

Verdade real e livre convencimento: O processo decisório judicial brasileiro visto de uma perspectiva empírica

Regina Lucia Teixeira Mendes

Pesquisadora da UnB

Este trabalho, que é parte de pesquisa mais abrangente acerca das garantias processuais no processo judicial do sistema brasileiro, tem o objetivo de discutir e demonstrar, a partir da análise do discurso legal, do discurso doutrinário e do discurso dos atores sociais responsáveis pela construção da verdade jurídica, especificamente os juízes, as representações do princípio do livre convencimento motivado do juiz e as formas de atualização desse princípio, bem como sua influência na reprodução da distribuição desigual de justiça, tão evidente na realidade jurídica brasileira.

Palavras-chave: princípio do livre convencimento, igualdade jurídica, direitos fundamentais, direito, juízes

Real Truth and Free Conviction: The Decision-Making Process in Brazilian Courts from an Empirical Perspective, part of broader research into procedural guarantees in the Brazilian judicial system process, analyses legal and doctrinal perspectives and the line of argument of the social actors responsible for constructing legal truth, namely the judges, in order to discuss and demonstrate representations of the principle of free motivated conviction of the judge and forms of updating this principle, as well as its influence on the reproduction of unequal distribution of justice, a stark reality in Brazil.

Keywords: principle of free conviction, legal equality, fundamental rights, law, judges

Introdução

Recebido em: 29/08/2010

Aprovado em: 01/11/2010

Este trabalho está inserido em pesquisa empírica mais ampla que teve como objetivo explorar as representações dos atores diretamente envolvidos no processo decisório judicial sobre o princípio do livre convencimento motivado. A partir de pesquisa empírica, proponho discutir também várias questões que, embora não percebidas por iniciantes nos estudos jurídicos, despertam a atenção e a curiosidade de operadores que detêm mais experiência e tempo de atuação no referido campo, assim como de intelectuais e estudiosos voltados para reflexões sobre o direito brasileiro, particularmente no que se refere às suas concepções e práticas judiciais. Assim, a contextualização do tema em sua problemática mais ampla se faz necessária, para que não se perca o sentido da pesquisa.

Frequentemente, o sentimento de distribuição desigual de justiça impõe a falta de segurança jurídica e o descrédito do Poder Judiciário ante a população, além de um sentimento profundo de injustiça e impunidade. Ora, para que uma decisão seja justa, é preciso que ela seja reconhecida como tal, especialmente pelos que se submetem a ela.

O sistema processual brasileiro, seja em matéria civil, seja em matéria criminal, está orientado pela Constituição da República de 1988, que garante a todos os cidadãos os mesmos direitos fundamentais que ali estão disciplinados. Logo, as ditas garantias fundamentais são também garantias processuais. No entanto, o processo civil é usualmente identificado no campo jurídico como um processo de feição “acusatória”, que valoriza e permite a participação ampla dos jurisdicionados interessados no litígio em apreço, para alcançar a sua solução. Já o processo penal costuma ser classificado, para uns, como um processo “misto” (“acusatório/inquisitório”), enquanto, para outros, é entendido como plenamente “inquisitório”, tendo em vista ser um processo em que há maior participação do Estado na solução do conflito. Contribui, ainda, para identificação da inquisitorialidade no processo penal a existência do inquérito policial, procedimento que não está submetido às garantias processuais, pois não tem proteção judicial, já que é realizado independentemente da esfera do Poder Judiciário. Essa separação entre o inquérito policial e o processo leva muitos operadores do campo a identificá-lo como “administrativo”, por ser realizado pela polícia, que é órgão do Poder Executivo, federal ou estadual.

