria e fundada a respeito, conforme se estudou no capítulo 3. Desse modo, o capítulo da sentença respondeu tão somente à exigibilidade de conduta diversa como elemento da culpabilidade, que foi objeto de impugnação defensiva. O questionamento básico auferido do modelo legal é saber se “era exigível outra conduta da acusada ou se havia alguma causa que lhe exculpasse”.

A defesa argumentou que a saída da acusada do local de serviço até o aeroporto teria a finalidade de auxílio à sua mãe, a qual estaria doente, caracterizando o estado de necessidade como excludente de culpabilidade. Fundamentou que as provas dos autos confirmam essa necessidade, quando demonstram realização de procedimento cirúrgico logo após o ocorrido. Em consequência, concluiu que a acusada deveria ser absolvida por estado de necessidade exculpante, previsto no art. 39 do CPM.³²⁰

³²⁰ CPM, Art. 39. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.

Relembre-se que a culpabilidade não foi enfrentada na votação oral, levando à extração de proposições apenas da sentença escrita, segundo a estrutura do seguinte argumento refutativo.

Quadro 38 - Sentença no Layout Toulmin: refutação de tese defensiva de excludente de culpabilidade por estado de necessidade exculpante

ELEMENTOS	PROPOSIÇÕES DA SENTENÇA
Dado (D)	A mãe da ré não estava em estado de saúde emergencial.
Garantia (W)	Não havia motivo justo para sacrificar o bem protegido pela legislação castrense.
Apoio (B)	(IMPLÍCITO) Art 39 do CPM
Conclusão (C)	Era exigível da ré outro tipo de comportamento, não se verificando o estado de necessidade exculpante.

Fonte: O autor (2020)

A justificação interna ocorreu adequadamente, vez que dos dados (D) foi possível passar à conclusão (C) por uma garantia explícita. O apoio, que estava implícito, porquanto referenciado na tese defensiva, tem plena adequação para dar o suporte à garantia.

No entanto, houve a necessidade de justificação externa do dado apresentado em (D), para corroborar o estado de coisas afirmado como premissa, qual seja, o de que a mãe da ré não estava em quadro de saúde emergencial.

Observe-se que “D” original passou a ser a conclusão “C” do próximo nível de justificação, o qual foi apoiado por novo dado, caracterizado pela prova testemunhal que embasa essa conclusão sobre o fato provado.

Quadro 39 - Sentença no Layout Toulmin: justificação de premissa na refutação de tese de necessidade exculpante

ELEMENTOS	PROPOSIÇÕES DA SENTENÇA
Dado (D)	A testemunha SO JFM declarou apenas que a mãe da acusada aparentava cansada.
Garantia (W)	(IMPLÍCITO) A declaração de testemunhas de que a mãe da acusada aparentava apenas estar cansada vale como comprovação de que não havia estado emergencial.
Apoio (B)	(IMPLÍCITO) Regras de experiência comum
Conclusão (C)	A mãe da ré não estava em estado de saúde emergencial.

Fonte: O autor (2020)

Apesar da aparência de justificação, o argumento apresentou o problema de realizar uma total compensação argumentativa com o levantamento de premissas não discutidas em plenário. A sentença se valeu da declaração da testemunha suboficial JFM no sentido de que a mãe da acusada aparentava apenas estar cansada, sem que isso constasse nas discussões ou votos. Mostra-se reafirmado o procedimento de busca e encaixe de dados pelo redator da sentença, como forma de dar um sentido aos argumentos que não foram expressados no voto vencedor, e com isso compensar a justificação do julgamento.

Por conta dessa deficiência estrutural e procedimental do sistema escabinado, ocorreu o vício da não impugnação dos argumentos contrários aos afirmados na sentença. Isso porque a falta de embasamento do argumento do voto vencedor levou o redator a escolhas aleatórias nos autos.

Se se trata de um argumento para refutar a tese defensiva, obrigatoriamente deveria especificar por que o dado “D” do seu argumento (a mãe estava apenas cansada) valeria em detrimento do dado “D” do argumento defensivo (genitora se submeteu a procedimento cirúrgico logo após o ocorrido). Nisto haveria o diálogo dos meios de prova, quais sejam, a declaração do Suboficial JFM em face da prova sobre a realização da cirurgia³²¹, ou mesmo, caberia ao voto vencedor declarar que inexistente esse fato provado, ou que não foi esse o conteúdo da prova, dentre outras possibilidades.

Como tais elementos não formaram a convicção da juíza togada, tampouco foram discutidos em plenário, estando ocultos no processo de motivação do voto vencedor, remanesce ao redator da sentença apenas duas opções: compensar o argumento de algum modo ou simplesmente deixar de fundamentar este ponto na sentença.³²² Percebe-se que foi adotada a primeira opção, que tem sido prática recorrente observada no caso em estudo, normalmente com o lançamento de argumentações da parte contrária em motivação *per relationem* ou referência a algum meio de prova dos autos que se aproxima daquilo que a sentença pretendeu concluir no seu argumento. Foi o que ocorreu neste ponto.

³²¹ Frise-se que o meio de prova não foi declarado no trecho da argumentação defensiva. Como não se objetiva aqui a análise detalhada dos conteúdos probatórios, mas apenas o procedimento realizado pelos atores processuais, tais elementos são dispensáveis na confirmação desta informação.

³²² Embora a sentença se revele não fundamentada com essa opção, a sentença refletiria efetivamente o julgamento, impedindo que se formasse uma zona de arbítrio. O juiz togado não detém competência revisional dos votos do Conselho de Justiça, cabendo à instância superior a declaração de nulidade de ofício ou mediante impugnação das partes. Ressalte-se, ainda, que não se pode atribuir a inexistência de fundamentação da sentença ao juiz redator, mas ao próprio colegiado que assim decidiu à margem do comando constitucional.

Por tais motivos, o capítulo da sentença restou não justificado.

6.3.9 Circunstâncias atenuantes

As circunstâncias legais, para além daquelas que constituem o tipo penal e as qualificadoras, podem ter a natureza de agravantes ou atenuantes, ou ainda se constituírem em causas de aumento ou de diminuição de pena. A circunstância servirá para interferir no acréscimo ou decréscimo de pena aplicada. Porém, sua aplicação carece de fundamentação expressa no corpo do decisório³²³, sob pena de invalidar a dosimetria que a reconheceu sem explicitar os motivos. Afinal, se vai agravar em desfavor do réu, ou se vai abrandar em desfavor da acusação, é necessário que o juiz justifique os motivos do seu convencimento.

Quando se verifica o modelo legal de justificação, surge o questionamento básico de saber se “militam a favor da acusada circunstâncias atenuantes”, como no presente caso. A reconstrução das proposições da sentença segundo o Layout Toulmin nos fornece a seguinte estrutura do argumento.

Quadro 40 - Sentença no Layout Toulmin: capítulo de circunstâncias atenuantes

ELEMENTOS	PROPOSIÇÕES DA SENTENÇA
Dado (D)	A acusada confessou o delito
Garantia (W)	(IMPLÍCITA) A prática de confissão, em certas circunstâncias, gera benefício legal ao acusado em processo penal
Apoio (B)	Os artigos 69 e 72, III, d, ambos do CPM, possibilitam a aplicação da circunstância, com efeitos na individualização da pena.
Conclusão (C)	A acusada deve se beneficiar de uma circunstância atenuante.

Fonte: O autor (2020)

Verifica-se que a conclusão “C” corresponde ao reconhecimento do benefício. A justificação interna ocorreu adequadamente, vez que do dado “D” foi possível passar à conclusão por uma garantia implícita “W”, porém facilmente identificável, que se constitui na

³²³ Algumas sentenças efetuam a fundamentação das circunstâncias legais no capítulo da dosimetria.

própria norma extraída do apoio. O apoio “B”, que foi explicitado, tem plena adequação para dar o suporte à essa garantia.³²⁴

Poder-se-ia dizer que a sentença apreciou e justificou minimamente este capítulo da decisão, mesmo sem a influência ou determinação do voto vencedor.

Ocorre que a justificação externa do dado “D” (confissão) não foi efetuada a contento, posto que não detalhou as circunstâncias da confissão. Conforme está narrado na sentença, a acusada disse que:

“(…) deixou o seu posto de serviço para ir buscar sua mãe no saguão de desembarque do aeroporto de Porto Seguro, tendo comunicado a sua saída ao 3S HAG (seu colega de turno, militar mais moderno), e que foi autorizada, posteriormente, pelo SO JFM para ir embora para sua residência junto com sua mãe.”

Observa-se que foi uma confissão qualificada³²⁵, admitindo somente a saída do prédio operacional de serviço, mas não a falta de autorização superior, que é parte essencial do tipo penal. Neste trecho do depoimento também não há menção sobre o suposto crachá e a prática corriqueira de circulação pelo aeroporto, conforme arguido expressamente pela defesa. Seria essa confissão qualificada válida para os fins de atenuação, à luz da lei penal militar, considerando que a jurisprudência dos tribunais superiores vem discutindo e sumulando o assunto?³²⁶

Além disso, existe entendimento jurisprudencial solidificado no STM³²⁷ de que o reconhecimento da atenuante só ocorre nos casos de autoria ignorada ou imputada a outra

³²⁴ Registre-se, apenas, que se a circunstância for efetivamente utilizada como atenuante do art. 72, III, d, do CPM, na segunda fase da dosimetria, não poderá igualmente ser valorada na primeira fase prevista no art. 69 do CPM. As circunstâncias judiciais agravantes ou atenuantes só devem ser valoradas uma única vez, sob pena de dupla punição ou de dupla atenuação, respectivamente. Ressalte-se que a dosimetria deste julgamento não será analisada, pelos motivos expostos ao início da Seção.

³²⁵ Ocorre a confissão qualificada quando o réu admite a prática do fato, no entanto, alega em sua defesa teses discriminantes ou exculpantes.

³²⁶ “A confissão, mesmo que qualificada, dá ensejo à incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do CP, quando utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação.” STJ. 3ª Seção. EREsp 1.416.247-GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 22/6/2016 (Info 586). Súmula 545-STJ: Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal.

³²⁷ “(…)A atenuante da confissão somente é reconhecida nas situações em que a autoria for ignorada ou imputada a outrem. (...) IX - Provimento parcial do recurso defensivo. Decisão Unânime.”. (Apelação nº 46-62.2014.7.08.0008, Relator Ministro Marco Antônio de Farias, DJe de 29/08/2017); “(…)A teor do art. 72, inciso III, alínea “d”, do CPM, impossível o reconhecimento da atenuante da “confissão” quando a autoria do ilícito não for ignorada ou imputada a outrem. Precedentes desta Corte. Decisão unânime.”. (Apelação nº 12-28.2005.7.04.0004, Relator Ministro Fernando Sérgio Galvão, DJe de 30/11/2015); “(…) O entendimento desta Corte Superior Castrense é o de que a confissão realizada perante autoridade, quando a autoria do crime não é ignorada nem atribuída a outrem, repele a atenuante prevista no artigo 72, inciso III, alínea “d”, do Código Penal

pessoa, em função da redação especial da norma do art. 72, III, d, do CPM³²⁸, diversa do art. 65, III, d, do Código Penal comum³²⁹, questão que eventualmente poderia ser enfrentada em discussão pelos integrantes do próprio Conselho de Justiça, acaso a premissa fosse objeto de debate e justificação em plenário.

Em análise mais percuciente e técnica, portanto, não houve justificação adequada, considerando que tanto o dado “D”, quanto a própria garantia “W”, baseada no apoio “B”, poderiam ser discutidos com mais informação e reflexão, para tão somente se concluir pela aplicação da conclusão “C”. Aqui, há um caso típico de motivação jurídica insuficiente, e não de motivação sucinta. A referência para saber da suficiência ou não da motivação está no contexto e no conjunto de alegações das partes a respeito dos fatos, de modo que não se pode reputar fundamentado juridicamente um argumento omissis em pontos importantes das teses discutidas.

No entanto, dada a ausência de um momento mínimo de discussão em plenário sobre esse capítulo da decisão, ou mesmo sobre os argumentos defensivos que invalidariam a hipótese de confissão, a redação da sentença teve mais uma vez que fazer a compensação argumentativa³³⁰, de modo a tornar válida a aplicação da atenuante na fase de dosimetria da pena. Ainda que a atenuante aproveite à defesa no caso concreto, a discussão não é sobre regra de ônus processual penal sobre arguição de nulidades³³¹, e sim a validade das estruturas argumentativas, independente do proveito para a acusada.

A observação desse capítulo da decisão foi relevante para compreender o modo como as decisões são construídas, além de se relacionar com o questionamento de pesquisa sobre os deveres mínimos de argumentação dos integrantes do escabinado. Surgem as seguintes reflexões: se está entre os deveres argumentativos do juiz togado suscitar as controvérsias ou precedentes jurisprudenciais em torno das questões jurídicas, ou se somente deve atuar quando provocado na retirada de dúvidas; se o nível de justificação de premissas em que não teve participação no voto deve ser explorado ao máximo em plenário; e se pode

Militar. (...) Provido parcialmente o Recurso do MPM, por maioria.". (Apelação nº 15-78.2009.7.06.0006, Ministro Relator Alvaro Luiz Pinto, DJe de 2/7/2015)

³²⁸ CPM, Art. 72. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: III - ter o agente: d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem;

³²⁹ CP, Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: III - ter o agente: d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

³³⁰ A deliberação será objeto de análise específica na seção 6.5.

³³¹ CCPM, Art. 501. Nenhuma das partes poderá argüir a nulidade a que tenha dado causa ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interessa.

compensar argumentos que são exclusivamente técnicos, como no caso a controvérsia sobre confissão qualificada e aplicação de atenuantes.

6.3.10 Tese defensiva: desnecessidade de aplicação do direito penal

A sentença dedicou um capítulo para refutar a tese defensiva de que o direito penal não teria mais utilidade no caso, haja vista a sanção administrativa de exclusão da corporação aplicada à acusada. Conforme reconstrução no Layout Toulmin, o argumento foi o seguinte.

Quadro 41 - Sentença no Layout Toulmin: refutação de tese defensiva sobre desnecessidade de aplicação do direito penal

ELEMENTOS	PROPOSIÇÕES DA SENTENÇA
Dado (D)	D1 - A acusada violou uma norma penal. D2 - A conduta pôs em risco a segurança das operações de voo e a vida de muitas pessoas
Garantia (W)	A conduta foi grave e merece reprimenda severa.
Apoio (B)	(IMPLÍCITO) Normas constitucionais e legais
Conclusão (C)	Há necessidade de aplicação do direito penal ao caso.

Fonte: O autor (2020)

A conclusão “C” adotou a negação do argumento defensivo, afirmando que há a necessidade de aplicação do direito penal ao caso concreto. Aparentemente, teria ocorrido a justificção interna, vez que dos dados (D1 e D2) é possível passar à conclusão (C) por uma garantia explícita. O apoio, que foi implícito, tem plena adequação para dar o suporte à garantia.

Levando em consideração inexistir pronunciamento pelo voto vencedor, surge a questão de saber neste capítulo da sentença se seria possível a suplementação argumentativa feita pelo juiz togado, considerando que de algum modo as premissas “D1” e “D2” foram previamente abordadas no voto vencedor, mesmo não sendo discutidas com vistas a refutar esta tese defensiva. A resposta, *a priori*, parece ser negativa, considerando as observações anteriores sobre as diferentes funções em que as premissas se colocam nos argumentos, em face de conclusões distintas.

A violação da norma penal (D1) e a colocação em risco de muitas pessoas (D2) precisariam ser justificadas nesse contexto específico, para verificar se subsistiriam em face de um argumento que se propôs a negar a conclusão da tese defensiva (Não “C”). Após isso, caberia a constatação sobre o preenchimento da estrutura aberta da garantia (W), para só então se chegar à conclusão do argumento (C).

Esse percurso lógico não é o mesmo que justificou a passagem dos dados D1 e D2 para a conclusão de ter havido tipicidade, por exemplo. Isso porque a nova conclusão (C) é um contra-argumento que deve levar em conta o aspecto “utilidade do direito penal” e um novo dado “exclusão da acusada das Forças Armadas”.

A refutação da tese defensiva deveria se referir à essa conclusão de utilidade do direito penal, não apenas fazendo a negativa geral, ou seja, que a acusada violou uma norma penal (D1), mas explicitando os motivos pelos quais a razão invocada pela defesa (exclusão das Forças Armadas) não impede a aplicação do direito penal no caso concreto.

Da mesma forma, dizer que a conduta pôs várias pessoas em risco (D2) é um modo de argumentar em círculos, sem criar um verdadeiro contra-argumento. A premissa “D2” não é razão suficiente para negar a conclusão de desnecessidade do direito penal, porque desconsidera a premissa invocada pela defesa sobre exclusão das Forças Armadas.

Assim, conclui-se que a suposta refutação da tese defensiva não foi devidamente justificada.

6.3.11 Tese defensiva: aplicação dos institutos da lei 9.099/95 e conversão em pena restritiva de direitos

O argumento se prestou a refutar a tese defensiva que afirmou a aplicabilidade dos institutos da Lei 9.099/95 no âmbito do direito castrense e a conversão em pena restritiva de direitos. Segue reconstrução da sentença no Layout Toulmin.

Quadro 42 - Sentença no Layout Toulmin: refutação de tese defensiva sobre aplicação dos institutos da lei 9.099/95 e conversão em pena restritiva de direitos

ELEMENTOS	PROPOSIÇÕES DA SENTENÇA
Dado (D)	Há expressa vedação legal no art. 90-A da referida lei.
Garantia (W)	(IMPLÍCITA) - As vedações legais impedem a incidência das circunstâncias nela previstas.
Apoio (B)	A súmula 9 do STM reforça o entendimento. (IMPLÍCITO) – regras de hermenêutica.
Conclusão (C)	Os institutos da lei 9.099/95 não podem ser aplicados na Justiça Castrense.

