

**“O toque de humanidade que liga o texto à vida real”:
Entre a liberdade do juiz de interpretar e o seu dever constitucional de
fundamentar as decisões judiciais.**

*“The touch of humanity that connects the text to real life”: Between the
judge's freedom to interpret and their constitutional duty to provide basis
for court decisions.*

Bárbara Gomes Lupetti Baptista¹

Resumo

Neste texto, especificamente, não pretendo abordar os resultados da pesquisa do projeto “Assimetrias”, no sentido de explicitar como a Recomendação 62 do CNJ foi instrumentalizada nas práticas decisórias dos Tribunais, mas descrever um pouco a estrutura do sistema de justiça, que permite aos magistrados navegar entre a interpretação das normas e a fundamentação das decisões judiciais de maneira tão fluida e livre. Este trabalho problematiza, então, desde uma perspectiva empírica, se e como o dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto na Constituição da República, art. 93, IX, e no §1º do artigo 489 do CPC, se articula com a liberdade decisória quase infinita dos magistrados brasileiros e como essa ampla possibilidade de decidir repercute na entrega (desigual) da prestação jurisdicional – inclusive nos casos estudados no contexto do projeto “Assimetrias”.

Palavras-Chave: Processo Civil; Fundamentação da Decisão Judicial; Princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz; Pesquisa Empírica; Recomendação 62 do CNJ.

¹ Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida (PPGD-UVA). Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Pesquisadora do INCT/InEAC. Email: balupetti@gmail.com

Abstract

In this text, specifically, I do not intend to address the research results of the “Assimetrias” project, in the sense of explaining how CNJ Recommendation 62 was instrumentalized in the decision-making practices of the Courts, but to describe a little the structure of the justice system, which allows judges to navigate between the interpretation of rules and the justification of judicial decisions in such a fluid and free manner. Thus, this work problematizes, from an empirical perspective, whether and how the duty to justify judicial decisions provided for in the Constitution of the Republic, article 93, IX, and in §1 of article 489 of the CPC, is linked to the almost infinite decision-making freedom of Brazilian judges and how this broad possibility of deciding has repercussions on the (unequal) delivery of jurisdictional services – including the cases studied in the context of the “Assimetrias” project.

Keywords: Civil Procedure; Justification of the Judicial Decision; Principle of Free Reasoned Conviction of the Judge; Empirical Research; CNJ Recommendation 62.

1. Introdução: o contexto mais amplo do projeto “Assimetrias” e o recorte mais específico da proposta deste texto

Este texto integra um dossiê mais amplo, que está sendo publicado para materializar um dos produtos acadêmicos e para comemorar o primeiro evento internacional promovido no âmbito do edital de Seleção IV CAPES – Impactos da Pandemia.

Trata-se da celebração do I SEMINÁRIO INTERNACIONAL ENCARCERAMENTO E ASSIMETRIAS FEDERATIVAS EM PERSPECTIVA COMPARADA NO BRASIL E NO EXTERIOR e do IX ENCONTRO DE PESQUISAS EM ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE VEIGA DE ALMEIDA (PPGD/UVA).

O texto se insere no contexto de um projeto coletivo de pesquisa mais abrangente, intitulado “Assimetrias Federativas em Tempos de Covid-19: Diagnósticos e Impactos da Recomendação 62 do CNJ - Conselho Nacional de Justiça nos Estados do Mato Grosso

do Sul, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul”, coordenado pelo Professor Roberto Kant de Lima e integrado por diversos colegas e parceiros acadêmicos.

Em síntese, o projeto “Assimetrias”, como afetuosamente o chamamos, pretende compreender como a Recomendação 62/CNJ estaria sendo aplicada em casos de pessoas presas por roubo, furto, tráfico de drogas e homicídio, durante a pandemia. A referida Recomendação 62/CNJ pretendeu sensibilizar os magistrados para o contexto da pandemia e para a necessidade de medidas de combate ao coronavírus, propondo, dentre outras sugestões, a flexibilização das prisões em regime fechado e a sua substituição pelo regime domiciliar, como medida de contenção da doença, especialmente considerando as condições precárias do sistema carcerário brasileiro.

De minha parte, participo do projeto na interseção entre o direito civil e o direito penal, por meio da análise de casos de devedores de alimentos que impetraram habeas corpus ou interpuseram agravos de instrumento², com o objetivo de verem os seus regimes de prisão convertidos em domiciliar, nos termos sugeridos pela Recomendação 62/CNJ (LUPETTI BAPTISTA *et al*, 2023a e 2023b; BRAGANÇA DE CASTRO, 2024).

No art. 5º, inciso IV, a Recomendação 62/CNJ é expressa: “**colocação em prisão domiciliar de pessoa presa** com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal” (grifou-se). E no art. 6º: “colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus”.

Verificamos que a Recomendação 62 do CNJ sugeriu a proteção de todas as pessoas presas, mas o sistema de justiça, nos casos concretos, desigualou e hierarquizou, dentre os cidadãos e dentre os tipos penais, aqueles que mereciam ser protegidos do vírus, ficando em regime domiciliar, e aqueles que poderiam ficar expostos.