Todavia, seja no âmbito do processo civil ou no do processo penal, o juiz tem a atribuição concedida por lei, e assim entendida pela doutrina, de decidir livremente sobre os conflitos de interesses levados a sua apreciação. Complementarmente, a seu livre convencimento, a *iniciativa probatória* também é consagrada ao juiz pela doutrina e pela lei, o que reforça sua autonomia decisória sobre o processo. Tais prerrogativas dos julgadores, entretanto, trazem à tona aspectos inquisitoriais identificáveis em todos os ramos do processo judicial brasileiro, contrariando a visão naturalizada dos operadores, descrita acima, acerca da classificação do processo judicial brasileiro, que concebe o processo civil como “acusatório” e o processo penal como “inquisitório” ou “misto”, sem estranhar que o desfecho do processo, em qualquer das suas modalidades, ocorre em circunstâncias nitidamente inquisitoriais, ancoradas no livre convencimento do juiz e em sua *iniciativa probatória*.

Com base na análise de três discursos nativos – o da doutrina jurídica, o da lei e o dos julgadores – pretendeu-se analisar a articulação das categorias que sustentam e legitimam tais discursos e práticas judiciárias.

Uma breve descrição do campo

O campo jurídico brasileiro é um campo semiautônomo, integrado por iniciados em um saber com características específicas que estão nele hierarquizados. No topo dessa hierarquia estão os juízes, que detêm o poder de interpretar e decidir sobre o direito posto. Essa posição de supremacia está bem explícita nos trechos das entrevistas que se seguem:

A gente tem que levar em conta que ficções não existem, porque são ficções, têm um limite. Por exemplo, afirmar que a lei diz algo é ficcional, é fictício. Eu acabo por fazer a seguinte pergunta: quem é que diz o que a lei diz? É o juiz! Então, em primeiro lugar, a lei não diz nada¹, porque a lei é uma ficção. Quem diz o que a lei diz é o juiz. (J20)²

Eu entendo que o juiz realmente tem uma ação permitida pra investigar aqueles fatos que estão sendo trazidos a ele. Tudo é possível ao juiz! (J6)

A seguir, estão os doutrinadores, detentores de prestígio singular, e que são intérpretes das leis e das práticas autorizados pelo campo. Entretanto, a função que exercem é mais formadora e reprodutora do saber pertinente ao campo, o que, sem dúvida, lhes concede algum poder, mas que não se equipara ao dos julgadores.

E ainda povoa o campo uma camada de operadores concursados, os quais, uma vez aprovados, recebem a outorga de um mandato para exercer funções judiciais e extrajudiciais, porém não jurisdicionais. São eles, entre outros, os membros dos Ministérios Públicos, seja no nível estadual seja no nível federal. Os promotores de justiça, assim como os procuradores da República, têm papel de destaque, sobretudo no processo penal, uma vez que a ação penal condenatória é sua atribuição exclusiva. Detêm competência constitucional para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses indisponíveis, sejam eles individuais, coletivos ou difusos, o que lhes atribui a possibilidade de interferir

1 Então, se apesar de estar escrita, “a lei não diz nada”, esse depoimento admite (e chama a atenção para) a falta de literalidade das leis no campo do direito brasileiro.

2 Apresento doravante os trechos de entrevistas identificando o juiz pela letra J e um número, correspondente à ordem cronológica das entrevistas. Para evitar a identificação de meus interlocutores, dispensei a todos o gênero masculino, muito embora várias juízas tenham sido interlocutoras – dos 23 magistrados entrevistados, sete eram mulheres.

em processos sobre matérias altamente relevantes. Deve-se destacar, entretanto, que promotores e procuradores têm poder de seletividade (MOUZINHO, 2007), tanto na formação da *opinio delicti* como nos casos que envolvem os interesses metaindividuais.

Os defensores públicos, por sua vez, ocupam posição ligada à garantia constitucional do acesso à justiça, uma vez que são advogados públicos que suprem a capacidade postulatória daqueles que não têm advogado. Têm papel relevante no processo penal, já que deles, muitas vezes, depende o andamento do processo, pois este não pode ter andamento sem que a parte esteja assistida por advogado.