Fonte: O autor (2020)

A conclusão “C” adotou a negação do argumento defensivo, afirmando que os institutos da Lei 9.099/95 não podem ser aplicados na Justiça Castrense. A justificação interna ocorreu adequadamente, vez que do dado “D” foi possível passar à conclusão “C” por uma garantia implícita, mas de fácil verificação. O apoio, que estava implícito, tem plena adequação para dar o suporte à garantia, além de ter sido complementado por um apoio explícito. Não houve necessidade de prosseguir na justificação externa do argumento, com análise da premissa “D”, considerando que a simples leitura do artigo de lei permite identificar a norma proibitiva. Em consequência, pode-se dizer que o contra-argumento foi devidamente justificado.

O detalhe que se percebe neste ponto é a omissão da sentença em relação ao pedido de aplicação da pena restritiva de direitos de forma autônoma, até mesmo na reprodução que fez do pedido. Da forma como construído o argumento, a sentença teria compreendido que esse pedido estaria implícito ou se circunscrevia ao pedido de aplicação da Lei 9.099/95. Todavia, quando se verifica a transcrição dos argumentos defensivos feitos no Quadro 13³³², da seção 6.2, percebe-se que esse foi o pedido subsidiário da defesa, para a conversão de eventual pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, com fulcro no direito subjetivo do réu estabelecido na alínea "a" do inciso XLVI do artigo 5º da CF/88 e regulada pelo artigo 44 do Código Penal. Constata-se, ainda, que o pedido de aplicação da Lei 9.099/95 só teria sido formulado em sustentações orais, apesar de sua análise ser prejudicial ao pedido subsidiário de aplicação de penas restritivas de direitos.

³³² Quadro 14 – Decomposição da sentença: análise da tese defensiva de aplicação dos institutos da lei 9.099/95 e conversão em pena restritiva de direitos

Desse capítulo da sentença é possível extrair duas conclusões.

Primeiro, a análise apresentou um equívoco técnico. Supõe-se que a origem da incompreensão possa advir da notória falta de fundamentação do pedido feito pela defesa, em ambas as formas de manifestação, escrita e oral. Nesse sentido, a ausência de uma argumentação defensiva pode ter implicado na confusão dos institutos, em especial acerca do art. 76 da Lei 9.099/95³³³, a qual também prevê a possibilidade de pena restritiva de direitos.

A outra conclusão é a de não haver nulidade da sentença, apesar da omissão em apreciar especificamente o outro ponto do pedido defensivo. Os pedidos jurídicos desprovidos de adequada fundamentação não requerem o mesmo esforço judicial para a sua refutação. Se as alegações forem imotivadas, ou apenas baseadas em texto de lei sem especificar a sua aplicação ao caso, seria suficiente a prolação de uma decisão de não conhecimento do pedido, sem enfrentar o mérito, considerando que não veio lastreado em fundamentos sólidos.³³⁴ Afinal, pela sua invalidade argumentativa, o pedido não teria potencial de influir no desfecho da decisão.³³⁵

Por outro lado, houve uma clara compensação argumentativa realizada pela magistrada, devido ao silêncio do voto vencedor. Considerando que a própria juíza togada teve a iniciativa de conduzir a aplicação da dosimetria da pena, instando as juízas militares a responder o “passo a passo” das indagações para aplicação da pena e dos seus consectários, conforme se verifica na degravação contida na Seção 6.2, é de se notar que o silêncio dos votos vencedores está atrelado à omissão da própria magistrada em deliberar sobre a aplicação da Lei 9.099/95 e a conversão em penas restritivas de direitos. Isso não elide a ilegitimidade da compensação de argumentos, mas facilita a compreensão dos motivos do problema.

Para além das observações acima, surge a questão de saber se uma decisão por conhecimento técnico precisaria realmente ser submetida ao colegiado. Registre-se, todavia,

³³³ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

³³⁴ Mesmo em se tratando de pequenos pedidos no interior de um processo, se está exercendo o direito de ação ou o direito de defesa, que implica no pedido de alguma coisa, por algum motivo, que pode ensejar em questões de fato ou de direito.

³³⁵ Aqui se aplicam todas as considerações expostas na subseção 6.3.3, quando fez menção aos artigos 315, §2º, IV do CPP e 489, §1º, IV do CPC, ambos passíveis de aplicação subsidiária ao processo penal militar, nos termos do art. 3º, alíneas “a” e “e”, do CPPM, respectivamente.

que as observações sobre a prática deliberativa, as críticas à cultura institucional e à forma de deliberar no escabinado serão analisadas nas Seção 6.4, e 6.5.

Conclui-se que o capítulo da decisão foi justificado, embora haja o registro da questão controversa sobre a legitimidade da compensação argumentativa feita na sentença.

6.3.12 Dosimetria e conseqüências da pena

Reitere-se que não se procedeu à análise argumentativa da dosimetria da pena e dos demais comandos, considerando que a própria juíza togada conduziu esses pontos na sessão de julgamento, tornando-se despiciendo para o objetivo da pesquisa. O escopo do trabalho se deteve em identificar os pontos argumentativos em que o voto do juiz togado foi vencido, para verificar como se dá a argumentação jurídica produzida a partir dos votos dos juízes militares e os seus reflexos na produção da sentença escrita.

Nada obstante, o tema da dosimetria será abordado na seção seguinte, que trata da prática deliberativa.

6.3.13 Cadeia de argumentos da sentença

Segue uma representação do esquema geral da cadeia de argumentos da sentença no Layout Toulmin, com reprodução das suas proposições de forma bem simplificada para a melhor compreensão. Referido esquema é a representação simbólica do objeto da pesquisa, qual seja, a forma de construção da decisão escrita, tomando-se como referência os votos orais produzidos em julgamentos.

Quadro 43 - Sentença no Layout Toulmin: cadeia de argumentos

ELEMENTOS	PROPOSIÇÕES DA SENTENÇA COMPLETA
Dado (D)	Foram verificados no processo penal militar: <ul style="list-style-type: none"> <li data-bbox="451 1861 1145 1895">D1 – Materialidade e autoria (a acusada saiu do local de serviço) <li data-bbox="451 1921 1414 1984">D2 – Tipicidade objetiva (a acusada saiu do local de serviço, sem autorização do superior competente) <li data-bbox="451 2011 1230 2045">D3 – Tipicidade subjetiva (a acusada tinha o dolo de cometer a conduta)

	D4 – Ilicitude (a conduta é proibida por lei) (IMPLÍCITO) D5 – Culpabilidade (a acusada era imputável, tinha consciência da ilicitude e deveria agir de outro modo) (IMPLÍCITO EM PARTE) D6 – Circunstância atenuante reconhecida, que interfere na dosimetria da pena
Garantia (W)	Quando presentes os elementos de um crime (fato típico, antijurídico e culpável), o acusado deve ser condenado
Apoio (B)	Art. 195 do CPM (tipo penal do abandono de posto)
Conclusão (C)	A acusada deve ser condenada e uma pena deve ser aplicada

Fonte: O autor (2020)

Observa-se que a cadeia de argumentos da sentença tem um padrão lógico, o qual lhe confere validade e compreensão. A sua formulação adveio do modelo legal de justificação, que engloba as normas de direito penal e de direito processual. Os dados da cadeia argumentativa são os macroargumentos que constituem os elementos do crime, além de outras circunstâncias relevantes para essa definição, incluindo as circunstâncias para aplicação da pena.

Na presente análise, verificou-se que os macroargumentos foram ordenados e sequenciados nos diversos capítulos, representados no esquema de Toulmin como dados D. Os capítulos da sentença constituem o *locus* argumentativo em que as questões jurídicas são resolvidas para se chegar à decisão final de mérito. Nesse âmbito, constaram todas as teses defensivas apresentadas, de modo que subsistiram os elementos do crime e as demais circunstâncias que embasam o decreto condenatório.

Por uma questão lógica, a materialidade e a autoria foram motivadas anteriormente aos elementos tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Após a conclusão de que haveria culpabilidade, foram expostas as circunstâncias para a aplicação da pena. A sentença adotou um roteiro lógico-argumentativo em que questões precedentes embasam as questões subsequentes.

Existiu justificação interna da cadeia de argumentos, vez que da relação entre as premissas (D) foi possível obter a conclusão (C), a partir da garantia explicitada na sentença (W).

Apesar da correta estruturação da sentença escrita e da sua adequada ordenação em capítulos lógicos e sequenciais, a justificção externa das premissas nem sempre ocorreu da forma devida, conforme se concluiu nas análises feitas nas subseções 6.3.1 a 6.3.12.

O estudo demonstra que muitas premissas desse layout argumentativo não foram adequadamente justificadas, embora se apresentem com a aparência de higidez e de validade formal. Os motivos da dissonância são variados, como se pôde perceber acima, e serão discutidos na última seção deste capítulo.

O quadro comparativo da próxima seção permitirá uma melhor compreensão da sentença, sintetizando os capítulos em que ocorreu uma efetiva justificção e os casos em que houve suplementação argumentativa na redação para compensar as deficiências dos votos orais.

6.4 Correlação entre os votos orais e a sentença escrita: triangulação dos dados

Após a análise iniciada com as decomposições feitas na Subseção 6.2, e com a subsequente recomposição e comparação na Subseção 6.3, é possível extrair um quadro de correlação entre a sentença e os votos orais, com alguns comentários pontuais. Trata-se de uma triangulação de dados entre os argumentos da sentença decompostos e os argumentos dos votos orais decompostos, conforme prevê o método de estudo de casos.

Essa comparação permite a preparação para a análise da prática deliberativa na seção seguinte, uma vez que conjuga a sequência dos votos na forma como foram produzidos em audiência e a sua posterior transformação em sentença: primeiramente, o voto da juíza togada (vencido); a seguir, o voto vencedor, com base na divergência aberta pela juíza militar JM 2 (vencedor); e por fim, a redação da sentença produzida pela juíza togada.

A análise permite, ainda, estabelecer correlações especiais sobre: a) a existência ou ausência de motivação dos votos orais; b) em havendo motivação, se a decisão foi considerada justificada ou não; e c) a verificação de eventuais compensações argumentativas realizadas pela sentença.

Para tanto, segue um quadro comparativo a partir de toda a análise acima.

Quadro 44 – Triangulação entre os votos orais e a sentença

	MOTIVAÇÃO			JUSTIFICAÇÃO	COMPENSAÇÃO
	Existência de abordagem formal sobre os capítulos da decisão - motivação				
Subseções correspondentes aos capítulos da decisão	Voto oral vencido	Voto oral vencedor	Sentença	Sentença	Sentença
6.3.1 Materialidade e autoria	Implícito	Expresso	Expressa	Justificado	Compensação
6.3.2 Tipicidade objetiva – Adequação típica	Implícito	Implícito	Expressa	Não justificado	Compensação
6.3.3. Tese defensiva – Excludente de tipicidade – 1º fato	Implícito	Implícito	Expressa	Não justificado	Compensação
6.3.4. Tese defensiva – Excludente de tipicidade – 2º fato	Expresso	Inexistente	Expressa	Justificado	Compensação
6.3.5. Tese defensiva – Excludente de tipicidade – ausência de prejuízo	Inexistente	Expresso	Expressa	Justificado	Não compensação
6.3.6 Tipicidade subjetiva - dolo	Expresso (divergiu)	Inexistente	Expressa	Não justificado	Compensação
6.3.7 Tese defensiva – Excludente de tipicidade – ausência de dolo	Expresso (divergiu)	Inexistente	Inexistente	Análise prejudicada	Análise prejudicada
6.3.8 Tese defensiva – Excludente de culpabilidade – estado de necessidade exculpante	Inexistente	Inexistente	Expressa	Não justificado	Compensação
6.3.9 Circunstâncias atenuantes	Inexistente	Inexistente	Expressa	Não Justificado	Compensação
6.3.10 Tese defensiva – Desnecessidade de aplicação do direito penal	Inexistente	Inexistente	Expressa	Não justificado	Compensação
6.3.11 Tese defensiva – Aplicação dos institutos da lei 9.099/95 e conversão em pena restritiva de direitos	Inexistente	Inexistente	Expressa	Justificado	Compensação
6.3.12 Dosimetria e consectários da pena	(conduziu)	(conduzido)	Expressa	Condução do voto	Condução do voto

Fonte: O autor (2020)

O referencial básico da análise foi a sentença, a qual foi motivada posteriormente ao julgamento em quase todos os capítulos estudados. A exceção ficou por conta da inexistência de refutação da tese defensiva de excludente de tipicidade por ausência de dolo.

Os votos orais somente produziram motivação em alguns capítulos.

Partindo do primeiro voto, da juíza togada, percebe-se que só houve motivação expressa nos capítulos da decisão listados nas subseções 6.3.4, 6.3.6 e 6.3.7.

No item 6.3.4, referente à “tese defensiva de excludente de tipicidade, em relação ao segundo fato”, interessante notar que o voto acolheu implicitamente a argumentação defensiva, sem fazer constar no seu dispositivo. Este fator ocorreu porque a juíza togada entendeu inexistir dolo da acusada já na primeira conduta, ao sair até o saguão do aeroporto. Nos demais itens, 6.3.6 e 6.3.7, o voto vencido acolheu a tese defensiva de ausência de dolo de forma motivada, absolvendo a acusada por este motivo.

Em relação aos capítulos sobre materialidade e tipicidade (6.3.1 a 6.3.3), a motivação foi implícita, no sentido de se provar o tema, sem pronunciamento expresso sobre ele.

A juíza togada não apresentou motivação em seu voto oral referente aos demais capítulos (6.3.5 e 6.3.8 a 6.3.11), sobre: tese defensiva de excludente de tipicidade por ausência de prejuízo; tese defensiva de excludente de culpabilidade; estado de necessidade exculpante; circunstâncias atenuantes; tese defensiva de desnecessidade de aplicação do direito penal; tese defensiva de aplicação dos institutos da lei 9.099/95 e conversão em pena restritiva de direitos.

Já no voto oral vencedor, a juíza militar só motivou expressamente o capítulo da materialidade e enfrentou a excludente de tipicidade por ausência de prejuízo (6.3.1 e 6.3.5). Nos capítulos da tipicidade objetiva e da tese defensiva de excludente de tipicidade em relação ao primeiro fato (6.3.2 e 6.3.3) houve apenas manifestação implícita.

O voto vencedor da juíza militar não foi motivado nos seguintes capítulos representados pelas subseções 6.3.4 e da 6.3.6 ao 6.3.11, quais sejam: tese defensiva de excludente de tipicidade em relação ao segundo fato; tipicidade subjetiva; tese defensiva de excludente de tipicidade por ausência de dolo; tese defensiva de excludente de culpabilidade; estado de necessidade exculpante; circunstâncias atenuantes; tese defensiva de

desnecessidade de aplicação do direito penal; tese defensiva de aplicação dos institutos da lei 9.099/95 e conversão em pena restritiva de direitos.

Antes de prosseguir na análise, ressalte-se que a classificação como “motivação implícita” foi uma forma de apresentar a situação em que se percebeu o intuito do votante, mas não se observou a explicitação dos motivos do voto. Em termos doutrinários, a motivação implícita se enquadra em uma carência de fundamentação, vez que a exposição dos fundamentos não se fez adequadamente, tampouco permitiu a submissão aos controles devidos.

A partir da motivação ou não dos votos orais, é possível extrair a correlação com os capítulos da sentença que foram ou não considerados justificados.

Observa-se, inicialmente, que só foram considerados justificados os capítulos em que houve manifestação expressa no voto vencedor.³³⁶ As exceções ficaram por conta do capítulo que trata da aplicação dos institutos da Lei 9.099/95 e conversão em pena restritiva de direitos (6.3.11) e do capítulo que tratou da refutação da tese defensiva de excludente de tipicidade em relação ao segundo fato (6.3.4). Dessa observação é possível inferir que há uma relação direta entre a existência de motivação expressa do voto oral vencedor e condições para que a sentença seja justificada adequadamente, ainda que a justificativa possa ser impugnada e eventualmente modificada em sede recursal.³³⁷ Por outro lado, a ausência de motivação do voto oral vencedor acerca dos respectivos capítulos da sentença irá influenciar nas chances de ocorrerem justificativas inadequadas na redação da sentença.

As exceções que se apresentaram na hipótese não invalidam a inferência, mas se constituem em fatores que podem ser listados e pesquisados para compor um núcleo à parte de situações excepcionais.

A primeira exceção se tratou de um tema técnico de direito estrito, de modo que a existência ou não de motivação pelo juiz leigo é indiferente para compor o padrão da justificativa redigida pelo juiz togado. Nessas hipóteses, independentemente de haver o lançamento de razões em plenário, o juiz togado tem plenas condições de proceder à refutação.

³³⁶ O capítulo da materialidade e autoria (6.3.1) e a refutação da excludente de tipicidade por ausência de prejuízo (6.3.5).

³³⁷ Afinal, o chamado *error in iudicando* não se relaciona com ausência de fundamentação, mas com a não aceitação do argumento em um sentido valorativo.

A segunda exceção teve uma peculiaridade. Percebe-se que o argumento da sentença coincidiu na íntegra com o argumento feito pelo Promotor de Justiça em sustentação oral, no sentido de que a consumação do crime de abandono de posto já teria ocorrido no primeiro fato, quando a acusada saiu do prédio operacional e seguiu até o saguão do aeroporto. Como o argumento da acusação se contrapôs efetivamente à tese defensiva, não se verificou vácuo de contraditório e a justificativa foi considerada adequada. Por isto, mesmo sem motivação oral do voto vencedor, a sentença cumpriu o seu desiderato.

É possível inferir, ainda, que há uma relação direta entre o ponto específico de divergência entre os votos vencido e vencedor como condição para que a sentença não seja corretamente justificada. Observa-se que o ponto de divergência entre o voto vencido da juíza togada e do voto vencedor da juíza militar (JM2) recaiu sobre o dolo da conduta (tipicidade subjetiva). Não por acaso, percebe-se que nesse capítulo ocorreu a única omissão da sentença, quando deixou de refutar a tese defensiva de excludente de tipicidade por ausência de dolo.³³⁸ Como foi comentado na subseção 6.3.6, o argumento da sentença sobre o dolo foi totalmente genérico e sem justificção, visando compensar a omissão do voto vencedor.

Por fim, a característica mais expressiva é que a sentença compensou o voto oral vencedor em quase todos os capítulos, excepcionando apenas o capítulo que refutou a tese defensiva de excludente de tipicidade por ausência de prejuízo (ver Seção 6.3.5). Observa-se claramente que neste caso de não compensação, o próprio voto vencedor promoveu uma argumentação adequada, o que gera entendimento de que quanto melhor fundamentado o voto vencedor, melhor será a redação da sentença pelo juiz togado.