² O habeas corpus é um remédio constitucional, utilizado como instrumento processual para garantir a liberdade de pessoas presas ilegalmente ou que tenham a sua liberdade ameaçada por abuso de poder ou ato ilegal. Apesar de estar previsto no artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição da República de 1988, as suas regras estão previstas nos artigos 647 a 667 do Código de Processo Penal. O Agravo de Instrumento é um recurso utilizado para impugnar decisões interlocutórias proferidas pelo Juiz durante o curso do processo, ou seja, decisões que não colocam fim à ação judicial, mas que podem causar prejuízo à parte. No caso dos devedores de alimentos, pode ser interposto contra a decisão do Juiz da execução que determina a sua prisão ou, nos termos do nosso projeto de pesquisa, contra a decisão que indefere a conversão do regime de prisão do réu. Está previsto no art. 1.015 do Código de Processo Civil de 2015.

No contexto mais geral do projeto “Assimetrias”, os HC’s de pessoas presas por roubo, furto, tráfico de drogas e homicídio forem rejeitados, mantendo-se as prisões dos réus em regime fechado e afastando-se a incidência da Recomendação 62/CNJ. Os colegas que estudaram esses outros tipos penais verificaram que a Recomendação 62/CNJ não foi absorvida pelo sistema de justiça de maneira uniforme, – diversamente do que ocorreu nos processos de devedores de alimentos – sendo, a referida recomendação, internalizada pelos julgadores como sendo uma mera orientação, sem caráter vinculante e sem obrigatoriedade, de modo que o seu alcance dependeu da interpretação de cada juiz, em cada caso concreto, em cada Estado da Federação pesquisado, a depender do tipo penal e dos réus envolvidos (FAISTING e CAMPOS, 2023; LIMA et al, 2024 e 2025).

Em sua maioria, as prisões foram mantidas, privilegiando-se o regime fechado, apesar do perigo de contaminações e de mortes no sistema prisional, demonstrando que as decisões judiciais analisadas desigualaram onde a Recomendação do CNJ não desigualou, verificando-se certa condescendência em relação aos réus devedores de alimentos (fruto de uma leitura doutrinária sobre a natureza coercitiva da prisão civil, diferente da prisão de natureza penal).

Neste texto, especificamente, não pretendo abordar os resultados da pesquisa do projeto “Assimetrias”, no sentido de explicitar como a Recomendação 62 do CNJ foi instrumentalizada nas práticas decisórias dos Tribunais, mas descrever um pouco essa estrutura do sistema de justiça, que permite aos magistrados navegar entre a interpretação das normas e a fundamentação das decisões judiciais de maneira tão fluida e livre, que, como me dissera um desembargador, há algum tempo atrás, no contexto da minha pesquisa de doutorado: “podemos fazer tudo usando princípios. Fundamentamos tudo usando os princípios”. “Eu tenho muita preocupação com esse negócio de princípios. Quando não tem razão, ou o juiz não encontra uma saída na lei ou no processo, já vem falando de princípios. E hoje quase tudo são princípios.” (LUPETTI BAPTISTA, 2013, p. 372).

Na verdade, o projeto “Assimetrias”, desde a sua concepção, partiu da hipótese, já amplamente difundida por Roberto Kant de Lima (2008), por Roberto DaMatta (1979) e por Luís Roberto Cardoso de Oliveira (2015), de que a sociedade brasileira se estrutura de forma hierarquizada e que uma das consequências dessa estrutura é a reprodução de

um *ethos* aristocrático em constante conflito com uma ordem republicana, o que também se reflete, no plano jurídico, em dois níveis de desigualdade: no aspecto normativo – no âmbito da legislação – e na administração dos conflitos, quando da aplicação da legislação nos casos que são levados ao judiciário.

A partir dessa hipótese, de que o sistema de justiça reproduz a estrutura hierárquica da sociedade brasileira, interpretando as normas e decidindo os casos concretos de forma desigual, é que o cenário da pandemia e os usos diferenciados e assimétricos da Recomendação 62 do CNJ nos pareceram interessantes para pensar.

“O TOQUE DE HUMANIDADE QUE LIGA O TEXTO À VIDA REAL”, de certo modo, foi justamente o que autorizou a desigualdade na interpretação da norma do CNJ. Afinal, foi olhando para cada cidadão que impetrou os HC’s estudados no contexto do projeto “Assimetrias” e para cada tipo penal que ensejou a sua prisão, que as decisões que analisamos foram proferidas, ora concedendo as ordens e autorizando a conversão do regime fechado para o regime domiciliar de prisão (protegendo a vida dos beneficiados); ora denegando as ordens, para manter os réus presos, apesar da pandemia de covid-19 e da Recomendação 62 do CNJ (assumindo os riscos de eventual contaminação e morte no sistema carcerário).

Enfim, neste trabalho, concretamente, fiz o recorte para abordar mais a estrutura do sistema do que os casos, embora tudo isso integre o mesmo contexto.

Este texto problematiza, então, desde uma perspectiva empírica, se e como o dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto na Constituição da República, art. 93, IX, e no §1º do artigo 489 do CPC, se articula com a liberdade quase infinita de decisão do juiz.

O artigo 489 do atual Código de Processo Civil (2015), sem correspondência com o anterior (1973), fixa critérios e diretrizes objetivas para os magistrados fundamentarem as suas decisões. Por sua vez, o artigo 371 prevê que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”.