Pelas pessoas de direito público postulam os procuradores dos estados e dos municípios, em atribuição simétrica aos advogados da União, defendendo interesses patrimoniais das pessoas jurídicas de direito público às quais estão vinculados.

O campo do direito depende, na esfera do Poder Judiciário, de uma máquina burocrática constituída por servidores concursados, tais como oficiais de justiça, serventuários de cartórios, assistentes e técnicos judiciários, que exercem funções auxiliares para a entrega da prestação jurisdicional. De maneira análoga ao Judiciário, os outros órgãos jurídicos estatais, como Ministérios Públicos, Procuradorias e Defensorias Públicas, contam com máquinas burocráticas.

Outra categoria de atores que integram o campo são os advogados, que suprem a capacidade postulatória das partes – cidadãos ou pessoas jurídicas – defendendo o interesse delas em juízo. Os cidadãos comuns, assim como as pessoas jurídicas, não podem estar em juízo sem a representação de um advogado³. Ele tem um saber mercantilizado, e o valor de seus serviços no mercado é estipulado pelo saber, pelo prestígio e pelo reconhecimento que alcança no campo. Desse modo, a obtenção de sucesso em uma causa depende, muitas vezes, de valores privilegiados que são atribuídos a seu desempenho profissional. São eles afiliados de uma corporação – a Ordem dos Advogados do Brasil – que passa a integrar o Judiciário através de indicações para o preenchimento do chamado quinto constitucional⁴. Integrando as hierarquias mais baixas e subalternas, o campo ainda abriga os estagiários, bacharéis em formação, que emprestam seus serviços, quase sempre gratuitamente ou com ínfimas remunerações, que são levados a aceitar, compulsoriamente, por exigência curricular obrigatória dos cursos de graduação em direito.

3 Exceção aberta pelos casos de capacidade postulatória presumida pelas leis nº 9.099/95 e nº 10.259/2001, que dispensa a assistência de advogado no âmbito dos Juizados Especiais.

4 Também concorrem à vaga do quinto representantes do Ministério Público. O preenchimento dessas vagas resulta de acirradas lutas internas mobilizadoras do campo, objeto que foge ao que se privilegia neste estudo.

Como o Poder Judiciário tem como finalidade administrar os conflitos de interesse que normalmente ocorrem na sociedade, os cidadãos, usualmente chamados de “partes”, recorrem ao Judiciário, que, paradoxalmente, lhes concede posição quase invisível no campo, ainda que sem elas toda a máquina do Judiciário ficaria paralisada e as importantes funções institucionais e os papéis profissionais não teriam qualquer expressão material ou simbólica.

O conflito no mundo jurídico brasileiro

Na sociedade brasileira, especialmente no campo jurídico, tem lugar uma representação negativa do conflito, que não é visto como normogênico⁵, mas como fenômeno ameaçador à própria existência da sociedade. Há entre nós uma aversão ao conflito, malgrado seja ele uma característica não apenas das sociedades de mercado, mas de toda a estrutura social dependente, colonial e periférica, especialmente aquelas que, como a nossa, guardam lógicas de organização hierarquizadas inerentes aos sistemas estamentais patrimonialistas.

Em nossa sociedade, o papel do Judiciário não se limita a:

Administrar e solucionar conflitos, pois não são vistos como um acontecimento comum e próprio da divergência de interesses que ocorre em qualquer sociedade de mercado. Pelo contrário, aqui os conflitos são visualizados como ameaçadores da paz social, e a jurisdição, longe de administrá-los, tem a função de pacificar a sociedade, o que pode ter efeito de escamoteá-los e de devolvê-los, sem solução, para a mesma sociedade onde se originaram (AMORIM, KANT DE LIMA e MENDES, 2005, p. 36).