Porém, como se perceberá, as condições para que o voto do juiz leigo seja adequadamente fundamentado, perpassam pelas circunstâncias gerais que envolvem o ritual de integração entre os membros do colegiado, constituindo-se na prática deliberativa.

6.5 Análise da prática deliberativa

A análise da prática deliberativa abarca o procedimento de deliberação, que compreende a fase que segue do término da sustentação oral das partes até a proclamação do resultado do julgamento, incluindo a etapa de redação da sentença.

³³⁸ Subseção 6.3.7.

Embora constitua uma seção autônoma da pesquisa, sua abordagem é bastante simples e concisa, considerando que serão analisados os procedimentos práticos adotados na fase deliberativa, a partir das observações diretas sobre os documentos e gravações do áudio. Objetiva-se com isso identificar por que as decisões foram construídas nos moldes relatados nos capítulos anteriores (6.3 e 6.4).

Será adotada a técnica de explanação. Para Yin (2001, p. 141) “A elaboração gradual de uma explanação assemelha-se ao processo de aprimorar um conjunto de ideias, nas quais um aspecto importante é, novamente, levar em consideração outras explicações plausíveis ou concorrentes.”

A Seção 6.5 foi dividida em 6 (seis) subseções, de 6.5.1 a 6.5.6 que analisará alguns elementos-chave da prática deliberativa, que são a publicidade do julgamento, o relatório oral, os registros dos votos orais, a discussão, a retirada de dúvidas e, por fim, a votação. Estes elementos foram selecionados pelo pesquisador, porquanto mapeiam todo o procedimento de deliberação, cuja referência veio da pesquisa bibliográfica, exposta no capítulo 2.

Para cada elemento, serão apresentados 3(três) itens sequenciais: questões que simbolizam o principal aspecto do conhecimento buscado, as respostas objetivas a estas questões, e as observações da coleta de dados que evidenciam as respectivas respostas.

6.5.1 Publicidade do julgamento

a) Questão(ões) objetiva(s):

O julgamento foi público?

b) Resposta(s) objetiva(s):

Sim. O julgamento foi público.

c) Observações da coleta de dados:

As informações constam na ata do julgamento (fl. 252 – 253, Doc 14 - evento 1 – e-Proc STM)

Ainda que tenha sido realizado por videoconferência, o julgamento foi público em todas as suas fases, incluindo a deliberação. Não há informação nos autos sobre restrição de publicidade. O status do processo estava sem nível restrição de acesso, quando da consulta.

A ausência da inserção da mídia da gravação por videoconferência não implica em restrição de acesso, vez que houve menção no termo de audiência e, ao ser solicitada, foi disponibilizada sem qualquer restrição para os fins da pesquisa.

Como já foi explicado, em algumas auditorias sequer há lançamento dos registros audiovisuais das sessões de decisão ou de julgamento nos autos, sem que isso implique em restrição de publicidade, que se caracteriza pela ausência de restrição ao auditório ou à sala das sessões em que ocorre o ato, fato que tem sido a regra na Justiça Militar da União.

6.5.2 Relatório oral

a) Questão(ões) objetiva(s): O juiz togado (relator) fez os registros das principais ocorrências havidas no andamento do processo, bem como a síntese da acusação e da defesa, e suas atualizações em sessão?

b) Resposta(s) objetiva(s): Não houve qualquer observação sobre o processo ou sobre as teses de acusação e de defesa durante a manifestação da juíza togada.

c) Observações da coleta de dados:

As orientações emitidas pela juíza no intervalo entre 01:13:18 h - 01:13:55 h de gravação disseram respeito unicamente à retirada de dúvidas e à liberdade para votar, conforme trecho transcrito abaixo:

Juíza Federal: O conselho tem alguma dúvida?

Juíza Federal: Eu vou começar o meu voto, como sempre, dizendo às senhoras que não são obrigadas a concordar comigo.

Tem que fazer o voto dos senhores de acordo com o que entender que é justo, de acordo com o entendimento de vocês.

Percebe-se que a juíza iniciou o seu voto, ao tempo de 01:13:55h da gravação, sem nada relatar sobre o processo ou sintetizar sobre as teses das partes, exceto em reforço à sua própria argumentação, quando sinalizou que motivaria apenas uma parte dos fatos

narrados na denúncia. Todavia, isso não constitui um relatório do processo, nos moldes preconizados no modelo legal de justificação. Destaque-se:

Juíza Federal: Eu tava olhando a argumentação tanto do Ministério Público, quanto da defesa, e o que a gente percebe é que existem dois momentos nesse processo, na verdade: um primeiro momento quando ela sai da torre a vai ao aeroporto; e um segundo momento quando ela já está dentro do saguão e vai à residência levar a mãe. Eu acho que em relação a este fato da residência, para mim não há mais nenhuma dúvida de que não houve crime, uma vez que tem a autorização, que embora não seja o chefe dela direto, mas uma autoridade superior, que inclusive induziu que ela fosse, ao dizer: “pode levar sua mãe, não tem problema!” Verificou toda a situação e foi embora...

6.5.3 Registros dos votos orais

a) Questão(ões) objetiva(s): Os atos da sessão de julgamento foram registrados em quais meios?

b) Resposta(s) objetiva(s): Toda a sessão de julgamento foi registrada em meio audiovisual. A ata registrou as principais ocorrências da sessão, incluindo os debates orais das partes, no entanto, não registrou a síntese dos votos dos juízes, mas tão somente o dispositivo da decisão do colegiado. A sentença escrita não reproduziu a síntese dos votos dos juízes individualmente, mas tão somente declarou quem foi vencedor e vencido. Houve juntada do voto vencido da juíza togada, em separado.

c) Observações da coleta de dados:

Este julgamento ocorreu antes da implementação do sistema e-Proc JMU em 2018, sendo o processo digitalizado posteriormente e inserido nos autos eletrônicos.

A gravação existente nos autos se deu pela necessidade de realização de videoconferência, e não pela cogência de se inserir uma mídia gravada.

Os registros da sessão de julgamento estão na sua totalidade na ata circunstanciada da sessão de julgamento, conforme descreve o art. 448 do CPPM. Há de se registrar que embora descreva os atos relevantes ocorridos na sessão, incluindo a síntese dos argumentos dos debates orais, não consta o registro da síntese dos votos de cada juiz do Conselho de Justiça. Somente consta o dispositivo do julgamento e a menção do resultado por maioria.

Durante o procedimento de busca do caso para ser analisado, observou-se em diversos outros casos a inexistência de gravação de áudio ou vídeo, restando tão somente as atas de audiências como documentação dos atos processuais relativos ao julgamento.

Ressalte-se que a Resolução N° 222/2016 do CNJ regulamentou apenas sistemas eletrônicos de gravação dos depoimentos, dos interrogatórios e de inquirição de testemunhas por videoconferência, mas não determinou a gravação de sessões de julgamento.

Da mesma forma, não se identificou na sentença escrita a síntese de cada voto dos juízes militares, mas tão somente a justificativa do voto vencido da juíza togada.

Percebe-se, desse modo, que a deliberação e os votos orais das juízas militares foram gravados e juntados aos autos por mera contingência da videoconferência, que necessitava de documentação audiovisual.

6.5.4 Discussão

a) Questão(ões) objetiva(s):

Houve discussão entre os juízes do Conselho de Justiça?

Caso positivo, o que, como e por quem foi discutido?

Caso negativo, por que não houve discussão?

b) Resposta(s) objetiva(s):

Não houve discussão entre os juízes do Conselho de Justiça.

A ausência de discussão foi motivada pela passagem direta do término dos debates orais das partes à fase de votação, conforme prevê o art. 434 do CPPM.

Não há previsão expressa para um momento de discussão, mas tão somente a previsão normativa da possibilidade de os juízes militares pedirem esclarecimentos ao juiz togado sobre questões de direito relacionadas ao fato em julgamento.

c) Observações da coleta de dados:

Conforme já consignado, as orientações emitidas pela juíza no intervalo entre 01:13:18 h - 01:13:55 h de gravação disseram respeito unicamente à retirada de dúvidas e à liberdade para votar, segundo o trecho transcrito abaixo:

Juíza Federal: O conselho tem alguma dúvida?

Juíza Federal: Eu vou começar o meu voto, como sempre, dizendo às senhoras que não são obrigadas a concordar comigo.

Tem que fazer o voto dos senhores de acordo com o que entender que é justo, de acordo com o entendimento de vocês.

Não houve orientação específica para abrir discussão dos pontos eventualmente controvertidos, ou de outros pontos que pudessem gerar dúvidas quando da realização do processo decisório. A partir de 01:13:55 h da gravação, percebe-se o início do voto da juíza togada, que é concluído no tempo de 01:18:15h da gravação.

6.5.5 Retirada de dúvidas

a) Questão(ões) objetiva(s):

Houve oportunidade de as juízas militares retirarem dúvidas na forma do art. 434, do CPPM? Houve formulação de dúvidas?

Caso positivo, as dúvidas foram efetivamente respondidas? Como?

Caso negativo, por que não foi dada a oportunidade de retirada de dúvidas?

b) Resposta(s) objetiva(s):

Sim. A juíza relatora consignou expressamente a oportunidade para as juízas militares formularem suas dúvidas. Entretanto, não houve formulação nesse momento.

Houve formulação de dúvida extemporânea, após o voto da juíza togada, e no momento de votação de uma juíza militar.

c) Observações da coleta:

Observou-se que a primeira juíza votante nada questionou quando foi instada pela juíza togada, mas posteriormente demonstrou dúvidas logo ao primeiro instante da sua manifestação para votar, quando perguntou: “A liberação foi do superior? Essa liberação quando ela voltou do saguão para a residência?”³³⁹

³³⁹ Trecho degravado entre o intervalo de 01:18:15 – 01:20:27 h. Ver Quadro 3: Marcação dos trechos do áudio com divisão de tempo.

A questão não foi respondida porque o Promotor interveio e a Juíza Federal aquiesceu. Embora não tenha ficado expressamente consignado em ata, considerou-se que após a votação da juíza togada, não mais cabia a fase de discussão, pela interpretação conjugada dos artigos 434 e 435 do CPPM. A deliberação se encerra anteriormente à fase de votação, oportunidade na qual os votos são sequenciais, após o voto do juiz togado, e seguem a ordem inversa de hierarquia militar.

6.5.6 Votação

a) Questão(ões) objetiva(s):

A votação seguiu a ordem prevista no art. 435 do CPPM?

Como foi construído o voto oral da juíza togada? Seguiu a estrutura da sentença preconizada nos art. 438 e 439 do CPPM, e demais normas do modelo legal de decisão? O voto enfrentou exatamente os mesmos capítulos enfrentados na sentença?

Como a juíza togada convidou os demais juízes militares a se pronunciarem sobre o mérito da causa? O convite foi para manifestação global ou individualizada sobre cada capítulo da sentença ou tese defensiva arguida?

Como foram construídos os votos orais das juízas militares? Seguiram a estrutura da sentença preconizada nos art. 438 e 439 do CPPM, e demais normas do modelo legal de decisão?

b) Resposta(s) objetiva(s):

A votação seguiu estritamente a ordem de votação prevista no art. 435 do CPPM, iniciando-se pela juíza togada.

O voto da juíza togada foi absolutório. Seu voto seguiu apenas em parte as normas dos artigos 438 e 439 do CPPM, e demais normas do modelo legal de decisão.

Deixou de fazer um relatório, sem registrar as principais ocorrências havidas no andamento do processo, bem como não fez a síntese da acusação e da defesa, conforme já exposto no item 6.5.2. Não seguiu um enfrentamento lógico dos capítulos da sentença, deixando de motivar expressamente a materialidade e autoria, a tipicidade objetiva, e a tese defensiva de excludente de tipicidade em relação ao 1º fato (saída do prédio operacional até o saguão do aeroporto), que eram questões logicamente necessárias de enfrentamento, antes de

abordar o dolo. Na sequência, passou a motivar especificamente o elemento subjetivo do tipo, acolhendo a tese defensiva de excludente de tipicidade por ausência de dolo. Após a motivação, especificou o art. 439, alínea “b”, do CPPM como causa de absolvição e encerrou o seu voto. Não enfrentou os demais elementos que compuseram os capítulos da sentença ou que foram arguidos como teses defensivas.

Na sequência, a juíza togada convidou as demais juízas militares, em ordem inversa de hierarquia, a se pronunciarem sobre o mérito da causa, de forma global, sem definir sobre como deveria ser a aplicação de pena dos votos que eventualmente condenassem a acusada. Não houve, ainda, um convite para manifestação individualizada sobre cada capítulo da sentença ou tese defensiva isoladamente.

As juízas militares passaram a apresentar o seu voto por completo, até a condenação ou absolvição.

A primeira juíza militar votou pela absolvição, acompanhando o voto da juíza togada. As demais juízas militares, a partir da segunda a votar, divergiram e votaram pela condenação. No entanto, nenhuma mencionou ou arguiu acerca da aplicação da pena.

Os votos das juízas militares não seguiram qualquer estrutura formal, tampouco a estrutura da sentença preconizada nos art. 438 e 439 do CPPM, e demais normas do modelo legal de decisão.

O voto da primeira juíza militar foi bastante desestruturado e contraditório. Depois de alguns segundos de notório silêncio, que refletiram uma clara confusão de entendimento sobre o mérito da causa, restou por absolver. No entanto, o encaminhamento do voto aparentava que iria responsabilizar a acusada.

A próxima juíza militar abriu divergência e votou pela condenação. Emitiu o voto de forma bastante sucinta, porém objetiva, expondo algumas razões para o decreto condenatório. Motivou apenas sucintamente e de forma indireta o aspecto da materialidade e um dos pontos da tipicidade objetiva. Não refutou qualquer tese defensiva, nem abordou outros capítulos da sentença.

A terceira juíza militar seguiu integralmente o voto da anterior, sendo ainda mais sucinta.

A quarta juíza militar também emitiu decreto condenatório, de forma clara, com voto sucinto e com explicitação de algumas razões.

Após os votos, a juíza togada iniciou automaticamente o convite às juízas que divergiram com votos condenatórios para que fixassem a pena. Para isso, conduziu a dosimetria sem, no entanto, fazer um processo dosimétrico em três fases, nos moldes da sentença escrita.

A juíza togada conduziu a dosimetria de forma bastante resumida, prestando alguns esclarecimentos sobre a suspensão condicional da pena (sursis), sem necessariamente seguir a votação por ordem inversa de antiguidade, conforme trecho da degravação para melhor compreensão:

Juíza Federal: Os que votaram pela condenação, pena mínima, né? Uma vez que ela preenche os requisitos...

Juíza(s) Militar(es) (não foi possível distinguir): sim, pena mínima.

Juíza Federal: Direito de apelar em liberdade?

Juíza(s) Militar(es) (não foi possível distinguir): sim

Juíza Federal: Com sursis por dois anos?

Juíza Militar (não foi possível distinguir): sim

Juíza Militar 4: Ela fica se apresentando...?

Juíza Federal: O sursis é..., a suspensão, ao invés de ela ser presa, condenada, ela fica por dois anos, prestando algumas condições e se apresentando trimestralmente no juízo da execução assinando uma fichinha.

Juíza Federal: Concede Sursis?

Juíza(s) Militar(es) (não foi possível distinguir): sim

Após fixar a pena e demais comandos, proclamou o resultado do julgamento.

c) Observações da coleta:

Além do que já foi acima exposto, observou-se que somente na proclamação do resultado foram estabelecidas as condições do sursis, que não foram debatidas na fase decisória.

Não houve qualquer outra abordagem cabível neste ponto do julgamento, incluindo a omissão em debatar o argumento que se prestou a refutar a tese defensiva sobre a aplicabilidade dos institutos da Lei 9099/1955 no âmbito do direito castrense e a conversão em pena restritiva de direitos.

6.6 Interpretação conjugada dos resultados e limitações da pesquisa

Esta seção se destina a interpretar os dados obtidos nas seções precedentes, em especial a conjugação do modo de construir as decisões, analisada nos capítulos 6.3 e 6.4,

com a influência da prática deliberativa, no capítulo 6.5. Utiliza-se do referencial teórico dos capítulos 3 e 4 como ponto de partida para inferências e críticas, em especial acerca das possibilidades dos controles endoprocessual e extraprocessual das decisões do escabinado.

Tenciona-se obter algumas respostas à problematização da pesquisa, que buscou saber como os votos são construídos e porque a deliberação ocorre dessa maneira. Conjugados os resultados anteriores, analisar-se-á a influência das práticas deliberativas na construção das motivações das decisões do escabinado militar, em relação de causa e efeito.

Paralelamente, serão discutidos os eventuais gargalos do sistema deliberativo do escabinado que impedem o controle intersubjetivo. Além disso, será verificada a existência de espaços para a conformação e aplicação de algum modelo normativo de justificação de decisões judiciais nos escabinados militares, em especial o modelo Toulmin. Por fim, objetiva identificar as limitações da pesquisa, bem como o surgimento de novas questões de estudo.

6.6.1 A publicidade e os registros dos atos processuais como instrumentos de controle

Os julgamentos na Justiça Militar da União são realizados publicamente, a despeito da previsão de uma sessão secreta na fase de deliberação no art. 434 do CPPM.³⁴⁰ A publicidade do julgamento atendeu ao comando do Art. 93, IX da Constituição Federal.

A prática da publicidade favorece os controles endoprocessual e extraprocessual. A sociedade tem a oportunidade de verificar se os órgãos do Poder Judiciário estão desempenhando seu papel conforme a delegação da Carta da República e se os motivos que declaram para o exercício do poder estão alinhados com os princípios e valores constitucionais.

Ocorre que a publicidade é apenas um instrumento precedente para que o controle possa ser efetivamente exercido, o que demanda inúmeras outras providências no sentido da deliberação e da votação.