Trata-se de alterações legislativas deliberadas e intencionais, cujo principal objetivo foi democratizar o processo judicial, aprimorando os mecanismos de

fundamentação das decisões para conter eventuais arbitrariedades judiciais nas interpretações das normas.

Apesar disso, verifica-se uma insistente sobrevida do princípio do livre convencimento nas práticas judiciais. Nessa linha, o objetivo deste texto é, para além de descrever a resistência empírica aos novos comandos processuais dos arts. 371 e 489 do CPC, também refletir a respeito dessa permanência no contexto brasileiro e pensar sobre os desafios de alinhar prescrições legais a práticas processuais já consolidadas e, muitas vezes, funcionais.

2. “NADA PODE TIRAR A LIBERDADE DE O JUIZ DECIDIR”: os usos do princípio do livre convencimento e o “novo” artigo 489 do CPC

Esta frase, que intitula o subitem, foi verbalizada por um magistrado, no ano de 2018. E foi extraída de um artigo que discutia a responsabilidade civil de juízes em função de suas decisões. Tratava-se de um interessante debate sobre o chamado “crime de hermenêutica”³, que não é o foco aqui proposto.

De todo modo, o pano de fundo que inspirou esta reflexão se relaciona com a frase verbalizada pelo magistrado, uma vez que se propõe a pensar sobre os desafios de se articular (e de se efetivar) novas prescrições legais, os arts. 371 e 489 do CPC, restritivos

³ Nos termos clássicos de Rui Barbosa, o “crime de hermenêutica” seria um “absurdo”, porque restringiria a independência dos magistrados ao puni-los por interpretarem as leis: “Para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o Juiz os crimes de hermenêutica, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos. Esta hipérbole do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortesã. Se o julgador, cuja opinião não condiga com a dos seus julgadores na análise do Direito escrito, incorrer, por essa dissidência, em sanção criminal, a hierarquia judiciária, em vez de ser a garantia da justiça contra os erros individuais dos juízes, pelo sistema dos recursos, ter-se-á convertido, a benefício dos interesses poderosos, em mecanismo de pressão, para substituir a consciência pessoal do magistrado, base de toda a confiança na judicatura, pela ação cominatória do terror, que dissolve o homem em escravo [...]” (BARBOSA, 1896, p. 228). BARBOSA, Rui. Obras Completas. Posse de Direitos Pessoais. O Júri e a Independência da Magistratura. Ministério da Cultura e Fundação Casa de Rui Barbosa, Vol. XXIII, Tomo III, 1896, p. 228. Este artigo não discute, propriamente, a temática do “crime de hermenêutica”. No entanto, a frase que o intitula, verbalizada nesse contexto, ajuda a pensar sobre a problemática (de fundo) aqui proposta: como articular (e efetivar) novas prescrições legais com velhas práticas culturais?

da liberdade do juiz de decidir, com velhas práticas culturais, consolidadas no livre convencimento.

O trabalho problematiza, portanto, como eu disse acima, desde uma perspectiva empírica, lastreada, principalmente, em entrevistas realizadas com magistrados/as, já descritas e discutidas em outras pesquisas empíricas (TEIXEIRA MENDES, 2011; LUPETTI BAPTISTA, 2013; PUERARI, 2020), assim como por revisão doutrinária (NUNES et al, 2018; STRECK et. al., 2024), se e como o dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto especialmente no §1º do artigo 489 do CPC, se articula (ou confronta) a cultura do livre convencimento motivado do juiz.

Como cediço, o artigo 489 do atual Código de Processo Civil (2015), sem correspondência com o anterior (1973), fixa critérios e diretrizes bastante claras para os magistrados fundamentarem as suas decisões:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 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.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Por sua vez, o novo artigo 371 prevê que: “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”.

Trata-se de alterações legislativas propositais, cujo principal objetivo foi democratizar o processo judicial, aprimorando os mecanismos de fundamentação das decisões e contendo eventuais arbitrariedades judiciais. Afinal, verifica-se dos referidos dispositivos que a palavra “livremente”, antes vinculada ao convencimento dos magistrados, não aparece no texto legal.

O CPC de 1939, no artigo 118, estabelecia, expressamente, que: “na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não admitirá a prova por outro meio⁴”.

No CPC de 1973, a palavra “livremente” também aparecia, tendo o artigo 131 a seguinte redação: “o juiz deve apreciar livremente a prova, atendendo as circunstâncias e fatos presentes nos autos, ainda que estes fatos/circunstâncias não fossem alegados pela parte, devendo indicar, na sentença, os motivos que formaram o seu convencimento”. Estabelecia ainda, em seu artigo 366 uma exceção à regra geral, informando que quando a lei exigir que o ato seja realizado por instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que fosse, poderia suprir a falta deste instrumento⁵.

Apesar disso, verifica-se uma insistente sobrevida do princípio do livre convencimento nas práticas judiciárias. Nessa linha, o objetivo é refletir a respeito dessa permanência no contexto processual brasileiro e pensar sobre os desafios de alinhar prescrições legais a práticas processuais, associando revisão doutrinária (NUNES et al, 2018; STRECK et. al., 2024) a entrevistas realizadas com magistrados/as, como dito aqui, já descritas e discutidas em outras pesquisas empíricas mais antigas (TEIXEIRA MENDES, 2011; LUPETTI BAPTISTA, 2013; PUERARI, 2020).