No mesmo sentido, Ângela Moreira Leite (2003) ajuda a esclarecer a questão dos conflitos na sociedade brasileira:

A parte jurídica do mundo estende-se além de um mero conjunto de normas, princípios e valores, uma vez que existe uma maneira própria na nossa cultura, como em qualquer outra, de imaginar a realidade no direito e uma maneira também própria de a nossa cultura jurídica imaginar a realidade. A existência de uma forma tradicional de lidar com a supressão dos conflitos faz com que o direito não os reconheça e, sendo assim, conviva com uma falsa aparência de harmonização

5 Há sociedades, como a americana, que representam o conflito como fenômeno inerente às sociedades complexas, de cuja composição nasce a norma (KANT DE LIMA, 2008, p. 161).

que, por sua vez, esconde o litígio, resultando em práticas judiciais que servem muito mais para manter inalteradas as situações potencialmente de “choque” do que para alterá-las (MOREIRA LEITE, 2003).

Essa representação aparece de forma explícita em uma das entrevistas que realizei e que transcrevo a seguir:

O segundo ponto é: o juiz – pelo menos este é o recado da lei – é chamado a dar solução imparcial, quando possível, a conflitos de interesse. Há uma situação que não se pode abandonar: a sociedade tem que permanecer. As relações têm que se desenvolver. Conflitos de interesses são considerados incompatíveis com este propósito. Então, por isto mesmo, o conflito tem que ser solucionado. Se o conflito tem que ser solucionado, alguém tem que solucioná-lo. Existe aí um segundo ponto. Alguém tem que solucionar o conflito. Quem tem que solucionar o conflito? O direito escolhe. Há uma função encarregada disso. Há uma função de Estado, aqui no Brasil; o ordenamento se arrogou esta posição, melhor dizendo, o Estado se arrogou esta posição por meio do ordenamento jurídico. Então, a situação é que os conflitos existem e alguém tem que dar a solução. Quando o juiz exerce sua função, ele está no exercício de algo que é necessário, porque a sociedade tem que permanecer e, ao mesmo tempo, porque os litigantes não atenderam ao primeiro chamado do ordenamento, que seria aquele de eles mesmos encontrarem a solução para a pendência. Como eles mesmos não encontraram a solução para a pendência, porque não quiseram ou porque não puderam, vem alguém dar esta solução, porque a solução tem que ser dada. Aí está um segundo ponto: alguém tem que dar solução. E aí vem o Estado e diz: este alguém é o juiz, aquele que tem acesso ao exercício desta função. Então, o primeiro ponto é: quem diz o que a norma diz é o aplicador da norma. E o segundo ponto é que alguém tem que dar a solução para os conflitos de interesse. Isso leva a um terceiro ponto. Esta pessoa é escolhida por um método, existe um critério de escolha desta pessoa: é o concurso, é a formação técnica... É o princípio licitatório que se obedece. Pode-se dizer até que o fundamento do princípio licitatório é isonomia, em suma, universalidade de acesso ao cargo público. A licitação não ocorre somente em eleições, ocorre também em concurso público e a diferença é que, num caso, o critério é leigo e, no outro, é técnico. Esta pessoa, então, é escolhida para o desempenho desta função. Bom, no que se avalia esta pessoa, para que ela tenha acesso a esta função... Talvez o método na avaliação não seja tão bom, talvez mereça algum melhoramento, mas, de qualquer

maneira, a ideia é de aprovar uma pessoa capacitada, mas também com um mínimo de bom-senso. O bom-senso – aí vem a presunção geral – o bom-senso seria aquela capacidade que a pessoa tem de observar o elemento social e verificar aquilo que é aceito de maneira mais geral ou então que, digamos, motiva a sociedade. Então, por isto mesmo, esta pessoa é encarregada de observar isto e estabelecer aquilo que está previsto no art. 335 do CPC – uma norma que as pessoas não compreendem muito e que é de cabal importância no julgamento do juiz: estabelecer aquilo que ordinariamente acontece na vida do *homo medius*, aquele que não é nem alto nem baixinho e, por isso mesmo, em vista deste padrão, estabelecer o critério de julgamento. (J20)

A ideia de que a jurisdição tem a função de pacificar a sociedade, extirpando o conflito, é amplamente difundida na doutrina e reproduzida nos cursos de direito, em qualquer livro de processo⁶.