Ligado à publicidade está a observação sobre os registros dos atos da sessão de julgamento. Ainda que as sessões sejam públicas, o registro inadequado dos votos orais dificulta o melhor controle, em especial aquele relativo à correlação do voto vencedor com a

³⁴⁰ Art. 434. Concluídos os debates e decidida qualquer questão de ordem levantada pelas partes, o Conselho de Justiça passará a deliberar em sessão secreta, podendo qualquer dos juízes militares pedir ao auditor esclarecimentos sobre questões de direito que se relacionem com o fato sujeito a julgamento.

sentença de mérito. Não há uma prática institucionalizada de registro integral dos votos orais de cada juiz integrante do Conselho de Justiça, incluindo a eventual motivação, para que posteriormente possa haver o controle de correlação com a sentença escrita, nos casos em que o juiz togado for voto vencido ou, mesmo quando vencedor, houver votos divergentes nos fundamentos.

Os controles processuais são feitos exclusivamente sobre a sentença, de modo que se ocorrer eventual supressão, ausência de correlação ou acréscimo³⁴¹ do conteúdo dos votos que embasaram o resultado do julgamento, haverá impossibilidade de aferição intersubjetiva em face do que ficou efetivamente decidido, ou do que compôs a vontade da maioria do órgão colegiado. Relembre-se que o resultado do voto é somente a parte dispositiva, sendo que a motivação constitui o *locus* em que residem as razões da decisão.

De forma contraditória, a jurisprudência aceita o mero registro audiovisual de coleta de prova oral, sem necessidade de gravação, mas exige que as decisões sejam transcritas em meio gráfico para que possam ser submetidas ao escrutínio dos controles processuais.³⁴² Apesar dessa cultura institucional no âmbito do Poder Judiciário, já se tem avanços significativos na jurisprudência, com a aceitação de sentenças orais registradas em meios audiovisuais, sem exigência da transcrição nos autos.³⁴³

No caso dos escabinados da Justiça Militar, a inserção das mídias audiovisuais dos julgamentos seria uma importante medida de controle, ainda que não se dispensasse a sentença escrita. O registro da motivação dos votos permitiria que as bases argumentativas fossem posteriormente sindicadas pelas partes ou pela sociedade, especialmente para checar se a decisão final é resultado do julgamento e com ele coincide, ou se foi compensada pelo juiz togado para se tornar formal e materialmente válida.

Enquanto essa prática não se torna corrente, a publicidade se torna mitigada. A ausência de registro da motivação dos votos dos juízes militares na ata da sessão ou na própria sentença abre lacunas para que os juízes militares deixem de consignar os motivos dos seus votos. Abre lacunas, ainda, para que não se possa impugnar os referidos votos posteriormente, mas tão somente os fundamentos que forem narrados na sentença como sendo atribuídos ao colegiado.

³⁴¹ Acréscimo de dados ou conclusões inexistentes no voto, que configura a prática de compensação argumentativa.

³⁴² Conferir STJ. 5ª Turma. HC 336.112/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 24/10/2017; e STJ. 6ª Turma. HC 470.034-SC, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 09/10/2018.

³⁴³ STJ. 3ª Seção. HC 462.253/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 28/11/2018, DJe 04/02/2019.

6.6.2 A carência de um relatório prévio ao julgamento e os impactos na decisão

Não há previsão normativa ou parâmetros básicos para o estabelecimento de um relatório prévio ao julgamento, a fim de balizar o estudo preparatório dos juízes militares leigos acerca das teses de acusação e de defesa, ou de atualizá-los acerca de novas teses surgidas em plenário, e suas possíveis consequências.

Embora não haja previsão legal específica de uma espécie de relatório oral, introito à discussão e votação, entende-se que é um comando implícito na norma, especialmente porque o julgamento refletirá na elaboração da sentença, que preconiza obrigatoriamente o relatório no seu modelo legal de justificação³⁴⁴, discutido com a profundidade necessária no capítulo 3.

O relatório se constitui em uma das etapas necessárias da sentença porque tem a finalidade de pontuar o andamento processual, listar as provas produzidas e expor as teses de acusação e de defesa perante os membros do colegiado, ou atualizar novas teses surgidas em plenário. Torna-se simultaneamente um balizamento e uma preparação da motivação.

Se na sentença meramente monocrática o relatório é indispensável, cresce de importância no julgamento em plenário, em especialíssima aplicação diante de juízes sem formação ou prática jurídica. A simples escuta das alegações orais das partes é medida de formação do convencimento, mas não de organização para a construção do voto. Existe a necessidade prática de que o juiz técnico possa pontuar com a devida clareza quais são as questões jurídicas a serem enfrentadas. Juízes leigos, por mais treinados que sejam, não percebem “saliências” ou detalhes que precisam ser resolvidos na motivação.

A simples previsão normativa de que o juiz togado é o relator dos processos³⁴⁵, sem definir as etapas da relatoria nesse tipo peculiar de colegiado, não auxilia na melhor compreensão, interpretação e implementação prática da necessidade de uma atuação mais incisiva do magistrado na preparação dos juízes leigos para o julgamento.

Como verificado na análise da deliberação do caso em estudo³⁴⁶, em nenhum momento do julgamento foi estabelecido um relatório, ainda que sucinto, para balizar a formação da decisão colegiada. Logo após os debates das partes, deu-se início à votação, sem

³⁴⁴ CPPM, Art. 438. A sentença conterá: b) a exposição sucinta da acusação e da defesa.

³⁴⁵ Inciso VII, do art. 30 da Lei 8.457/92

³⁴⁶ Conferir seção 6.4.

que os principais pontos do processo ou que as teses de acusação e defesa fossem sintetizadas, a fim de fixar os principais fatores de análise da causa penal

A necessidade do relatório cresceu em importância no presente caso, considerando que o membro do Ministério Público Militar presente no julgamento divergiu do entendimento formulado anteriormente por outro membro que redigiu as alegações escritas, o qual opinava pela absolvição, passando a pedir a condenação da acusada em plenário. Isso significa que novas teses no sentido de confirmar a materialidade, autoria, tipicidade, ilicitude e culpabilidade foram lançadas na sessão de julgamento, sem que as juízas militares tivessem o tempo necessário de estudar os autos e refletir sobre a sua pertinência, em confronto com as teses defensivas já expostas. Além disso, houve inovação de uma tese defensiva em plenário³⁴⁷, o que reforça a sempre necessária pertinência do relatório oral.

Verifica-se que a não realização do relatório pela juíza togada teve potencial para causar efeitos na compreensão da matéria discutida e, conseqüentemente, na análise das provas e das alegações das partes. A relação de causa e efeito se infere a partir de outros dois pontos observados no caso estudado, que têm mútua relação e influência recíproca: a ausência de discussão e a produção assistemática dos votos.

De tal modo, a prática de não realização de um relatório, pela simples literalidade das normas que tratam da sessão de julgamento, dificulta os controles endoprocessual e extraprocessual.

6.6.3 A utilidade da discussão na conformação da decisão colegiada

A discussão é o momento deliberativo em que os juízes do Conselho de Justiça podem aproveitar para esclarecer aspectos importantes sobre a causa penal em debate, ou para apresentar dados, informações e inferências capazes de auxiliar os demais na tomada de decisão, conforme se discorreu no capítulo 2. Não se confunde com um momento exclusivo para retirada de dúvidas, que também deve existir, mas para o fornecimento de questionamentos relevantes que foram percebidos por determinado julgador.

Do mesmo modo que a situação do relatório oral do julgamento, a inexistência de norma específica no código processual castrense ou na lei de organização judiciária, ou

³⁴⁷ Aplicação da Lei 9.099/95, como exposto na subseção 6.3.11.

mesmo em diplomas normativos de ordem regimental, conduz a uma prática judiciária equivocada e à supressão da oportunidade de uma discussão efetiva. A previsão normativa é por demais genérica, deixando de transmitir a ideia da discussão como meio de legitimação do debate no interior do colegiado.³⁴⁸

A simples abertura da fase de retirada de dúvidas não é capaz de suprir uma condução da discussão. O juiz relator precisa deixar claro que se passa à discussão, antes de coletar os votos. A fase de discussão pode, ainda, ser aproveitada para sumarizar os pontos fundamentais que devem ser enfrentados por todos os votantes.

Não há uma demarcação precisa entre a fase de deliberação (discussão) e votação. Além de diminuir consideravelmente a capacidade prática dos juízes leigos em refletir ponderadamente acerca de possíveis novas teses, a prática da votação direta logo após os debates das partes, sem necessária abordagem prévia das questões controvertidas a ser feita pelo juiz togado, gera também o risco do não enfrentamento de todas as teses arguidas. Esse fator ganha relevo quando o resultado do julgamento demonstra que o juiz togado é vencido no todo ou em parte.

Como não há uma imposição legal de que o juiz togado atualize as novas teses surgidas em plenário no relatório, tampouco discuta os possíveis desdobramentos das teses que se contrapõem, viabiliza-se que o Conselho de Justiça siga direto para a votação da causa sem a sedimentação dos pontos controvertidos, ficando passível de produzir decisões incoerentes ou com deficiência de motivação.

Quando por algum motivo o juiz togado deixar de enfrentar determinado capítulo da decisão em seu voto, quer por esquecimento, quer por estar implícito, ou porque absolveu e deixou de enfrentar os capítulos ou teses remanescentes que ficaram prejudicados, haverá certamente muitos pontos da causa sem um balizamento para os juízes leigos emitirem os seus votos. Isso aconteceu no voto da juíza togada, que praticamente só motivou a tese de excludente de tipicidade, em relação ao fato de saída da acusada do aeroporto até a sua residência, e a tese de excludente de tipicidade por ausência de dolo, que deu ensejo à votação pela improcedência da denúncia, com a absolvição da acusada. Em relação a outros capítulos de necessário enfrentamento no voto, tais como materialidade, autoria e tipicidade objetiva sobre o primeiro fato de saída da torre de controle, a magistrada produziu uma motivação

³⁴⁸ Para maior aprofundamento sobre a deliberação como atividade interativa e cooperativa dos juízes em julgamentos colegiados, conferir Valadares (2018, p. 71-74).

implícita, denotando que as situações teriam se verificado nos autos, porém sem produzir argumentação a respeito.

Essa característica do modelo deliberativo produziu na prática um excessivo número de questões jurídicas não enfrentadas nos votos orais. A omissão levou à inarredável ausência de votação justificada em inúmeros capítulos da decisão, que só foram motivados na sentença redigida pela juíza togada. A ampla e densa observação dos argumentos reconstruídos mediante o Layout Toulmin permitiu essa constatação.

O exemplo mais ilustrativo de todas as omissões listadas foi a inexistência de discussão sobre uma importante tese defensiva que aduzia ter ocorrido atipicidade da conduta em relação à saída da acusada do prédio operacional para circulação no saguão do aeroporto, por considerar que havia prova testemunhal emanada da própria autoridade competente afirmando que existia autorização para essa circulação. A análise desse argumento defensivo implicaria na necessária modificação na forma de construção de todos os votos orais, especialmente os vencedores, os quais deveriam ser expressos no acolhimento ou na refutação do conteúdo da prova testemunhal invocada.

A argumentação foi formulada inicialmente nas alegações escritas defensivas, transcritas na literalidade³⁴⁹:

“Ademais, a então sargento SQA tinha permissão para circular pelas dependências da Aérea Operacional e o Sítio Operacional, porquanto possuía um cartão a autorizar a época a transitar pelo Aeroporto QUE *O COMANDO DO DTCA DE PORTO SEGURO AUTORIZAVA*, e que, inclusive, depois desse funesto episódio ele mandou limitar, conforme depoimento do Capitão LMN Comandante do DTCEA-PS, em áudio visual gravado em mídia (fl. 195).” Grifei

O argumento também constou na sustentação oral defensiva³⁵⁰, conforme o seguinte trecho degravado:

“Aí se confundia aeroporto com tráfego aéreo. Tanto é que todos os controladores de voo tinham um crachá. Eles circulavam normalmente no expediente, ou de serviço. Inclusive estão nos autos. *O Comandante falou: ele cortou, ele restringiu esse movimento dos controladores após esse episódio. Então ela sim tinha autonomia para sair.*” Grifei

A prova de que a circulação no aeroporto era liberada pelo Comandante, ou que a restrição de acesso somente teria ocorrido depois e em função do processo penal militar, influenciaria na descaracterização tanto do próprio núcleo da conduta típica, o verbo

³⁴⁹ Conforme registrado na fl. 215, do Doc 13, evento 1 – e-Proc STM.

³⁵⁰ Marcação do áudio no trecho entre: 00:57:35 – 00:57:59 h. Observa-se que este trecho foi degravado somente neste ponto e não consta nas seções 6.2.3 e 6.2.4.

“abandonar”, quanto no elemento normativo do tipo, a expressão “sem ordem superior”. Por isso, seria necessária a manifestação de todos os votantes não somente em relação ao fato afirmado, mas também quanto à pertinência, à validade e à credibilidade da prova testemunhal.

Todavia, nenhum desses pontos foram discutidos na sessão de julgamento³⁵¹, tampouco refutados individualmente nos votos vencedores de condenação. Mesmo no voto da juíza togada, a tese não foi enfrentada como questão prévia à sua análise sobre o dolo. A justificativa escrita do voto oral vencido da juíza concluiu pela permissão de acesso, sem necessariamente enfrentar o argumento defensivo.³⁵²

Na ata da sessão³⁵³, o argumento defensivo foi citado de forma incompleta, sem menção ao depoimento da testemunha que seria o Comandante do destacamento DTCEA: *“que no aeroporto de Porto Seguro os operadores de voo transitavam pelos mesmos locais em que transitavam os usuários; que era comum que os operadores de voo tivessem contato como os usuários do aeroporto;”*

Digno de observação e registro é que o argumento defensivo sequer foi citado no relatório da sentença.³⁵⁴ Porém, a sentença tentou suplementar esse ponto, compensando a argumentação, de forma genérica, como já foi exaustivamente demonstrado na seção 6.3.

No âmbito das inferências teóricas, se conclui que a prática de efetiva discussão e interação entre os membros do Conselho, de modo a trocar “experiências” recíprocas, atenderia à finalidade que motivou a criação do órgão colegiado no formato escabinado.³⁵⁵ A interação aproveitaria a todos os integrantes do órgão, incluindo o juiz togado, o qual poderia refletir sobre questões de fato que são reverberadas com a experiência da caserna dos juízes militares. A recíproca aconteceria, não como simples respostas às dúvidas eventualmente levantadas, mas no sentido de que os juízes militares poderiam perceber detalhes na

³⁵¹ Não foi constatado qualquer registro de enfrentamento sobre o conteúdo do depoimento da referida prova testemunhal ou argumentação sobre o fato citado, quer para acolher ou para refutar, durante a degravação do áudio, nos termos das seções 6.2.3 e 6.2.4.

³⁵² Trecho do voto da juíza federal: *“Embora ausente regulamento expresso que permita a entrada dos militares dentro no saguão do aeroporto, de posse do cartão de acesso, também não há o oposto, norma que proíba a circulação desses nessa citada área durante seu período de quarto de hora.”*

³⁵³ Fl. 253, Doc 14 - evento 1 – e-Proc STM.

³⁵⁴ Para uma replicação da pesquisa, a sentença pode ser obtida diretamente em consulta ao e-Proc nas fls. 255 a 262 do evento 15 – e-Proc STM.

³⁵⁵ Nesse sentido, cabe a lição de Valadares (2018, p. 73) ao tratar da deliberação como atividade interativa: “A par desses dois elementos – interação pessoal e busca pelo consenso -, a deliberação ainda assegura a sensação de respeito aos demais membros do órgão julgador e aos próprios litigantes, ao garantir que os diversos pontos de vista foram devidamente considerados.”

argumentação jurídica das partes e compreender o enquadramento dos fatos sob a ótica institucionalizada do direito.

Não foi possível testar se essas influências recíprocas conduzem a alterações no resultado dos julgamentos, para o que se faz necessária uma pesquisa empírica com controle de variáveis. No entanto, verificou-se que a ausência da discussão, ou pelo menos da sua possibilidade, produziu resultados indesejados no tocante à justificação das decisões do escabinado.

Se verificou na prática que a ausência de discussão antes do início do julgamento propriamente dito repercutiu na justificação insuficiente de alguns votos orais, a despeito da existência posterior de uma de sentença redigida com vistas a tentar solucionar algumas lacunas dos votos orais. Essa repercussão da ausência de motivação dos votos orais na redação da sentença será analisada abaixo.

Em que pese a práxis de se seguir a literalidade da norma processual, a inexistência de abertura de um momento para a discussão não favorece os controles endoprocessual e extraprocessual.

6.6.4 A importância da retirada de dúvidas e a sua amplitude no sistema escabinado.

Neste ponto cabem as mesmas considerações sobre o tópico da discussão. Não se deve interpretar a lei como fixando um momento de retirada de dúvidas isoladamente, mas no contexto de um debate interno dos juízes do colegiado, com possibilidade de interação. Além disso, o momento de retirada de dúvidas é um ponto de estudo a ser melhor investigado, posto que dele exsurtem diversas questões sobre o modelo decisório do escabinado.

Isto foi verificado no pequeno incidente em que a juíza militar perdeu a chance de retirar dúvida no momento adequado, deixando para consigná-la após o voto da juíza togada.³⁵⁶ Em que pese o possível acerto da interpretação dogmática sobre a vedação da retirada de dúvidas de forma extemporânea, a observação deste ponto tem, pelo menos, duas implicações já levantadas no capítulo da problematização, e agora verificadas empiricamente:

³⁵⁶ Verificar seções 6.2.4 e 6.5.5.

a) A necessidade de preparação técnica dos juízes militares votantes; e b) A necessidade de distinção precisa entre as fases de discussão e votação.

A primeira implicação versa sobre uma capacitação em sentido amplo, incluindo o conhecimento adequado dos direitos e deveres procedimentais, além da melhor preparação para julgar o mérito das demandas. A pesquisa não avançou detidamente nessa questão, por restrições já expostas anteriormente. Todavia, o que se percebeu na prática é que a juíza votante não sabia que a retirada de dúvidas precluía após o voto da juíza togada. Em outras palavras, não conhecia o procedimento de atuação no colegiado. Em função dessa dúvida, apresentou um voto bastante desestruturado e contraditório em termos de fundamentação.