⁴ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em 09 dez. 2024.

⁵ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm#ART131. Acesso em 09 dez. 2024.

3. A leitura doutrinária: entre a liberdade de interpretar e o dever de fundamentar as decisões judiciais

A hipótese da pesquisa que ensejou este trabalho específico sobre a estrutura do sistema de justiça (e que também mobilizou o nosso projeto “Assimetrias”, já aqui referenciado), partiu de uma dúvida (ou estranhamento), no sentido de que, embora o CPC de 2015 tenha traçado parâmetros objetivos para delimitar o conceito de “decisão fundamentada”, a efetiva concretização desse novo dispositivo, tenderia a sofrer resistências, especialmente da magistratura, na medida em que impõe deveres e regramentos rígidos, com potencial de restrição à autonomia do poder de decisão judicial.

O tema é relevante, na medida em que discute os desafios da implementação do artigo 489 do CPC/2015 e o controle democrático das decisões judiciais, a partir de uma perspectiva de estranhamento quanto à adaptação dessa “nova” proposta legislativa do CPC de 2015 em contraste com uma cultura jurídica já bastante consolidada, que prestigia o livre convencimento do juiz e a sua liberdade de decidir.

Entre a ampla liberdade de interpretar e o restritivo dever de fundamentar estariam, então, os magistrados: entre a estrutura do livre convencimento e a novidade restritiva implementada pelo art. 489/CPC. Como articular esses dois sistemas: o velho e o novo?

A CRFB/88 já determinava, em seu artigo 93, inciso IX, que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. O Novo CPC reproduziu a norma constitucional, em seu artigo 11, e, para além disso, fixou diretrizes ou standards para a prolação das decisões judiciais no art. 489.

O princípio constitucional da motivação/fundamentação das decisões judiciais, previsto no artigo 93, é alçado à categoria de garantia das partes em um processo judicial. O Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, assim referencia a motivação das decisões, tratando-a como uma ideia de proteção judicial efetiva (2013, p. 420):

A garantia da proteção judicial efetiva impõe que tais decisões possam ser submetidas a um processo de controle, permitindo, inclusive, a eventual impugnação. Daí a necessidade de que as decisões judiciais sejam devidamente motivadas (CF, art. 93 IX). E motivar significa dar as razões pelas quais

determinada decisão há de ser adotada, expor as suas justificações e motivos fático-jurídicos determinantes. A racionalidade e, dessa forma, a legitimidade da decisão perante os jurisdicionados decorrem da adequação da fundamentação por meio das razões apropriadas.

No mesmo sentido, Guilherme Peña de Moraes (2018, p. 138) ressalta que o principal destinatário desse princípio, da fundamentação das decisões judiciais, são as partes do processo, para que possam, de forma adequada, exercerem seu direito à ampla defesa e ao contraditório:

Princípio da motivação das decisões judiciais: necessidade de exposição dos motivos dos provimentos jurisdicionais que afetem direitos fundamentais. Assinale-se que a motivação das decisões judiciais é dirigida precipuamente às partes do processo e ao órgão judiciário competente para o julgamento de eventual recurso, uma vez que possibilita a aferição do conteúdo impugnável do pronunciamento jurisdicional para efeito de revisão.

BEDAQUE (2009) crê que o dever de motivar a decisão limita a discricionariedade do juiz. Para ele, o que diferencia a interpretação da lei da discricionariedade é justamente o dever que o juiz tem de fundamentar as decisões judiciais que profere.

Nesse sentido, a implementação de critérios mais rigorosos e padronizados, impostos pelo artigo 489 do CPC/2015, foi recebida com entusiasmo pelos juristas garantistas, porém com ressalvas pelos magistrados, preocupados que o dever de motivação pudesse restringir a sua liberdade de decidir.

O espírito republicano e democrático do artigo 489 do CPC foi ressaltado e reverberado pela doutrina processualista, na ocasião da promulgação do Novo CPC, tratando-se de dispositivo que ilustra concretamente a constitucionalização do direito processual, estabelecendo a fundamentação da decisão como elemento essencial da sentença, assim como impondo aos magistrados o dever de enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador (art. 489, §1º, IV). Assim, o dever de fundamentar foi uma “novidade” inserida na norma infraconstitucional, que veio enaltecer o aspecto democrático do processo civil, sendo lido, a princípio, como algo que não enunciava uma posição doutrinária paternalista ou concernente a critério discricionário, não estando “a cargo do julgador decidir se deseja

aplicá-lo ou não” – mas sendo reconhecido como uma obrigação e um dever dos magistrados.

Dierle Nunes, Flávio Pedron e Alexandre Bahia (2016, p. 194) afirmam que:

É isso que Dworkin quer dizer quando fala em única resposta correta ou na melhor decisão judicial. Percebe-se aqui que o espaço para a discricionariedade é eliminado para dar lugar a um espaço hermenêutico e argumentativo. Hércules deve convencer a sociedade que confiou aquele caso ao seu julgamento que fez o melhor que podia – sua decisão tem a pretensão contrafática de ser a única resposta adequada ao caso não apenas pelo esforço hermenêutico mencionado, mas também porque o juiz deverá tomar o caso dentro das particularidades do mesmo e não com um ‘standard’ e um tema. Isso não tem como ser feito sem que estejamos dispostos a fundamentar adequadamente a decisão.