Essa evidência, ainda que tenha sido pontual, pode estar fundada em outras deficiências já vislumbradas quando do estudo teórico sobre o desenho institucional e o respectivo modelo decisório, tais como ausência de capacitação mínima prévia ao exercício da atividade judicante; ausência de orientações iniciais para o exercício da atividade processual; melhoria da qualidade de tempo de estudo de processos, em face do exercício simultâneo com a função militar; escasso período de tempo de permanência como juiz do Conselho, dentre outras possíveis causas.

Embora a pesquisa não tenha se aprofundado sobre o nível de preparação cabível dos militares sorteados para a função temporária de juiz militar, os elementos citados podem se constituir em fatores de reflexão e de novos estudos. Registra-se, de logo, como uma limitação do estudo.

A segunda implicação já foi discutida. A retirada de dúvidas está umbilicalmente ligada à fase de discussão, que visa à perfeita compreensão do fato e das consequências jurídicas que dele defluem.

Diversamente dos tribunais técnicos, em que todos os juízes são togados e com vasta experiência jurídica, no escabinado quatro votantes são leigos em direito, o que impõe ao juiz técnico o dever de retirar dúvidas com a maior acurácia possível, movido por uma postura atenta e ativa.

Por isso, o momento de discussão da causa deve propiciar essa proatividade do magistrado no levantamento das hipóteses de solução. Conclui-se que há uma importância da fase de retirada de dúvidas, que pode e deve ser ampliada no sistema escabinado, por meio do papel proativo do juiz togado.

6.6.5 A instituição indevida da votação *per relationem* no julgamento colegiado

A pesquisa demonstrou que diante das falhas estruturais do sistema escabinado a permitir uma recorrente votação lacunosa, a juíza redatora da sentença passaria a dispor da possibilidade real de deixar de fundamentar um ponto ou parte da sentença, ou simplesmente compensar o argumento no referido ponto.

Para mitigar a compensação direta no texto da sentença, um artifício prático que exsurgiu da observação empírica foi a coleta do voto com motivação *per relationem*, também denominada motivação referencial, referenciada ou aliunde, que se traduz na possibilidade de o juiz simplesmente acompanhar as razões do pedido acusatório ou as alegações defensivas, para se inclinar por uma ou outra tese, tomando-as como razão de decidir.

Observe-se que diante da inércia e do titubeio de uma juíza militar que demonstrou insegurança sobre como votar³⁵⁷, a juíza togada a indagou-lhe:

Juíza Federal: A senhora vota pela condenação ou absolvição? Tem que condenar ou absolver!

Juíza Federal: A senhora acompanha o Ministério Público ou a defesa?

A forma de coletar o voto demonstra claramente que foi pedido um posicionamento de simples condenação ou absolvição, que poderia se ancorar em um dos lados da contenda, sem qualquer motivação específica. Esse tipo de pronunciamento é aceito sem reservas na prática institucional, em face das dificuldades inerentes à votação de juízes leigos. Seria esta técnica possível e adequada como meio de suprir os argumentos do voto lançado na sessão de julgamento, para facilitar posteriormente a confecção da sentença?

A motivação referencial nas decisões escritas é aceita por boa parte da jurisprudência dos Tribunais brasileiros, incluindo os Tribunais Superiores³⁵⁸, embora também encontre grande crítica doutrinária, com bons argumentos prós e contras.³⁵⁹ Em síntese, a jurisprudência aceita a fundamentação *per relationem*, desde que o julgado faça referência concreta às peças que pretende encampar, com transcrição das partes que legitimem o

³⁵⁷ Verificar a manifestação da primeira juíza militar a votar, no trecho do áudio no intervalo entre 01:18:15 – 01:20:27 h (seção 6.2.3), degravado na seção 6.2.4.

³⁵⁸ Os Tribunais Superiores possuem entendimento tradicional de que a utilização da técnica de motivação *per relationem*, quando o ato decisório se reporta a outra decisão ou manifestação dos autos e as adota como razão de decidir, não vulnera o disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal (HC n. 298.319/SP, Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJE 15/2/2016).

³⁵⁹ Cf. Gomes Filho (2001, p. 199-202).

raciocínio decisório.³⁶⁰ Assim, “não serve como fundamentação exclusivamente a remissão a manifestações de terceiros, exigindo-se complementações demonstradoras do efetivo exame dos autos e teses arguidas.”³⁶¹ Observe-se que há uma nova inclinação jurisprudencial para aceitação desse tipo de motivação, restringindo as hipóteses para os casos em que a decisão deixar claro que houve correção da argumentação e apreciação das teses em disputa.

No caso específico dos votos orais produzidos em sessão de julgamento, a motivação referencial é inválida para embasar o voto do juiz leigo no âmbito do colegiado militar, mormente se não houver expressa reprodução oral ou leitura do trecho que se pretende reportar como razão de decidir. Ressalte-se que não se trata do voto que acompanha o relator ou outro voto precedente, que fazem parte do mesmo órgão judicial, e que já tenham sido motivados adequadamente. Trata-se do voto oral que se ancora essencialmente na argumentação externa de uma das partes.

A prolação de um voto oral do juiz leigo por meio da técnica de decisão referencial, ainda que por provocação do juiz togado, configura um desbordamento do tão necessário dever de expor a sua motivação de forma clara e explícita, como meio de ser registrada na futura redação de sentença. Dessa maneira, impede a construção da decisão colegiada em bases adequadas. Tem a mesma pecha negativa da compensação argumentativa feita diretamente pelo juiz togado no texto da sentença.

Aceitar essa forma de votação significaria impor aos juízes togados nas suas lides diárias o hercúleo trabalho de não apenas redigir uma decisão que não prolatou, mas também forçá-lo a identificar fundamentos de uma decisão referencial, que nem sempre atende ao contraditório e ao esgotamento das questões jurídicas em disputa.

Tratar-se-ia de uma sentença nula, por falta de motivação, principalmente porque não apreciou os pedidos da parte adversa ou porque não enfrentou questões necessárias deduzidas no processo.³⁶² Isso porque a fundamentação é resultado de uma síntese dialética feita pelo juiz sobre os fatos, a partir do argumento contraditório de ambas as partes, como indica um modelo de processo acusatório. Em regra, não é possível simplesmente acolher o que diz o Ministério Público ou a Defesa, sem que haja um pronunciamento específico sobre a valoração pessoal das provas que conduz ao desfecho da decisão.

³⁶⁰ Verificar o HC 214.049/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, rel. p/ acórdão Ministra Maria Thereza De Assis Moura, sexta turma, julgado em 05/02/2015, dje 10/03/2015.

³⁶¹ Terceira Seção do STJ (EREsp 1.384.669/RS, j. 28/08/2019).

³⁶² Recobrar os estudos feitos sobre os artigos 315, §2º, IV do CPP e 489, §1º, IV do CPC, ambos passíveis de aplicação subsidiária ao processo penal militar, nos termos do art. 3º, alíneas “a” e “e”, do CPPM, respectivamente.

Mesmo nas questões jurídicas simples, só é admissível a técnica relacional se o direito ao contraditório da parte adversa não for violado. Ou seja, o argumento acolhido deve mapear obrigatoriamente toda a zona decisória, o que implica na análise de todas as razões levantadas pela parte contrária e não somente a negativa do provimento. O não atendimento a esse pressuposto torna a decisão nula de pleno direito, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal.

Basta imaginar um exemplo em que a defesa alega como tese única que as provas “A” e “B” demonstram a atipicidade da conduta, tendo o juiz togado acolhido a alegação e votado pela absolvição do acusado. Não é possível um voto oral do juiz militar divergir simplesmente dizendo que acompanha a acusação e que vota pela condenação. Primeiro, porque nem sempre a acusação terá se manifestado detidamente sobre as provas alegadas pela parte contrária. Segundo, eventual manifestação sobre as provas tem uma valoração própria, a qual omite, descarta ou se contrapõe aos argumentos adversos. Terceiro, a decisão judicial é a síntese do embate entre os dois argumentos, ainda que concorde com um deles na íntegra. O componente valorativo da justificação externa das premissas é da total incumbência do juízo prolator da decisão. O contraditório efetivo só existe quando a decisão judicial consegue se manifestar com exatidão sobre o argumento que deixou de acolher, mas que se acolhido poderia levar à modificação do julgado.

Nos casos complexos ou com múltiplos argumentos de ambos os lados ou, ainda, com multiplicidades de réus e crimes, a nulidade do voto *per relationem* se torna mais patente, justamente porque as adesões referenciais dos juízes militares poderão produzir variados argumentos divergentes e contraditórios, tudo de forma implícita, com incompatibilidade entre teses. A tarefa do juiz togado em extrair a conclusão de cada fundamento para redigir a sentença, valendo-se apenas de votos emitidos por referência às razões das partes, torna-se praticamente impossível, principalmente porque o código não disciplinou um mecanismo de solução da dispersão qualitativa dos votos.

Situação diversa ocorre quando o voto é motivado com referência aos argumentos de uma das partes, mas de forma dialogada com as questões do processo e não de modo unilateral. Cite-se o exemplo em que o juiz leigo vai lendo trechos das alegações de uma parte para formar o seu raciocínio sobre as provas do processo e pontuando suas conclusões. Se houver o enfrentamento efetivo das questões principais, por meio da abordagem ou refutação

à estrutura argumentativa da outra parte, não há obscuridade no voto e o juiz togado terá condições de formular a síntese da decisão e redigi-la adequadamente.³⁶³

Portanto, a técnica da exclusiva motivação referencial no escabinado militar não se presta a justificar os votos. Porém, quando possível e corretamente aplicada, deve-se cercar de toda cautela para que o voto seja minimamente fundamentado, de forma clara e explícita, passível de ser coletado em sua estrutura básica pelo juiz togado.

Por fim, registre-se que embora institucionalizada como práxis para equacionar os inconvenientes do modelo legal do sistema escabinado, a fundamentação *per relationem* não é aceita pela corte castrense quando o problema chega bem delimitado ao seu conhecimento. Foi o que ocorreu em um processo em que o Conselho de Justiça fixou a pena-base no patamar máximo cominado para o delito descrito no art. 299 do CPM, sem a necessária fundamentação, tendo sido feita, apenas, alusão genérica às alegações escritas ministeriais.³⁶⁴

Ainda que seja importante a postura garantidora de direitos fundamentais pelo Superior Tribunal Militar, é certo que nem sempre esses problemas são claramente evidentes, mormente se o juiz togado adotar uma postura supletiva, no sentido de arrumar a argumentação para descaracterizar a motivação *per relationem*. No caso citado, o problema ficou claro pela excessiva desproporção na fixação da pena em patamar máximo. Todavia, quando a motivação *per relationem* ocorre no corpo da motivação dos votos condenatórios ou absolutórios, e o juiz togado se presta a compensar os argumentos para permitir que a

³⁶³ Com essa mesma linha de pensamento, consta entendimento mais adequado e que representa evolução na jurisprudência acerca da motivação referencial no seguinte julgado: STJ. 6ª Turma. HC 214.049-SP, Rel. originário Min. Nefi Cordeiro, Rel. para acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 5/2/2015 (Info 557).

³⁶⁴ “O Conselho Julgador, na primeira fase da dosimetria da pena aplicada ao Réu N.A.O., *fixou a pena-base no patamar máximo cominado para o delito descrito no art. 299 do CPM, sem a necessária fundamentação, tendo sido feita, apenas, alusão às Alegações Escritas ministeriais.* Eis o trecho final do Aresto condenatório: (...) Isto Posto, Decide o Conselho Permanente de Justiça para o Exército: À unanimidade, CONDENAR o civil N.A.O., já qualificado, como incurso nas sanções do artigo 299 do Código Penal Militar. Por maioria (4x1), fixa a pena-base em 02 (dois) anos de detenção, considerando os argumentos ministeriais em Alegações Escritas, em cote/o com o artigo 59 do Código Penal Militar, que se transforma em definitiva, por ausência de agravantes, atenuantes, bem como causas de aumento ou diminuição de pena. (...) A dosimetria da pena exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos ético-sociais da sanção penal e das garantias constitucionais, especialmente a garantia da individualização da pena. Nesse ponto, *a Decisão a quo padece de nulidade insanável, posto que, na 1ª fase da dosimetria da pena, ou seja, na fixação da pena-base, não se verificou a necessária fundamentação a justificar a exasperação ao máximo cominado para o delito tipificado no art. 299 do CPM. Mais que isso, o decisum ora atacado viola os arts. 438 e 440 do CPPM, bem como não permite ao Réu o exercício da ampla defesa, conforme lhe assegura o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.* Portanto, diante de todos os argumentos aqui expendidos, torna-se imperiosa a declaração de nulidade absoluta da Sentença condenatória, restrita, porém, à dosimetria da pena aplicada ao Civil N.A.O., remanescendo incólumes todos os demais fundamentos expendidos que determinaram a sua condenação e, bem assim, a absolvição do Civil A.C.B.L. e da condenação da Civil D.N.S.C.” Grifos nossos - Trecho do acórdão proferido nos autos da Apelação STM nº 97-67.2011.7.01.0301/RJ – cujo relator: Ministro Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva, julgado em 06/06/2013.

sentença escrita se torne fundamentada, se torna difícilíssima a descoberta da nulidade, considerada a preferida ausência de confrontação dos votos orais do julgamento, com aquilo que efetivamente foi redigido.

Portanto, a prática da motivação *per relationem* pode comprometer sobremaneira o controle intersubjetivo dos julgamentos escabinados.

6.6.6 A ausência de roteiros de decisão e a produção assistemática dos votos

Das seções precedentes, constatou-se uma produção assistemática dos votos, que foi caracterizada pela inexistência de uma ordem lógica de enfrentamento das diversas e sucessivas questões necessárias ao julgamento, cuja origem do problema se encontra na ausência de um relatório e de uma discussão prévios. Nem mesmo o voto da juíza togada se direcionou a suprir esse balizamento para os demais votos. Diferente da sentença que demonstrou uma ordem lógica de abordagem dos seus capítulos decisórios, os votos orais foram prolatados sem qualquer preocupação com a ordem de questões jurídicas a motivar, observadas a sua relevância e anterioridade lógica.

Notou-se a impossibilidade de detectar os motivos ou razões dos votos vencedores e vencidos em cada capítulo da decisão, o que prejudicou a correta redação da sentença. Não se trata de inferência meramente especulativa, mas observação empírica ancorada na deliberação e na prolação dos votos, que evidenciaram a ausência de delimitação na ordem de apreciação das questões jurídicas.

No aspecto deliberativo, percebeu-se que há um procedimento institucionalizado acerca da coleta genérica do voto, sem a preocupação com a coleta dos respectivos fundamentos. Após uma argumentação titubeante da juíza militar, a juíza togada assim se manifestou: “A senhora vota pela condenação ou absolvição? Tem que condenar ou absolver!” Percebe-se que o questionamento foi direcionado apenas à obtenção do dispositivo, e não à obtenção da motivação, com conclusão no dispositivo.

Como também foi observado na análise da motivação, a juíza togada por diversas vezes teve que suplementar argumentos da sentença, inclusive nas justificativas das premissas que se referiam a determinados fatos considerados provados.

Nas referidas situações, constatou-se que o aporte de premissas em geral e até mesmo a indicação de quais provas compunham as razões de determinado juízo de fato foram procedidos pela própria magistrada na redação da sentença, mesmo sem ela ter contribuído para definir as questões em disputa. Esse trabalho de exposição de razões pode e deve ser feito da forma adequada, mas não pela suplementação indevida na sentença. Isso pode ocorrer pela acurada tomada de questionamentos em cada capítulo da decisão, os quais devem ser solucionados ponto a ponto durante o julgamento em plenário.

Torna-se imperioso estabelecer uma ordem de enfrentamento das questões, mediante um roteiro prático em que cada juiz votante possa se manifestar precisamente sobre cada capítulo ou tese levantada pelas partes, de modo que ao final se tenha uma decisão completa, lógica e ordenada. Basta imaginar que a resposta à questão que representa determinado capítulo da sentença, permite superá-lo e seguir para o próximo capítulo, e assim sucessivamente.

Isso permitiria que o juiz togado registrasse os pontos de divergência em relação ao seu próprio voto, em cada capítulo decisório, e não apenas ao final do julgamento quando constatar que seu voto foi vencido. Ter-se-ia um mapeamento decisório completo, tanto em relação aos fundamentos quanto à conclusão.

6.6.7 A ausência de uma célula argumentativa e o risco da motivação insuficiente: o Layout Toulmin supriria a demanda?

Especializando ainda mais a análise, a necessidade do roteiro argumentativo discutida acima é aplicável não apenas aos capítulos sequenciais da decisão, mas também aos próprios argumentos que os compõem, quando a situação demandar uma justificação das premissas apresentadas. Seria o preenchimento da célula argumentativa: dados ou razões (D) e conclusão (C), com a garantia estabelecida (W).

O conceito de célula argumentativa trabalhado no capítulo 4 se direciona ao padrão mínimo do argumento para ser considerado motivado. Em outra forma de expressão, é a caracterização da argumentação suficiente, em resposta a uma problematização específica. Essa “problematização” pode dizer respeito a um único argumento ou a uma cadeia de argumentos.

Verificou-se na prática que inexistem parâmetros para detectar quando um determinado argumento ou capítulo de decisão se encontra minimamente motivado no voto dos juízes militares. Desse modo, não se torna possível distinguir quando uma decisão apresenta motivação sucinta³⁶⁵ ou insuficiente. Nada obstante, o juiz togado terá que redigir uma sentença motivada mesmo diante desse impasse, gerando uma prática indesejada de compensação argumentativa ou de suplementação de fundamentos, como se discutirá mais abaixo.

Utilizando-se da mesma lógica dos roteiros para a decisão final, percebe-se que falta um roteiro mínimo para a fixação da célula argumentativa em cada capítulo decisório. Essa ausência pode tornar os votos individuais inconsistentes ou incoerentes, gerando riscos para a decisão colegiada. Da mesma forma, impede que a decisão possa ser controlada intersubjetivamente.

O estudo do Layout Toulmin permitiu a análise dos argumentos, detectando vícios e identificando quando o argumento estaria justificado. No capítulo 4, o estudo demonstrou que o modelo de argumentação de Toulmin seria em tese capaz de cumprir as diversas funções de um modelo normativo de justificação judicial, dentre elas, as funções operacional e didática, que se destinam à construção de argumentos jurídicos e à orientação para essa construção, respectivamente. Com base nesse entendimento, idealizou-se que a estrutura do layout se revelaria também um bom indicativo para fomentar o controle e a construção de argumentos no âmbito dos escabinados, dadas as necessidades que foram observadas empiricamente.