Tudo isso veio em consonância com o ideal do processo justo e democrático, sendo, o artigo 489, uma luz nessa proposta. Ocorre que, sempre foi intuitiva a minha desconfiança no sentido de que tal mudança confrontaria a lógica e a estrutura do sistema processual, podendo provocar resistência ou mesmo boicote à proposta esmiuçada de fundamentação das decisões judiciais prevista no “novo” CPC.

A hipótese de que as resistências se relacionam com o receio de esvaziamento do poder dos magistrados, devido ao “fim” do livre convencimento, foi uma pista importante e foi basicamente a partir dela que se pretendeu trilhar a trajetória da pesquisa que ensejou este artigo (e que, de algum modo, dialoga com o projeto “Assimetrias”, na medida em que as pesquisas do projeto demonstraram a ampla liberdade dos magistrados de interpretarem a extensão e/ou limites da Recomendação 62 do CNJ, usando-a ou afastando-a, e, com isso, produzindo desigualdades no tratamento dos casos de réus presos durante a pandemia).

Além disso, na pesquisa de campo realizada durante o meu doutoramento (LUPETTI BAPTISTA, 2013, p. 505 e 526), entrevistas regulares com magistrados explicitaram que a liberdade de decisão é estrutural e bastante prestigiada na atividade jurisdicional, de modo que não parece que seria trivial e harmonioso construir a ruptura que a legislação processual pretende, através do artigo 489/CPC.

A própria frase que dá título a um dos subitens deste texto: “NADA PODE TIRAR A LIBERDADE DE O JUIZ DECIDIR”, é exemplar no sentido de que certamente haveria tensões diante dessa tentativa de blindagem do poder de decisão.

As entrevistas a seguir transcritas confirmam a estrutura.

4. As entrevistas que confirmam o “toque de humanidade” que autoriza a liberdade de decidir

O foco deste texto não é uma pesquisa jurisprudencial sobre a implementação do novo artigo 489 do CPC. Mas, por amostragem, em trabalho anteriormente publicado (LUPETTI BAPTISTA, 2025), verifiquei a permanência de julgados do STJ invocando o livre convencimento do juiz como justificativa para a desnecessidade de fundamentação detalhada e para o afastamento das regras do art. 489/CPC, explicitando a prevalência da cultura em detrimento da reforma legislativa.

Diversas decisões estudadas continham trechos referenciando: “segundo a jurisprudência do STJ - firmada ainda à luz do CPC/73 -, “cumpre ao magistrado, destinatário da prova, valorar sua necessidade, conforme o princípio do livre convencimento motivado, previsto no art. 131 do CPC. Assim, não há cerceamento de defesa quando, em decisão fundamentada, o juiz indefere produção de provas; ou: “Conforme a jurisprudência desta Corte, o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio do livre convencimento motivado, que permite ao juiz a apreciação livre das provas colacionadas aos autos. Ou seja, o julgador não está adstrito à prova que a parte entende ser mais favorável, mas pode formar a sua convicção a partir de outros elementos ou fatos constantes dos autos”; e ainda: “a jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que o juiz é o destinatário da prova e pode, assim, indeferir, fundamentadamente, aquelas que considerar desnecessárias, a teor do princípio do livre convencimento motivado, bem como que a revisão das conclusões do tribunal de origem nesse sentido implicariam em reexame de fatos e provas.”. (STJ, AgRg no AREsp 336.893/SC, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 25/9/2013) (LUPETTI BAPTISTA, 2025).

Aqui, para o que me propus a fazer, não trato dos resultados da pesquisa jurisprudencial, detendo-me apenas à transcrição de parte das entrevistas realizadas com magistrados com atuação em varas e câmaras cíveis da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, que estão publicadas em outros trabalhos mais antigos (LUPETTI

BAPTISTA e PUERARI, 2023; PUERARI, 2020). E que confirmam, de certo modo, a hipótese que me mobilizou a tentar compreender um pouco melhor, se e como, o art. 489 seria recepcionado pelo campo do direito, na medida em que explicitam duas questões fundamentais, reveladas no trabalho de campo feito por mim, em 2013, e por Daniel Puerari, sob minha orientação, em 2020 (LUPETTI BAPTISTA, 2013; PUERARI, 2020 e LUPETTI BAPTISTA e PUERARI, 2023):

(1) que as práticas decisórias não são modificadas por ocasião de uma nova legislação, havendo tensões permanentes entre reformas legislativas e práticas judiciais, o que se consolida em relação ao art. 489 do CPC de 2015;

(2) que o dever de fundamentação das decisões judiciais, nos termo do art. 489, confronta o princípio da celeridade processual e, nessa medida, se torna inviável na prática.