As características evidenciadas nos votos dos juízes militares são a baixa capacitação técnico-jurídica, motivações extremamente sucintas e a utilização das regras da experiência como grande parte do apoio (backing) dos argumentos. O modelo Toulmin de argumentação se presta adequadamente a suprir o nível de exigência argumentativa que seja capaz de orientar e qualificar os votos de pessoas que não são profissionais da área jurídica, como é a situação dos juízes militares. A simplicidade do modelo e a sua versatilidade para abarcar uma grande gama de situações de argumentações do cotidiano forense o torna extremamente adequado para aplicação na construção das decisões dos colegiados com a estrutura de escabinado.

³⁶⁵ Rememore-se que a decisão sucinta é possível, desde que atenda a todos os requisitos estruturais de argumentação jurídica. Já a decisão insuficiente gera o efeito da nulidade da decisão, por ausência de fundamentação.

A grande questão não reside na sua aplicabilidade, que mesmo sem testagem nos conduz à aceitação implícita, mas na operacionalização desse tipo de controle e sobre como servir pedagogicamente para a construção de argumentos. Para que o juiz verifique se foram respondidos os questionamentos-chave de cada argumento, deve dispor de um esquema de preenchimento dos elementos do Layout Toulmin, nos mesmos moldes das análises que foram efetuadas na Seção 6.3. A diferença é que naquele momento a finalidade de reconstrução dos argumentos era apenas avaliativa, sendo que neste ponto a intenção seria de auxiliar na criação de argumentos a partir de Toulmin, bem como a sua utilização como medida de autocontrole para checar e garantir a produção de uma motivação suficiente.

Há de se registrar uma dificuldade objetiva para a reconstrução de certos votos mediante o modelo Toulmin, ainda que haja grande investimento em formação dos magistrados togados para o fim específico de controle e de orientações. Como se percebe da análise empírica, alguns votos são claros e permitem identificar sem maiores dificuldades quais são as razões e as conclusões. Outros votos são mais obscuros, possivelmente em face do distanciamento dos leigos acerca das formalidades da argumentação minimamente institucionalizada que deve ser proferida, o que gera severas dificuldades na identificação dos elementos que compõem o argumento jurídico. Basta rememorar o voto dúbio da primeira juíza militar votante (JM1), assim degravado:

JM1: Nesse caso ela teve uma liberação, mas não era urgência, né?!
 Eu concordo que seria assim: abandonar o colega na situação que depende, né, dela ali... Se o outro colega passasse mal, né?! Quer dizer, é um queijo suíço, uma hora vai dar errado, né?!. Então assim, ela foi liberada, mas ela deixou o colega, né?!
 Então, é uma situação difícil!
 (...)
 JM1: Ela teve a liberação superior, vou absolver...

Observa-se que nesse voto existem vários dados ou razões (D), porém todos desordenados. Não tem conclusão (C), inicialmente. Ao final, após ser questionada pela togada, a juíza militar acabou por absolver, quando as razões apresentadas indicavam um caminho de condenação. A regra de inferência (W), além de obscura, indica a invalidade desse argumento por ser contraditório.

Portanto, sem prejuízo de outras medidas, incluindo treinamentos dos juízes togados e leigos sobre a aplicação do Layout Toulmin na construção de argumentos jurídicos, uma conclusão possível neste estágio da pesquisa é que o juiz togado pode e deve formular as perguntas-desafio, que preenchem o Layout Toulmin paulatinamente, seguindo uma estrita

ordem de capítulos da decisão, sob pena de não se conseguir extrair fundamentos ou conclusões.

Isso não afasta outros possíveis óbices, que serão listados a seguir. Porém, esses próximos problemas de ordem prática podem ser solucionados mediante novas pesquisas empíricas, com maior profundidade, para sanar algumas questões remanescentes que podem ser assim elaboradas: Até que ponto seria viável estruturar o procedimento com aplicação de roteiros de decisão? Seriam preparados layouts ou esquemas para estudo dos juízes, para preenchimento prévio e para balizar as respostas em audiência? Quanto tempo seria necessário dispor para a preparação prévia de questionamentos e roteiros? Como deve ser a construção dos roteiros? Esse procedimento esbarraria em questões práticas de outra ordem? A forma oral de motivar as decisões apresenta algum impacto no uso dos esquemas de argumentação? Haveria necessidade de reformas estruturais ou de redesenhos institucionais? A legislação atual permite que os roteiros e esquemas sejam adotados como praxis judicial?

Pela impossibilidade de solver esses questionamentos na presente pesquisa, também serão consideradas limitações de estudo.

6.6.8 Redação da sentença mediante compensação de argumentos jurídicos

O principal ponto investigado sobre o modelo deliberativo posto na lei processual penal militar é que o juiz togado é sempre o redator da sentença, ainda quando tenha sido vencido na votação, quer seja nos aspectos fáticos ou jurídicos, gerais ou parciais.³⁶⁶ Não por acaso, o mais importante registro das observações se situou em problemas decorrentes da redação da sentença, em comparação com os votos orais.

Quando o juiz togado é vencido, deverá concretizar a sentença escrita a partir de um voto produzido estritamente por uma maioria de juízes leigos, sem a sua necessária participação no entendimento vencedor. A única permissão legal foi a redação da sentença, o que impõe a translação do conteúdo do julgamento para o corpo de decisão escrita. Isso significa que o juiz terá que conglobar os votos de todos os juízes militares e identificar, caso

³⁶⁶ Conforme o texto do § 2º do art. 438 do CPPM: “A sentença será redigida pelo auditor, ainda que discorde dos seus fundamentos ou da sua conclusão, podendo, entretanto, justificar o seu voto, se vencido, no todo ou em parte, após a assinatura. O mesmo poderá fazer cada um dos juízes militares.”

a caso, os fundamentos de fato e de direito que compõem o voto vencedor para, ao final, redigir uma sentença nos moldes preconizados na lei.

A lei não permitiu e não poderia mesmo permitir que o juiz togado se substituísse aos juízes militares para criar argumentos ou para compensar deficiências. O núcleo de cada argumento deve ser reproduzido na sentença na sua forma original, sendo permitidas as correções meramente estruturais, o que não inclui o lançamento de novas razões de fato ou de direito. Todavia, a observação da realidade nos permitiu identificar que o modelo previsto em lei induz a certas práticas indesejadas ou incoerentes com a Constituição da República.

Diante da inexistência de mecanismos ou ferramentas de controle da produção da decisão colegiada, conforme nos detivemos nas subseções precedentes, a compensação de argumentos na sentença foi uma prática recorrente observada na pesquisa, como forma de evitar o colapso pela motivação insuficiente ou incoerente do voto vencedor.

Observou-se que dos dez capítulos redigidos na sentença, nove foram compensados argumentativamente, em maior ou em menor grau. Somente em um único capítulo da sentença não houve compensação argumentativa.³⁶⁷

Ao se verificar que é prática institucionalizada o fato do juiz togado inovar na argumentação ou corrigir os votos vencedores para a sua adequação à racionalidade lógica e ao direito, foi identificada uma verdadeira lacuna no modelo deliberativo, que revelou espaços para uma “falsa justificação” ou “decisão simbólica”. O modelo escabinado alberga a possibilidade de uma “argumentação arbitrária”, vez que a decisão final terá sido efetivamente produzida fora da lógica e da argumentação jurídica, com posterior conserto do texto pelo juiz togado.

Na prática, estão sendo dados contornos jurídicos a uma decisão que eventualmente não tem os elementos mínimos de racionalidade, discutidos ao longo do trabalho. Isso não ocorre por má intenção de nenhum dos envolvidos no processo³⁶⁸, mas por questão da deficiência estrutural do sistema³⁶⁹, produtor de incongruências precisas.

Desse modo, não se torna possível o controle da fonte decisória e, portanto, da intersubjetividade necessária no colegiado.

³⁶⁷ Conferir o Quadro 44 – Comparativo entre os votos orais e a sentença.

³⁶⁸ Acredita-se em processos inconscientes, formatados pela práxis judicial. Liga-se com aquilo que parte da doutrina denomina de “senso comum teórico dos juristas” (WARAT, 1994, p. 15).

³⁶⁹ A problemática da conformação legal do sistema deliberativo e decisório foi detidamente apresentada no capítulo 2.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho teve por escopo descrever e analisar a forma como são deliberadas e construídas as decisões do sistema escabinado, representado pelos Conselhos de Justiça Militar, composto por um juiz civil togado e por quatro juízes militares leigos em direito, sorteados nos termos da lei, para processar e julgar crimes militares. Os votos dos juízes militares, mesmo sendo leigos, se dirigem a qualquer matéria discutida no feito, seja decisão interlocutória ou final, de cunho estritamente processual, de fato ou de direito, incluindo a aplicação da pena. Essa modelagem orgânica da Justiça Militar em primeira instância conduziu a equívocos conceituais, dogmáticos e de aplicação do direito em sua vertente argumentativa, notadamente por se se fazer uma comparação linear com o modelo do Tribunal do Júri.

A partir desse modelo, a preocupação teórica inicial foi no sentido de questionar a tese de que a experiência dos quatro juízes militares, aliada ao conhecimento técnico do juiz togado, de *per si*, induziria à presunção de uma maior justiça das decisões do órgão escabinado. Denominamos a tese de “justiça intrínseca” das decisões, porquanto credita a confiabilidade no órgão decisor pelas suas características imanentes, desconsiderando o modo como as decisões são construídas e se são passíveis de controle.

Percebeu-se que essa tese foi formada a partir de uma mera crença, sem realizar a interpretação do sistema de forma coerente. Apresentou várias deficiências de ordem lógica e de fundamentação de suas premissas, bem como da sua conclusão, dentre as quais: não leva em conta inúmeros outros fatores para que um julgamento seja considerado “justo”, em especial a forma pela qual se delibera e se constrói a motivação das decisões; limita o direito penal militar à experiência sobre fatos e aos valores morais do segmento militar; não diferencia o núcleo do que é inerente à experiência de toda pessoa comum e à experiência profissional, em face do que se insere na esfera da capacitação judicial; e não apresenta evidências do seu acerto, constituindo-se em afirmação que vem sendo repetida acriticamente, por meio do argumento de autoridade.

Com base nas reflexões teóricas iniciais, considerou-se que o aspecto leigo da maioria dos componentes do escabinado militar não seria um motivo idôneo para suplantarmos a necessidade de formatação adequada de um modelo de justificação das decisões judiciais. As normas processuais do sistema deliberativo precisariam ser confrontadas com a práxis judiciária, por meio da seguinte problematização de pesquisa, formulada de modo bipartido:

Como o escabinado militar constrói a motivação das suas decisões no processo de deliberação? Por que a deliberação ocorre da forma descrita?

Para responder às indagações, fixou-se o objetivo geral com dupla vertente, de analisar e descrever a forma como são deliberadas e construídas as decisões no âmbito do sistema escabinado militar.

O percurso metodológico optou pelo método de estudo de um caso particular envolvendo julgamentos do escabinado, para uma generalização posterior, revelando-se a abordagem indutiva. Por meio da observação empírica, analisou-se a prática deliberativa, discursiva e argumentativa dos Conselhos de Justiça, levando em conta a realidade subjacente às prescrições jurídicas, estabelecidas no direito positivo.

Selecionadas as teorias capazes de embasar o estudo de caso, foram fixadas cinco questões de estudo, que serão respondidas na sequência. São elas:

- Como se configura o desenho institucional do escabinado militar, no tocante às prescrições normativas sobre a tomada de decisões jurídicas: deliberação, votação individual e redação do processo decisório?

- Qual a amplitude dos deveres e limites argumentativos impostos aos membros do Conselhos de Justiça?

- Quais as funções dos modelos de justificação no controle das decisões judiciais?

- Em que medida o Layout Toulmin de argumentação pode ser aplicado como ferramenta de análise das decisões penais e como modelo de justificação no âmbito do escabinado?

- Quais são os eventuais gargalos do sistema deliberativo do escabinado que impedem o controle intersubjetivo?

Para responder à primeira questão, surgiu a necessidade de descrever o desenho institucional do escabinado militar, verificando as prescrições normativas sobre a tomada de decisões jurídicas: deliberação, votação individual e redação do processo decisório.

O escabinado militar possui um desenho institucional específico e um regime decisório peculiar, inserido em um contexto próprio, que não pode ser confundido com os pressupostos do Tribunal do Júri. Sem esgotar o estudo dogmático, que demanda aprofundamentos necessários, verificou-se que os juízes militares devem analisar livremente a prova dos autos, desde que motivem adequadamente os seus votos individuais, segundo a regra geral de garantia prevista no artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988.

Verificou-se, ainda, que as normas de direito positivo reguladoras das sessões de deliberação e de formação das decisões dos Conselhos de Justiça Militar possuem

incongruências e lacunas, que podem repercutir na práxis judicial. Dentre elas, estão: a previsão de uma sessão secreta de julgamento; a mesclagem de um processo de índole escrita, com votação oral; a ausência de regras sobre discussão em plenário, inviabilizando a escorreita deliberação; lacunas sobre a estrutura dos votos orais, deixando grande margem de discricionariedade e espaço para omissões; inexistência de regras claras para solucionar a dispersão qualitativa dos fundamentos dos votos; e a imposição da redação da sentença pelo juiz togado, mesmo quando seu voto é vencido, sem preconizar mecanismos seguros para que essa redação reflita o julgamento efetivo em plenário.

Em face da insuficiência das regras sobre a forma de deliberar e de construir as decisões, respondeu-se à segunda questão de estudo, no sentido de que não existem deveres e limites argumentativos impostos pela lei ou pela jurisprudência aos membros dos Conselhos de Justiça, mas tão somente regras básicas sobre quem vota, quando vota e quem redige o decisório final.

Nada obstante, os desafios crescem em complexidade, vez que a identificação de problemas de ordem normativa é apenas um primeiro estágio para se identificar se há racionalidade nas decisões do escabinado. Seguiu-se a necessidade de averiguação de estruturas materialmente lógicas no âmbito argumentativo, capazes de indicar se haveria efetiva racionalidade jurídica nas decisões proferidas por juízes militares leigos nos Conselhos de Justiça Militar, a partir dos votos orais em uma sessão de julgamento, e se a captação e a sintetização dos votos pelo juiz togado poderiam ser convertidas em uma sentença adequadamente fundamentada.

Para responder à terceira questão de estudo, a teorização descreveu os modelos de justificação, como meios de controle intersubjetivo da argumentação jurídica evidenciada nas motivações judiciais. Concluiu-se que o fornecimento de um padrão de argumentação jurídica minimamente racional possibilitaria os controles endoprocessual e exoprocessual da decisão judicial. Uma decisão judicial racionalmente motivada e controlável em ambos os aspectos deveria conter os seguintes requisitos mínimos: completude, dialeticidade, correção, racionalidade interna e racionalidade externa. Por outro lado, a ausência de padrões mínimos de racionalidade abriria espaços institucionais para que as decisões fossem tomadas sem justificação, caracterizando as zonas de arbítrio.

Em resposta à quarta questão de estudo, percebeu-se que o modelo argumentativo de Stephen Toulmin se prestou à finalidade de servir como um modelo normativo de justificação para a formação decisória do escabinado militar e, metodologicamente, como ferramenta de avaliação dos argumentos já produzidos na prática deliberativa.

Pelas suas principais características, dentre as quais a simplicidade e a flexibilidade, o modelo de Toulmin foi capaz de fornecer critérios de validade, solidez e força persuasiva a argumentos construídos mediante o seu padrão de referência. Os mesmos requisitos justificaram o seu emprego na análise argumentativa do escabinado, em especial por ser um modelo baseado na lógica informal, cujo respaldo da argumentação é referenciado no senso comum, advindo da experiência e da prática social. Logo, teve sua aplicação facilitada para análise da argumentação de leigos em direito.

Importante consignar que a aplicação do Layout Toulmin, conjugado com um roteiro baseado nos capítulos da sentença penal, potencializou a função avaliativa. Esse estudo revelou que a formação de roteiros para o veredito pode compor os modelos de justificação de decisões em matéria penal. O uso desses itinerários discursivos é capaz de viabilizar a análise sequencial de toda a cadeia de argumentos, quer seja no âmbito de questões de fato ou de direito. Essa mesma lógica se aplica na função operacional do modelo de justificação, que é a de construir argumentos.

Toda essa análise pretérita, nos permitiu seguir para o último questionamento do estudo, antes de responder ao problema geral da pesquisa. Objetivou-se discutir os eventuais gargalos do sistema deliberativo do escabinado que impedem o controle intersubjetivo. Para tanto, fez-se necessário interpretar e discutir os dados obtidos no estudo de caso.

O estudo de caso ocorreu pela seleção e coleta de uma única sentença em que o juiz togado tenha sido voto vencido, porquanto lhe incumbe a redação do decisório em qualquer situação. Essa opção tencionou identificar até que ponto um voto oral proferido por um juiz leigo, que se constituísse como voto vencedor, estaria revestido das condições formais e substanciais para embasar adequadamente a redação da sentença pelo juiz togado, permitindo os controles endoprocessual e exoprocessual.

No campo do direito, o estudo de caso único é bastante factível e pode se beneficiar da “lógica da replicação”, quando as suas conclusões são generalizadas a outros casos. Isso porque a generalização que pode ser feita a partir dos casos estudados é analítica, e não apenas estatística. Por isso, a seleção de caso em que o juiz togado foi voto vencido se revelou como uma “amostra de acontecimento” e se deteve em fatos institucionais relevantes para a compreensão de um determinado procedimento, que é a deliberação e a construção da decisão, no meio social formado pelo escabinado militar.

Seguindo os protocolos estabelecidos, o caso selecionado correspondeu a um julgamento envolvendo a imputação de um crime militar de abandono de posto, em decorrência da saída da acusada do serviço no Controle de Tráfego Aéreo. A juíza togada

votou pela absolvição, sendo acompanhada por outra juíza militar, porém restou vencida, quando uma juíza militar divergiu com voto condenatório, sendo seguida pelas demais.