Diversos interlocutores disseram: “para mim, não mudou nada, continuo decidindo como sempre fiz, antes do CPC”. E um Juiz entrevistado foi bastante didático em sua percepção sobre a idealização da norma em contraste com a realidade, dizendo:

O artigo 489 é um delírio. Na verdade, o artigo 489 apenas prejudica as partes. Imagine um processo, com várias questões levantadas pelos advogados, os quais, por sua vez, têm um alto potencial de criação de teses... seria inviável à prestação jurisdicional enfrentar todas as teses. O poder de criação de teses é muito grande. Por exemplo, nessa parte do dispositivo que não considera ser fundamentada a decisão que empregue “conceito jurídico indeterminado”, o que é um conceito jurídico indeterminado? Não sei. Uma doação é um conceito jurídico indeterminado? O que é isso? Te falo, é um absurdo. Também é um absurdo eu ter que explicar por que escolhi determinada jurisprudência. Eu preciso fundamentar e pronto, escolho o melhor modo de resolver a questão e fundamento. Isso é simples e sempre foi assim! Esse artigo 489 na verdade não existe, é uma invenção!

Perguntado sobre por que seria uma invenção, o interlocutor respondeu: “Ora, é uma invenção, porque não existe na prática.”.

Uma juíza de vara cível, a propósito de uma pergunta sobre eventuais rupturas em sua rotina ou alterações preconizadas no CPC, mencionou:

Aqui sempre houve a preocupação com a fundamentação; então, na verdade, nada mudou especificamente no meu trabalho. Mas, de início, a gente ficou com uma preocupação maior, principalmente em relação à jurisprudência, se ela olharia pro 489 com um rigor maior ou não...e vimos que, em termos de postura do tribunal, não houve uma grande alteração. Como sempre teve uma preocupação em fundamentar tudo, não teve muita mudança em termos práticos, aqui na minha vara...na prática, o novo CPC não afetou muito a decisão judicial.

Além da percepção de que a norma, embora completamente nova, em relação ao CPC anterior, não teria modificado as rotinas e as práticas dos gabinetes, também verificou-se que os precedentes dos Tribunais, de algum modo, absolveram os magistrados, no sentido de liberá-los do dever de seguir estritamente os rigores do art. 489. Um magistrado entrevistado, revelou: “Olha, o Fux, logo no início, em palestras e eventos, já havia nos alertado para o fato de que os juízes não estariam obrigados a enfrentar todas as questões e fundamentos suscitados pelas partes”.

Outro, referenciou, recentemente, no ano de 2021:

Você já viu os precedentes do STJ? Todos eles nos socorrem, dizendo que o julgador é obrigado a enfrentar apenas as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. Ou seja, quando já tenho motivo suficiente para proferir a decisão, eu decido. Não preciso enfrentar tudo. Até porque, nesse volume de processos, isso seria impossível. Pode ser o ideal, mas não é possível. Na prática, o STJ não está reconhecendo nulidade por defeito de fundamentação, quando não enfrentamos todos os fundamentos. Isso nos dá lastro. Se não, seria impossível decidir. É impossível cumprir a rigor o artigo 489.

Enfim, os dados revelam, portanto, que, de um lado, as práticas decisórias não foram modificadas por causa da vigência do Novo CPC, que não interferiu nas rotinas dos juízes entrevistados e, nesse sentido, os próprios Tribunais Superiores vêm exercendo o papel de, como nos disse um interlocutor: “nos socorrer” ou “nos absolver” do descumprimento dos critérios do art. 489, que, segundo percebemos, é inviável de ser concretizado, razão pela qual vem sendo, empiricamente, “afastado”, “mitigado” ou “relativizado”, como ouvimos nas falas dos entrevistados.

Tudo isso está consonante, de um lado, com a cultura jurídica de que os magistrados têm liberdade quase infinita de interpretar, e, de outro lado, com a estrutura de desigualdade decisória à qual esta ampla autonomia de interpretação serve.

Um juiz me disse, na ocasião do doutorado (2013, p. 383): “a grande vantagem da nossa absoluta, praticamente absoluta autonomia pra decidir, é que se você fizer uma decisão fundamentada, qualquer que seja a fundamentação, mesmo que incoerente, ela pode até ser reformada, mas ela não é nula, não tá errada, tecnicamente ela não tá errada”.

Uma juíza que eu entrevistei também aludiu ao Ministro Marco Aurélio e ratificou a sua assertiva (LUPETTI BAPTISTA, 2013, p. 386):

Eu já ouvi o Ministro Evandro Lins e Silva e também já ouvi o Ministro Marco Aurélio dizerem isso, assim, de que primeiro você decide o que você acha justo e depois você vai arrumar o argumento que você vai usar para sustentar aquela coisa. Não é que é sempre assim, né? É muito difícil expor para você sobre qual é o mecanismo para você chegar em uma decisão. Essa questão que você me perguntou é muito difícil. Eu faço isso todo dia, mas te dizer como funciona, é difícil, mas assim...apesar da lei te dar alguns parâmetros, ela também te dá sempre um espaço muito grande de subjetividade para você decidir, né? E aí, é que eu acho que entra a coisa da argumentação, que é muito legal, que é essa coisa de você tentar convencer, que é a beleza do direito.