Houve a decomposição dos argumentos da sentença escrita e dos votos orais, que foram recompostos no Layout Toulmin. No caso, as proposições foram classificadas como razões ou dados (D), conclusão (C), garantia (W), apoio (B), condições de refutação (R), e qualificadores modais (Q), que se referem aos elementos do referido layout. A padronização dos argumentos no Layout Toulmin permitiu enquadrar as proposições nos seus diversos elementos constituintes, o que possibilitou avaliar se os argumentos são justificados interna ou externamente.

A recomposição foi realizada em uma sequência de capítulos da sentença, de modo que todas as questões relevantes ao julgamento foram analisadas individualmente. Por conseguinte, foi possível analisar a sentença em confronto com os votos, identificando se havia ou não correlação. Dessa comparação, também foi possível analisar as características e algum nível de qualidade da justificação dos votos e da sentença.

Neste ponto, a aplicação do Layout Toulmin permitiu a constatação dos elementos mínimos de cada um dos argumentos produzidos nos capítulos da sentença, detectando eventuais deficiências. Constatou-se que a sentença escrita foi ordenada em capítulos lógicos e sequenciais, porém a justificação externa das premissas nem sempre ocorreu da forma devida, conforme se concluiu nas análises feitas nas subseções 6.3.1 a 6.3.12. O estudo demonstrou que muitas premissas desse layout argumentativo em cadeia não foram adequadamente justificadas, embora a sentença se apresentasse com a aparência de higidez e de validade formal.

Extraíu-se um quadro comparativo entre a sentença e os votos orais (Quadro 44), permitindo estabelecer correlações especiais, por meio de triangulação dos dados.

A sentença foi decomposta em doze capítulos, sendo dez deles efetivamente analisados. A sentença foi completamente motivada em todos os seus capítulos. Porém, os votos orais somente produziram motivação em alguns capítulos de sentença, deixando vários capítulos lacunosos. Mesmo o voto vencido da juíza togada não abordou ou discutiu todas as questões necessárias. O voto oral vencedor, que é a base da redação decisória, só produziu motivação expressa em dois capítulos. A partir dessa motivação parcial dos votos orais, foi possível extrair a correlação com os capítulos da sentença.

Observou-se que só foram considerados justificados os capítulos da sentença em que houve manifestação expressa no voto vencedor. Dessa observação foi possível inferir que há uma relação direta entre a existência de motivação expressa do voto oral vencedor e condições para que a sentença seja justificada adequadamente, ainda que a justificativa possa ser impugnada e eventualmente modificada no mérito em sede recursal. Por outro lado, a ausência de motivação do voto oral vencedor acerca dos respectivos capítulos da sentença irá influenciar nas chances de produção de justificativas inadequadas pelo redator da sentença.

Foi possível inferir, também, que há uma relação direta entre o ponto específico de divergência entre os votos vencido e vencedor como condição para que a sentença não seja corretamente justificada. Isso porque o juiz redator estará vinculado às suas próprias razões de decidir e ao seu processo de inferência, necessitando compreender claramente as convicções contrárias e traduzi-las em um texto de sentença. Quando um voto vencedor é mal fundamentado, não se torna possível ao juiz redator extrair qualquer premissa para embasar uma conclusão plausível na sentença.

A característica mais expressiva observada foi a compensação argumentativa do voto oral vencedor pela redação da sentença. Dos dez capítulos redigidos na sentença, nove foram compensados argumentativamente, em maior ou em menor grau. Somente em um único capítulo da sentença não houve compensação argumentativa. Observou-se que neste caso de não compensação, o próprio voto vencedor promoveu uma argumentação adequada, o que gerou entendimento de que quanto melhor fundamentado o voto vencedor, melhor será a redação da sentença pelo juiz togado.

Como último passo, foram analisadas as características da deliberação em plenário e verificada a sua influência na construção dos votos e da justificação escrita da sentença. Como foi visualizado na proposição inicial, que se confirmou ao final do estudo, as deficiências intrínsecas do próprio modelo legal, discutidas no capítulo 2, foram corporificadas na observação empírica da deliberação e da construção da motivação da sentença nos Conselhos de Justiça, evidenciando problemas de ordem prática.

Constataram-se alguns pontos ou gargalos, que podem embasar algum grau de generalização, quando se confronta a realidade empírica com o modelo legal. Trata-se de generalização analítica, a partir das prescrições legais. Significa que as constatações fáticas são decorrência do modelo normativo, o qual promove condições para a reiteração de fatos e procedimentos observados.

Em síntese, os pontos constatados são os seguintes: inexistente a prática de um relatório oral, antes do julgamento propriamente dito, impedindo a fixação e a identificação das questões relevantes ao enfrentamento nos votos; a discussão prévia dos casos entre os juízes é praticamente inexistente, de modo que os votos se iniciam sem qualquer debate sobre a causa; não há um roteiro lógico de motivação das questões em debate, de forma que os juízes podem votar de forma assíncrona, sem pontuar cada questão jurídica, de fato ou de direito, ou sem seguir a ordem lógica de enfrentamento dos capítulos da sentença; o juiz togado poderá motivar somente as questões jurídicas cabíveis à solução do seu próprio voto, deixando de enfrentar as demais questões suscitadas e relevantes para a causa, que possam compor eventual voto divergente de outro membro do Conselho; os juízes militares votam sucintamente, sem a preocupação se seu voto será ou não o voto vencedor; mesmo quando seu voto é vencedor, o juiz militar não justifica os capítulos da sentença divergentes da apreciação do juiz togado; os juízes militares declaram os fatos provados, mas não fazem a adequada apreciação das provas que formaram o seu convencimento em relação àqueles fatos; a votação *per relationem* no julgamento colegiado é feita sem maiores objeções, além de ser indevidamente admitida como um procedimento capaz de resolver a incoerência da produção de voto jurídico por um não jurista; o modelo legal não fixa deveres e limites argumentativos mínimos para a deliberação, à exceção da facultatividade de justificar o voto vencido por escrito; os votos são emitidos sem um roteiro de decisão, de modo que questões jurídicas relevantes são omitidas na motivação; mesmo quando há o enfrentamento de questão jurídica relevante, o formato do voto não apresenta os elementos completos de uma célula argumentativa, produzindo uma motivação insuficiente, a qual deixa de justificar adequadamente as questões de fato e de direito; é facultado ao juiz togado não exortar os juízes militares a preencher os pontos lacunosos do seu voto; a redação do decisório não se correlaciona ao que efetivamente foi decidido em plenário, nos casos em que o juiz togado vota vencido, quer por ausência de discussão suficiente da causa, quer pela exposição insuficiente dos fundamentos do voto vencedor, quer pela compensação argumentativa promovida pelo juiz togado; por fim, a compensação argumentativa na sentença se constituiu em um problema recorrente do modelo decisório, requerendo novos estudos.

Ao final da interpretação do estudo de caso, juntamente com análises de cunho dogmático, filosófico e argumentativo, foi possível responder à pergunta inicial sobre como o escabinado militar constrói a motivação das suas decisões no processo de deliberação e por

que a deliberação ocorre dessa maneira. A construção da motivação decisória do escabinado militar será descrita por quatro ângulos de consideração:

- a) a motivação se dá em um processo deliberativo assistemático, sem um roteiro de discussão e de votação;
- b) é amplamente discricionária, sem fixação dos deveres e limites argumentativos;
- c) apresenta um reduzido grau de controle intersubjetivo (endoprocessual e extraprocessual); e
- d) tem potencial para a formação de “zonas de arbítrio”, em especial nos casos de voto vencido do juiz togado.

A deliberação ocorre dessa maneira porque as normas de direito positivo são insuficientes para delinear um modelo deliberativo e decisório, e por não haver mecanismos prévios ou ferramentas que permitam o controle intersubjetivo durante o processo de formação da decisão.

As referidas constatações serão melhor detalhadas a seguir.

As duas primeiras características da construção da motivação decisória, citadas nas alíneas a) e b), são apenas uma confirmação da observação inicial sobre o próprio conjunto de normas do processo deliberativo, cujos problemas foram reafirmados na observação da prática dos escabinados.

As próprias normas já denotavam um processo de votação assistemático, desprovido de um roteiro mínimo de discussão. Não existem balizamentos legais para que o juiz togado conduza a deliberação, por meio de um roteiro de passos necessários, ou pontos de enfrentamento. Inexiste qualquer parâmetro para a construção dos votos, tampouco questões ou quesitos a serem enfrentados em cada capítulo do veredicto. A condução deliberativa para a coleta de votos e a forma redacional que consubstancia o julgado fica totalmente ao alvedrio do juiz togado, que a depender da sua experiência e habilidade judicante, poderá ou não promover uma discussão, antes da tomada dos votos.

Disso decorre o segundo ângulo de observação que é a ampla discricionabilidade na forma de votar, pela ausência de deveres e limites argumentativos. Se o conteúdo mínimo do voto individual não é disciplinado na lei, se as regras são lacônicas no sentido de exigência expressa acerca do grau de motivação, principalmente na análise sobre as provas e sobre o formato dos votos, e se não há balizas para uma discussão prévia da causa, antes de se adentrar ao voto, todas as necessidades serão suplantadas pela liberdade discricionária dos juízes, em especial do juiz togado, que é o presidente e o relator do Conselho de Justiça.

Mas nem sempre a postura adotada pelo juiz togado melhorará a produção da motivação ou estará dentro de parâmetros seguros de deliberação. Sua postura poderá ser de maior checagem dos fundamentos dos votos ou, por outro lado, se abster da formulação de indagações ou questionamentos que esclareçam os argumentos mal elaborados ou em dissonância com as regras jurídicas, tudo para evitar constrangimentos aos membros do Conselho de Justiça. Poderá, ainda, ao controlar ou dirigir os votos dos juízes militares para realizar a motivação, acabar exercendo uma pressão relativa, no sentido de fazer prevalecer o seu próprio voto. As formas de atuação variarão conforme as pessoas que integram os órgãos, mas a origem dos problemas reside nas lacunas jurídicas do próprio sistema. Percebe-se que a instabilidade de posturas procedimentais não é desejável para a segurança jurídica.

Isso demonstra que o sistema colegiado não dispõe de mecanismos de autocontrole argumentativo no seu interior, seja para limitar ou para impor, o que pode facilitar a ocorrência de vícios da motivação: motivação inexistente, incompleta, não dialética, não congruente aos dados, contradição interna, ausência de justificação externa das premissas, motivação implícita, motivação *per relationem*, e outros.

Sobre as considerações das alíneas c) e d), há necessidade de se ampliar o debate, a partir de novas inferenciais surgidas com o estudo de caso, as quais não eram deduzidas da simples análise da legislação.

Sobre a efetiva possibilidade de controle intersubjetivo, verifica-se que os controles endoprocessual e exoprocessual carecem de aperfeiçoamento.

A impugnação dos julgamentos da Justiça Militar é feita com base no texto escrito da sentença, sem a confrontação com os registros ou gravações dos votos individuais, situação capaz de não refletir adequadamente o julgamento realizado pelo Conselho de Justiça, mas sim a versão da cadeia de argumentos elaborada pelo juiz togado. Quando esse juiz togado vota vencido, existe uma grande possibilidade de promover uma compensação argumentativa na elaboração do texto da sentença, com suplementação de razões, de modo a lhe conferir validade formal, mesmo quando inexistem motivos lógicos ou quando os motivos não forem declarados pelos votantes vencedores. Dessa forma, pode-se dizer que o controle decisório endoprocessual existe efetivamente na perquirição da motivação contida na decisão escrita, mas não necessariamente sobre os votos individuais. A deficiência potencial decorre da inexistência de instrumentos de conferência da correlação dos votos orais com a redação da decisão.

Resta claro que não há legitimidade nesse empréstimo de racionalidade diante do ordenamento jurídico atual. O procedimento se baseia no formato clássico do antigo sistema escabinado, em que o auditório era limitado aos atores processuais. Esse sistema escabinado foi gestado para deliberar em uma sessão secreta, de modo que as suas razões de decidir, embora não fossem dispensadas por lei, não tinham a importância devida ou, pelo menos, não eram o esteio da legitimidade do órgão, que se assentava na ideia de uma “justiça intrínseca”.

Um outro problema reside no controle extraprocessual, que é justamente o substrato da legitimidade do órgão. A sociedade tem o direito do controle político do papel dos juízes e daqueles que eventualmente se encontram no exercício da função judicante. Quando ocorre a suplementação de razões de um voto vencedor que foi totalmente omissivo na sua estrutura argumentativa, deixa-se de saber o que efetivamente embasou a convicção do votante, e passa-se a conhecer apenas as razões criadas pelo órgão técnico redator da sentença para tentar se adequar ao que foi decidido, sem que haja fidedignidade com as convicções ou com as reais razões do exercício do poder naquele caso. Resta evidente o risco potencial de arbitrariedade nesse procedimento, que pode ocorrer em variados graus. Esses graus, todavia, requerem análises empíricas mais concretas, de modo a verificar a incidência de suplementação de argumentos em um maior número de situações, cabendo estudo de casos múltiplos, que não foi objeto deste estudo exploratório.

Essa análise acima, se liga às considerações da alínea d), no sentido de que a dificuldade para o exercício do controle intersubjetivo tem potencial para formação de zonas de arbítrio, principalmente quando o voto do juiz togado for vencido.

Ao se verificar que o sistema escabinado permite a prática de o juiz togado inovar na argumentação ou corrigir os votos vencedores para a sua adequação à racionalidade do direito, sedimenta-se o entendimento de que existe uma verdadeira lacuna no modelo deliberativo, que anteriormente se apresentava como mera proposição inicial do estudo. O sistema alberga a possibilidade de uma “argumentação arbitrária”, vez que a decisão final terá sido efetivamente produzida fora da argumentação jurídica, com posterior conserto pelo juiz togado, que promove no texto uma “falsa justificação”³⁷⁰ ou “decisão simbólica”. Isso não

³⁷⁰ A esse respeito, Rodriguez (2013, p. 158) traz precisão de argumentos: “Evidentemente, será rara a identificação de zonas de autarquia em que os organismos de poder afirmem simplesmente: — Decido assim porque eu quero!. Ou: —Decido desta forma porque é a melhor coisa a se fazer!. É de se esperar que esteja presente alguma forma de *falsa justificação* que pretenda conferir uma forma aparentemente racional para decisões puramente arbitrárias” (RODRIGUEZ, 2013, p. 158).

ocorre por má intenção de nenhum dos envolvidos no processo, mas por uma questão da deficiência estrutural do sistema, que produz incongruências dessa monta.

A perpetuação dos problemas citados gera a desvirtuação do formato escabinado, que se assemelhará ao padrão decisório do modelo de júri tradicional, pautado pela convicção íntima, porém sob roupagem de um órgão judicial que efetua o julgamento por convicção motivada. Essa constatação demonstra uma dissonância do desenho institucional com a realidade político-constitucional. É como se o sistema escabinado estivesse sujeito à mesma cultura jurídica dominante de outrora, desconsiderando a evolução do direito, mas acobertado formalmente por uma legislação genérica, que camufla uma prática distorcida e lhe dá aparência de legitimidade. Em outras palavras, o sistema deliberativo e decisório legitima um poder meramente simbólico, produzindo vácuos de racionalidade e permitindo decisões arbitrárias sob aparência de legalidade.

Remanesce uma preocupação científica, e até mesmo político-jurídica, com o modelo de deliberação e de competências de processualmente posto, quando a comparação se volta aos efeitos concretos das decisões para a comunidade em geral. Os jurados do Conselho de Sentença são desobrigados de motivação, porém sua competência se limita à decisão do fato (crime doloso contra a vida) em um trabalho de votação totalmente guiado pelo juiz togado que preside o Júri e que, por fim, preconiza o direito adequado, inclusive, aplicando a pena. Já nos Conselhos de Justiça Militar, a total paridade de votos dos juízes militares leigos com o juiz togado, para decidir os mais variados tipos penais do ordenamento jurídico, sem qualquer limitação em seu conteúdo, e sem qualquer balizamento quanto à forma de motivação, inclusive no tocante à aplicação da pena, são fatores que podem levar o resultado jurídico-processual a situações inusitadas e totalmente contrárias aos princípios do processo constitucional. Este ponto vem reforçar a importância de se formatar um equilíbrio técnico entre os poderes processuais do juiz togado e dos juízes leigos, sob pena de repercutir na votação, que já é bastante desigual. O elemento togado é o único capaz de imprimir ao órgão o autocontrole. Todavia, esse controle técnico não pode ser desempenhado de forma discricionária, como já discutido acima. Há necessidade de efetivo balizamento legal, para evitar ações ou omissões processuais indevidas.

Na ausência de efetivo controle sobre a formação da motivação, estar-se-á concedendo poderes absolutos à figura do juiz militar, vez que poderá decidir sem justificar adequadamente seu voto, e poderá julgar livremente conforme sua consciência, ainda que fora da prova dos autos, sem qualquer limitação factual ou cerceio de ordem técnica. O sistema

permite que se desenvolva uma confiança implícita na posterior compensação argumentativa dos votos por meio da redação da sentença e na crença de que o votante não será interpelado a melhor esclarecer seu voto, por meio de quesitos ou roteiros de decisão. Vê-se que nem mesmo o jurado brasileiro tem tamanho poder, apesar de votar pelo sistema de íntima convicção, considerando que está limitado pelas respostas diretas aos quesitos e pelo fato de não aplicar pena.

Apesar da louvável intenção do legislador, a amplitude decisória e a escassa disciplina do processo deliberativo dos Conselhos de Justiça formam uma combinação perigosa de fatores. Se verifica que existe apenas uma “voz técnica”, que é a do juiz togado, e quatro “vozes leigas”, dos juízes militares, que se permeiam na construção da decisão, como se destinadas a uma simples soma, sem a efetiva troca de experiências, sem deveres e limites claros para o controle da motivação dos julgados. O juiz togado não deve apenas “emprestar” a sua qualificação técnica para o escabinado, tornando-o um órgão jurisdicional, sem poder influenciar efetivamente a decisão final. Sua atuação deve ser determinante para compensar a desigualdade numérica e possibilitar que haja a motivação dos votos, o que não depõe contra o sistema, tampouco viola qualquer norma constitucional.