5. Concluindo, mas para seguir pensando: alguns resultados do projeto “Assimetrias” em simetria com a estrutura do sistema de justiça

No contexto mais amplo do projeto “Assimetrias”, como dito aqui, os HC’s de pessoas presas por roubo, furto, tráfico de drogas e homicídio forem rejeitados, mantendo-se as prisões dos réus em regime fechado e afastando-se a incidência da Recomendação 62/CNJ. Os colegas que estudaram esses outros tipos penais verificaram que a Recomendação 62/CNJ não foi absorvida pelo sistema de justiça de maneira uniforme, – diversamente do que ocorreu nos processos de réus devedores de alimentos, em que houve uma leitura mais humanizada da Recomendação 62 do CNJ - de modo que o seu alcance dependeu da interpretação de cada juiz, em cada caso concreto, em cada Estado da Federação pesquisado, a depender do tipo penal e dos réus envolvidos (FAISTING e CAMPOS, 2023; LIMA et al, 2024 e 2025;).

Em sua maioria, as prisões foram mantidas, privilegiando-se o regime fechado, apesar do perigo de contaminações e de mortes no sistema prisional, demonstrando que as decisões judiciais analisadas desigualaram onde a Recomendação do CNJ não desigualou.

Dentre os devedores de pensão alimentícia praticou-se tratamento uniforme; porém, em relação aos demais réus, presos em função de tipos penais diversos, embora todos fossem igualmente cidadãos brasileiros presos no período da pandemia, o tratamento foi diferenciado – circunstância que ratifica e aponta, mais uma vez, para a direção de regularidade que temos visto nas pesquisas do InEAC/UFF⁶, no sentido de que nem mesmo a contingência de um vírus letal foi capaz de romper (ou sequer de abalar) a estrutura de desigualdade decisória produzida pelo nosso sistema de justiça, inexistindo consenso interpretativo nem sobre o alcance da Recomendação 62/CNJ, nem sobre quem deve ser preso no Brasil.

O diálogo desses dados empíricos com aqueles fruto de minha tese de doutorado (LUPETTI BAPTISTA, 2013), por exemplo, e também de recentes pesquisas sobre a incidência de uma nova cultura de fundamentação das decisões judiciais (LUPETTI BAPTISTA e PUERARI, 2023; PUERARI, 2020) se dá no sentido de explicitar que, embora o CPC de 2015 tenha traçado parâmetros objetivos para delimitar o conceito de “decisão fundamentada”, a efetiva concretização desse novo dispositivo, no contexto processual brasileiro, tenderia a sofrer resistências, especialmente da magistratura, na medida em que impõe deveres e regramentos rígidos, com potencial de restrição à autonomia do poder de decisão judicial – o que confronta a estrutura consolidada do sistema decisório dos Tribunais.

Sem pretender generalizar os resultados da pesquisa, os dados revelam que, de fato, a nova redação do artigo 489, parágrafo 1º, do CPC, vem se apresentando como uma proposta de ruptura que confronta a estrutura sedimentada do sistema processual

⁶ O Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia – Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos (INCT-InEAC) foi aprovado em fevereiro de 2009 pelo Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovação através da iniciativa do Programa Institutos de Ciência e Tecnologia (Edital 15/08) e está institucionalizado na UFF através da criação do Núcleo de Ensino, Pesquisa e Extensão em Administração Institucional de Conflitos, vinculado à Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-graduação e Inovação da UFF (NEPEAC/PROPPI/UFF), tendo como proposta produzir pesquisas empíricas, em suas bases quantitativas e qualitativas, que permitam propor e avaliar políticas públicas, em nível federal, estadual e municipal, na área da Segurança Pública e do Acesso à Justiça, bem como desenvolver tecnologias de intervenção social nesses campos. O objetivo do Instituto é produzir e transmitir conhecimento empírico e teórico sobre as lógicas de tratamento e administração institucional de conflitos por parte dos agentes públicos, focalizando as suas pesquisas em etnografias, em uma perspectiva comparada, que direcionam o olhar para o mundo real. Eis o site do INCT-InEAC/UFF: <https://www.ineac.uff.br/>.

brasileiro, revelando-se, o referido dispositivo, como um obstáculo ou, pelo menos, um desafio, no campo prático do direito.

Percebe-se uma evidente tensão entre o dever de fundamentação das decisões judiciais e o livre convencimento do juiz.

Entre o ideal e a norma nota-se um importante distanciamento e, como não nos é dado desconhecer, sabemos que quem faz a norma acontecer, ou não acontecer, é o Judiciário, por meio de suas práticas, que, por ora, vem reforçando a cultura do livre convencimento, que justifica o afastamento do art. 489 em situações concretas em detrimento do cumprimento rígido dos critérios de fundamentação.

Assim, o contraste entre o texto legal e os dados empíricos, revelados por meio das representações manifestadas pelos entrevistados, possibilitou problematizar que a inserção no sistema processual de uma nova lógica de produção das decisões judiciais, mais fundamentadas e padronizadas, com razões de decidir explícitas, contrasta com a cultura vigente, no que se refere ao controle das decisões judiciais.

Entre a liberdade do juiz de interpretar e o seu dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais, prevalece a liberdade de interpretar, tanto que, no contexto do Projeto “Assimetrias”, revela-se, a um só tempo: (1) a regularidade da estrutura de desigualdade jurídica produzida pelo Poder Judiciário no contexto da interpretação da Recomendação 62/CNJ, autorizando que cada juiz flexibilizasse ou não a prisão em regime fechado, independentemente da imprevisibilidade da letalidade do vírus; (2) e a consequência dessa desigualdade jurídica, que acabou por ensejar uma escolha seletiva e, portanto, arbitrária, de quais cidadãos e quais tipos penais mereciam o regime domiciliar e quais não mereciam, consequentemente, quem ficaria mais ou menos vulnerável ao vírus mortal e, no limite, quem morreria e quem não morreria, condicionando-se, esta escolha, a moralidades e sensos particulares de justiça sobre que tipos penais e sobre que cidadãos fizeram jus, ou não, às diretrizes protetivas da Recomendação 62 do CNJ.

6. Referências Bibliográficas

BARBOSA, Rui. Obras Completas. Posse de Direitos Pessoais. O Júri e a Independência da Magistratura. **Ministério da Cultura e Fundação Casa de Rui Barbosa**, Vol. XXIII, Tomo III, 1896, p. 228.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 327-405.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRAGANÇA DE CASTRO, Isabelle. PRISÃO E PENSÃO NA PANDEMIA: PRISÃO CIVIL POR INADIMPLÊNCIA EM MATÉRIA DE COVID-19 E SUAS REPERCUSSÕES SOB O VIÉS DA RECOMENDAÇÃO 62 DO CNJ. 2024. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro.

CREPALDI, Thiago e VALENTE, Fernanda. “IMUNE DE RESPONSABILIDADE. Em São Paulo, juízes respondem a ações de danos morais por causa de decisões”. In: **Revista Consultor Jurídico**, 18 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-18/sao-paulo-juizes-respondem-acoes-civeis-causa-decisoes/>>. Acesso em 28 fev. 2024.

DAMATTA, Roberto. Você sabe com quem está falando? Um ensaio sobre a distinção entre indivíduo e pessoa no Brasil. In: _____. Carnavais, malandros e heróis. Rio de Janeiro: Zahar, 1979, p. 139-193.

FAISTING, André Luiz; CAMPOS, Marcelo da Silveira. A recomendação 62 do CNJ e as decisões do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul em relação aos pedidos de habeas corpus (2020 a 2022). Revista de Estudos Criminais, PUCRS, v. XXIII, n. 91, p. 67-91, 2023.

KANT DE LIMA, Roberto. Ensaio de antropologia e direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LIMA, Michel Lobo Toledo *et al* (Org.). **Assimetrias federativas em tempos de Covid-19: um panorama sobre o encarceramento**. 1. ed. Rio de Janeiro: Autografia, 2024.

LIMA, Michel Lobo Toledo *et al*. **Dilemas**. Revista de Estudos de Conflito e Controle Social. Rio de Janeiro, Vol. 18, n. 1, 2025.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. **Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial**: entre “quereres” e “poderes”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013.

LUPETTI BAPTISTA, BÁRBARA Gomes. Tensões entre norma processual e cultura jurídica: O princípio do livre convencimento motivado do juiz e o artigo 489 do CPF. REVISTA INTERDISCIPLINAR DE DIREITO, v. 23, p. e20252303-21, 2025.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes; PUERARI, Daniel. O dever de fundamentação das decisões judiciais e o artigo 489, §1º, do CPC: rupturas, continuidades ou resistências? **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 21, p. 1-14, 2023.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes; DUARTE, Fernanda e IORIO FILHO, Rafael Mario. Entre liberdades e prisões: a desigualdade jurídica no tratamento dos pedidos de Habeas Corpus no período da pandemia. REVISTA DE ESTUDOS EMPÍRICOS EM DIREITO, v. 10, p. 1-26, 2023a.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes; DUARTE, Fernanda e IORIO FILHO, Rafael Mario. Recomendação 62/2020 do CNJ e prisões civis em tempos de COVID-19: uma análise dos habeas corpus dos devedores de pensão alimentícia no Estado do Rio de Janeiro. REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS, v. 91, p. 111-127, 2023b.

MENDES, Gilmar; STRECK; Lenio. Comentário ao artigo 93, IX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

NUNES, Dierle et al. **O fim do livre convencimento motivado**. Florianópolis: Tirant ló Blanch, 2018, pp. 7-26.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio; BAHIA, Alexandre. Precedentes e a Busca de uma Decisão Correta. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto (org.). **Processo Civil Brasileiro**: novos rumos a partir do CPC/2015. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. Cidadania, direitos e diversidade. Anuário Antropológico [Online], v. 40, n. 1, p. 1-20, 2015. ISSN 1957-8182. DOI: 10.4000/aa.1332. Disponível em: <http://journals.openedition.org/aa/1332>. Acesso em: 17 fev. 2025.

PUERARI, Daniel Navarro. **A fundamentação das decisões judiciais e a implementação do artigo 489 § 1º no novo CPC**: entre rupturas, continuidades ou resistências? RJ. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida.

STRECK, Lenio Luiz et al. **AINDA SOBRE O LIVRE CONVENCIMENTO**: resistência dos tribunais ao novo CPC. Disponível em:

<<http://www.luciodelfino.com.br/enviados/20179295328.pdf> >. Acesso em 04 mar. 2024.

TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. **Do princípio do Livre Convencimento Motivado**. Legislação, Doutrina e interpretação de Juízes brasileiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.