Portanto, nas hipóteses em que houver apenas um simulacro de motivação, e não uma motivação propriamente dita, as garantias do processo serão mais vulneradas que nas hipóteses em que se dispensa a motivação dos votos, como no caso do Tribunal do Júri. Por tudo isso, a observação empírica confirma que o modelo decisório dos escabinados permite a formação de “zonas de arbítrio.

No encerramento das considerações acadêmicas, cabe rememorar a lição de Rodriguez:

A existência de zonas de autarquia no interior de uma ordem jurídica, cujo discurso de legitimação seja marcado pelo conceito de estado de direito, ajuda a evidenciar os setores, os espaços em que tal discurso funciona como mero instrumento de dominação. Sob a aparência de direito, portanto, podem ser tomadas decisões meramente arbitrárias, ou seja, que não se pode reconstruir racionalmente. Cabe à pesquisa vigiar as autoridades para que isto não ocorra. (RODRIGUEZ, 2013, p. 59)

Para além das respostas aos problemas de pesquisa, percebeu-se que o desenho institucional do escabinado também contribui com outros fatores para as deficiências apontadas, tais como: a) a seleção dos juízes militares é aleatória, baseada apenas na hierarquia e na condição de estabilidade na carreira, sem levar em conta efetivamente o tempo de acúmulo da experiência militar; b) não há previsão de uma capacitação prévia para atuar

como juiz militar; c) sequer há previsão de uma reunião preparatória de orientação, ficando por conta e iniciativa dos magistrados promover algum tipo de orientação nas auditorias; d) os juízes militares continuam em exercício concorrente com as atividades na caserna, reduzindo a qualidade da prestação jurisdicional; por fim, e) o tempo de permanência como juiz militar³⁷¹ não permite a internalização das condições mínimas para emissão de um voto escorreito e motivado.

Embora sejam fatores indiciários da baixa eficácia do sistema escabinado, foram listados a título meramente exemplificativo e sem o aprofundamento necessário, não sendo possível afirmar em que grau impactariam na produção dos votos e na redação da sentença. Portanto, há necessidade de estudos específicos acerca da influência de todo o desenho institucional do escabinado sobre o seu próprio produto decisório. Estes fatores se enfileiram com as limitações de estudo apresentadas na seção 6.6, do capítulo 6, ao passo que também se constituem em oportunidade para a abertura de novos campos de pesquisa.

O que se pode concluir, sem maiores tergiversações, é que o sistema escabinado tem um enorme potencial para fornecer decisões adequadas sob a ótica jurídica, mas isso não advém da simples confiança na existência de uma “justiça intrínseca”, conferida pela sua conformação orgânica. O que se deve promover com bastante afinco é a busca do controle intersubjetivo, por meio da repaginação legal e das práticas do processo de deliberação, além de novos estudos para um redesenho institucional.

Para tanto, há fortes indicativos de que o modelo Toulmin, quando aplicado em conjugação com roteiros de decisão, formados sequencialmente por capítulos de sentença, pode se transformar em um preciso modelo normativo de justificação a ser aplicado nos Conselhos de Justiça. Tais contribuições precisam apenas ser utilizadas em novos estudos e em projetos de lei, além da implementação na práxis judicial, naquilo que dispensar a regulamentação legal.

³⁷¹ Três meses nos Conselhos Permanentes. Mesmo no caso dos Conselhos Especiais, a atuação exclusiva no processo para o qual o juiz militar foi sorteado é insuficiente para lhe dar conhecimento e maturidade, de modo a realizar e aproveitar os atos processuais, refletir sobre eles e, principalmente, desenvolver competências ligadas à tarefa de argumentar juridicamente na prolação dos votos.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable** - un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991

ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2ª ed. São Paulo: Landy editora, 2005.

ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, André Martins. “Nos termos do voto do relator”: considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF. **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 2, 1, p. 263-297. 2016.

ALVES, José Carlos Moreira. A Justiça Militar da União, pelo seu novo presidente. Direito Militar – **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais** – AMAJME, Florianópolis, n. 13, 1998. set./out., p. 3/6.

ARAÚJO, Caroline. FELIX, Yuri. A motivação das decisões como garantia fundamental no processo penal brasileiro. **Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul** - AJURIS, Porto Alegre, v. 42, n. 139, p. 69-86, Dez 2015.

ARAÚJO, Flávia Simões de. **Júri clássico e escabinado**: estatística de adoção de ambos os sistemas de julgamento na atualidade. 127 f. Dissertação (Mestrado em direito) – Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO, 2008.

ARMANDO RIBEIRO, Fernando José. Justiça Militar, escabinato e acesso à Justiça justa. **Revista Amagis Jurídica**, [S.l.], n. 9, p. 73-94, jul-dez. 2013. ISSN 2674-8908. Disponível em: <<https://revista.amagis.com.br/index.php/amagis-juridica/article/view/124>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentação jurídica**. Trad. Cláudia Roesler - 1.ed. - Curitiba: Alteridade, 2017.

_____. **Razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). In: **A Nova Interpretação Constitucional**: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Luís Roberto Barroso (organizador). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Marcelo Lopes. A motivação das decisões judiciais no processo penal militar. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3136, 1 fev. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20994>>. Acesso em: 1 Jan. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. Vol. 1. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNEIRO, Mario Tiburcio Gomes. Prefácio. In: LOBO, Helio. **Sabres e Togas**: a autonomia judicante militar. 2ª edição. Rio de Janeiro; Borsoi, 1960.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria Geral do Processo**. 26º edição, Editora Malheiros, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol III, Campinas: Bookseller, 2002.

COHEN, Mathilde. **The French Case for Requiring Juries to Give Reasons**. Safeguarding Defendants or Guarding the Judges? (January 9, 2016). in Comparative Criminal Procedure (Jacqueline E. Ross & Steven C. Thaman, eds., Edward Elgar Publishing, 2016), pp.422-449. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=2713227> > Acesso em: 15 Jan 2019.

CORREIA NETO, Jáder de Figueiredo. **A nova retórica e o modelo Toulmin de argumentação**: aplicação à fundamentação de decisões judiciais. 2018. 109 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2018.

CREDIDIO, Georgius Luís Argentini Principe. **Regras de experiência e motivação das decisões no processo civil**. São Paul: LTr, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**. São Paulo: Malheiros, 2002.

DO VALE, André Rufino. **Argumentação constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. 2015. 417 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília/Universidade de Alicante-UA. Brasília/Alicante, 2015.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. [Tradução: Jefferson Luiz Camargo]. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em Direito**: as regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. Colegiados julgadores da Justiça Militar da União e o Tribunal do Júri: similitudes e diferenças. **Revista de Direito Militar**, n. 75, p. 12/18, Jan/Fev 2009.

_____. O escabinato na Justiça Militar e o julgamento na primeira instância. In **Direito Militar – doutrina e aplicações**. Dircêo Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa, Ronaldo João Roth (coord.) –1. ed. p. 852/876 – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GODDEN, David M. (2003). On Toulmin's fields and Wittgenstein's later views on logic. In F.H. van Eemeren, J.A. Blair, C.A. Willard & A.F.S. Henkemaans (Eds.), **Proceedings of the Fifth Conference of the International Society for the Study of Argumentation** (pp. 369-375), Amsterdam: Sic Sat.

_____. (2009). The Epistemic Utility of Toulmin's Argument Fields. In: J. Ritola (Ed.), **Argument Cultures: Proceedings of OSSA 09**, CD-ROM (pp. 1-8), Windsor, ON: OSSA.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. **Interpretação e Argumentação: o modelo Toulmin e a fundamentação racional da atribuição de sentido a textos legislativos**. (No prelo). Originais ainda em fase de elaboração, gentilmente cedidos pelo autor em março/2018.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**. racionalidade da ação e racionalidade social. Tomo I. São Paulo: Editora Martins Fontes; 2012.

HANS, Valerie P. **Lay Participation in Legal Decision Making: Introduction to Law & Policy Special Issue** (2003). Cornell Law Faculty Publications. 312. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/312>> Acesso em: 15 Jan 2019.

HITCHCOCK, David. (2003) Toulmin's Warrants. In: Van Eemeren F.H., Blair J.A., Willard C.A., Snoeck Henkemaans A.F. (eds) **Anyone Who Has a View. Argumentation Library**, vol 8. Springer, Dordrecht. P. 69-82.

HORTA, Ricardo Lins e; ALMEIDA, Vera Ribeiro de; CHILVARQUER, Marcelo. Avaliando o Desenvolvimento da Pesquisa Empírica em Direito no Brasil: o caso do Projeto Pensando o Direito. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 1, p. 162-183, 2014.

JACKSON, John D.; KOVALEV, Nikolai P. Lay Adjudication in Europe: The Rise and Fall of the Traditional Jury (2016). **Oñati Socio-Legal Series**, Vol. 6, No. 2, 2016. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2782413>> Acesso em: 15 Jan 2019.

JANIK, Allan. TOULMIN, Stephen Edelston. **A Viena de Wittgenstein**. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Campus. 1991.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **A Decisão Judicial como Ato Argumentativo-Pragmático**. 2016. 279 f. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário** - Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LÉTOURNEAU, Alain. Una discusión sobre la lectura y el uso del modelo de argumentación de Stephen Toulmin en Jürgen Habermas. In: Santibañez Yáñez C, Marafioti R, editors. **Teoría de la argumentación. A 50 años de Perelman y Toulmin**. Buenos Aires: Biblos; 2010. p. 131- 145.

LIMA, George Marmelstein. **Judicialização da Ética**: um projeto de transformação da ética em direito orientado pela expansão do círculo ético. 2013. 681 f. Tese (doutorado) – Programa “Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI” (Menção em Direito), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

LOBÃO, Célio. Diversidade de votos nos Conselhos de Justiça. **Revista Direito Militar**, AMAJME, Florianópolis, n. 5, p. 5/8, 1997.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016

MACCORMICK, Neil. **Retórica e estado de Direito** [Tradução: Conrado Hübner Mendes]. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. 428 p.

MAHURA, Stefan. Civil Justice: Lay Judges in the EU Countries (2015). **Oñati Socio-Legal Series**, v. 6, n. 2 (2016). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2665612>> Acesso em: 16 Jan 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: Adriana Vojvodic; Henrique Motta Pinto; Rodrigo Pagani. (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. 1ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

NETO, Luiz Octávio Rabelo. Competência da Justiça Militar da União para julgamento de civis: compatibilidade constitucional e com o sistema interamericano de proteção de direitos humanos. **Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar**, v. 25, p. 53-137, 2016.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de direito processual penal militar em tempo de paz**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: Princípios e Regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

NUZZO, Francesco. **L'appello nel processo penale**. 3ª ed. Giuffrè Editore, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16. Ed. Atual. São Paulo: Atlas, 2012.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica.[tradução: Maria Ermantina Galvão]. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RANGEL, Paulo. **A inconstitucionalidade do Conselho de Sentença no Tribunal do Júri Brasileiro**. 2005. 157 f. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2005.

RIVERA, Francisco Javier Uribe; ARTMANN, Elizabeth. Argumentação e comunicação médico-paciente: comparando os enfoques da pragma-dialética de Toulmin e a sociolinguística americana. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 31, n. 12, p. 2577-2587, 2015.

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

ROESLER, Claudía; REIS, Isaac. Argumentação judicial e democracia. In: REIS, Isaac. (Org.). **Diálogos sobre retórica e argumentação**. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 63-75.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de direito penal militar - Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSA FILHO, Cherubim. **A justiça militar da união através dos tempos: ontem, hoje e amanhã / Cherubim Rosa Filho**. – 5. ed. rev. e atual. – Brasília: Superior Tribunal Militar, 2017.

ROSSETTO, Ênio Luiz. Do processo e do julgamento na Justiça Militar em primeiro grau: uma abordagem crítica. In **Caderno Jurídico. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v 6, n° 3, p. 31-43, jul./dez. 2004. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/direito_penal_militar_e_processual_militar_penal.pdf> Acesso em 02.02.2018.

ROTH, Ronaldo João. **Justiça Militar e as peculiaridades dos Juiz Militar na atuação jurisdicional**. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

_____. **Temas de Direito Militar**. 1. ed. São Paulo: Suprema Cultura, 2004.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. 2ª Ed. Trad.: Diego-Manuel Luzon Peña et. al. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SANTIBAÑEZ, Yánez Cristián. Los Usos de la Argumentación: retórica, dialéctica o pragmática? In: Santibañez Yánez C, Marafioti R, editors. **Teoría de la argumentación. A 50 años de Perelman y Toulmin**. Buenos Aires: Biblos; 2010. p. 181-204.

SANTOS, Aline Mendonça dos; CUNHA, Gabriela. Economia Solidária e pesquisa em Ciências Sociais: desafios epistemológicos e metodológicos. In: HESPANHA, Pedro; SANTOS, Aline Mendonça dos. (Orgs.), **Economia Solidária - Questões Teóricas e Epistemológicas**. Coimbra: Almedina, p. 15-56, 2011.

SCHEID, Carlos Eduardo. **A Busca pela Legitimidade da Jurisdição Penal frente às Exigências do Estado Democrático (e Social) de Direito: a necessidade de se alcançar a resposta constitucionalmente adequada (ao acusado e à sociedade) a partir de uma releitura do princípio acusatório**. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, 2012.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional** – construindo uma nova dogmática jurídica, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 1999.

SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER, Noel. **Teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, Vol. 47, p. 202-225, 2015.

_____. O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian, **Revista Estudos Institucionais**, Vol.2, 2, p. 648-669, 2016.

_____. “Um Voto Qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal, **Revista Estudos Institucionais**. Vol 1, 1, p. 180-200, 2015b.

SOUZA, Adriana Barreto de. A governança da justiça militar entre Lisboa e o Rio de Janeiro (1750-1820). **Almanack**, v. 1, p. 368-408, 2015.

SOUZA, Adriana Barreto de; SILVA, Ângela Moreira Domingues da. A organização da Justiça Militar no Brasil: Império e República. **Estudos Históricos** (Rio de Janeiro), v. 29, p. 361-380, 2016.

SOUZA, Thiago Hanney Medeiros de; FRANCK JUNIOR, Wilson. O tribunal do júri como modelo de administração da justiça: por uma formulação à luz da Constituição. In: IV Congresso Internacional de Ciências Criminais, 2013, Porto Alegre. **Anais do IV Congresso Internacional de Ciências Criminais**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

STEINMETZ, Wilson. FREITAS, Riva Sobrado de. Modelo seriatim de deliberação judicial e controlabilidade da ponderação: uma questão institucional e metodológica para o caso brasileiro. In: **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 30, n. 1: 221-236, jan./jun. 2014.

STRUCHINER, Noel. Contexto da descoberta: uma análise filosófica de aspectos psicológicos na argumentação jurídica. In: REIS, Isaac. (Org.). **Diálogos sobre retórica e argumentação**. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 43-59.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. 1ª ed. Trad Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. **Revista da Escola Paulista de Magistratura** [em linha]. São Paulo, Vol.2 nº2 (Julho-Dezembro de 2001), p. 171-204. Disponível em <<http://www.epm.tjsp.jus.br/Acervo/RevistaEPM/5520?pagina=2>> Acesso em 04 de maio de 2019

TAVARES, André Ramos. Abertura epistêmica do direito constitucional. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras Complementares de direito constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 13-29.

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

_____. **Return to Reason**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

TOULMIN, Stephen; RIEKE, Richard; JANIK, Allan. **An introduction to reasoning**. New York: Macmillan, 1978.

TREVISAN, Rafael Castegnaro. Sentença proferida em audiência: gestão do processo e estímulo à conciliação. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.61, ago. 2014. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao061/Rafael_Trevisan.html Acesso em: 09 mai. 2018.

VALADARES, André Garcia Leão Reis. **O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

VALE, Ionilton Pereira do. **O Tribunal do Júri no contexto do Devido Processo legal: Uma crítica ao Tribunal do Júri puro em comparação com os modelos do escabinado e do assessorado**: Estudo dos fatores que interferem no julgamento e na imparcialidade de suas decisões. 2014. 584 f. Tese (Doutorado) – Universidade de Lisboa. Lisboa, Portugal, 2014.

VAN EEMEREN, Frans Hendrik, GROOTENDORST, Rob. **A systematic theory of argumentation**. The pragma-dialectical approach. Cambridge: Cambridge University Press; 2004

VASCONCELOS, Jocleber Rocha. A oralidade na audiência de instrução e julgamento. In: VIANA, Juvêncio Vasconcelos. (Org.). **O novo CPC: processo de conhecimento**. Fortaleza-CE: Expressão Gráfica e Editora, 2019, p. 183-211.

_____. Avaliação da argumentação jurídica em cortes recursais. In: Anais do V Congresso Internacional de Teoria das Instituições: 30 anos da Constituição. Anais. Rio de Janeiro (RJ) UFRJ, 2019. Disponível em: <<https://www.even3.com.br/anais/vciti/115923-AVALIACAO-DA-ARGUMENTACAO-JURIDICA-EM-CORTES-RECURSAIS>>

_____. O processo decisório nas deliberações dos Conselhos de Justiça Militar: um estudo analítico à luz do dever de motivação das decisões judiciais. In: Fernando Pêsoa da Silveira Mello. (Org.). **Perspectivas da Justiça Militar contemporânea**. 1ed. Rio de Janeiro - RJ: Lumen Juris, 2018, p. 25-68.

VASCONCELOS, Jocleber Rocha; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Fundamentação das decisões judiciais no devido processo constitucional. In: VIANA, Juvêncio Vasconcelos. (Org.). **Direito, processo e efetividade**. Fortaleza-CE: Expressão Gráfica e Editora, 2018, p. 103-122.

VÁZQUEZ, Carmen. **Estándares de prueba y prueba científica**. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução da 5ª edição, revista e ampliada por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UnB, 1979.

WALTON, Douglas; REED, Chris; MACAGNO, Fabrizio. **Argumentation Schemes**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Traducción de Arantxa Azurza. Madrid: Civitas, 1985.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. Trad. Daniel Grassi. 2ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

_____. **Pesquisa qualitativa do início ao fim**. Porto Alegre: Penso, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 2002

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil**. Ley, derechos y justicia. 10ª ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011.