Saber e poder no campo jurídico brasileiro

O campo jurídico é constituído de um saber que é socializado a partir da formação universitária. Nesse âmbito, a doutrina detém, como já mencionado, um lugar privilegiado, uma vez que encerra interpretações do ordenamento jurídico positivo, o que supostamente lhe conferiria função orientadora dos usos do referido saber. Tendo em vista que a legislação brasileira não privilegia interpretações literais⁷, nem consensuais, tais características abrem espaço para variadas interpretações doutrinárias. Alguns doutrinadores detêm maior reconhecimento do que outros, sendo, portanto, preferidos como difusores ou porta-vozes do saber jurídico. Essa preferência os torna privilegiados em editoras que publicam sucessivas edições de seus livros, a exemplo de Frederico Marques, Moacyr Amaral dos Santos e Vicente Greco Filho, motivo pelo qual foram utilizados como destacados intérpretes do ordenamento jurídico brasileiro neste trabalho. Porém, nem sempre esses doutrinadores concordam entre si, a exemplo das interpretações que concedem ao *princípio do livre convencimento motivado do juiz* e de sua *iniciativa probatória*, respectivamente positivados tanto no Código de Processo Civil (CPC) como no Código de Processo Penal (CPP). Assim sendo, os doutrinadores, que desfrutam de posição privilegiada pelo campo, são os produtores e detentores de um determinado saber que é nele reproduzido e, conseqüentemente, internalizado pelos operadores.

6 Nesse sentido, ver Cintra, Grinover e Dinamarco (1997).

7 Faço essa afirmação baseando-me no fato de que a legislação brasileira vale conforme a interpretação que lhe é dada pela autoridade judicial (KANT DE LIMA, 2004).

Não obstante o prestígio desfrutado pelos doutrinadores na socialização dos operadores do direito, o saber por eles produzido não orienta as decisões judiciais prolatadas pelos julgadores, os quais, pela supremacia de suas posições hierárquicas no campo, descartam de suas decisões o saber doutrinário, como demonstram entrevistas relatadas aqui. Essa situação explicita uma luta entre o saber e o poder no campo do direito brasileiro, em que aquele fica submetido a este.

Como se pode admitir, o campo do direito permite vasta exploração. Este trabalho destaca, como via de ingresso e de compreensão parcial nesse campo, as representações dos juízes acerca de duas categorias que são complementares: o *princípio do livre convencimento motivado*⁸ e a *iniciativa probatória do juiz*⁹. Ambas são indissociáveis da decisão judicial e constituem a expressão máxima de poder no campo. Essas mesmas categorias foram exploradas no contexto do discurso da doutrina e no da legislação, entendidos como o saber orientador das práticas decisórias. Portanto, este trabalho encerra, simultaneamente, uma reflexão sobre três discursos entrelaçados, que envolvem a temática nele explorada: o discurso dos julgadores, o dos doutrinadores e o da lei.

Em função do entrelaçamento dos três discursos, as primeiras perguntas que trouxeram incentivo à minha pesquisa foram: que representações fazem os juízes sobre o *princípio do livre convencimento motivado* do juiz? De que maneira e por que tais representações informam as suas práticas decisórias?

Das entrevistas que realizei com eles vieram respostas como a preocupação que alimentavam com a busca da *verdade real* para realização da justiça e com a relevância da *iniciativa probatória* do juiz, de onde comecei a perceber fragmentos que eram complementares à categoria do *livre convencimento*, mas, ao mesmo tempo, dela indissociáveis.

Metodologia

Esta não é uma proposta metodologicamente usual, já que o campo jurídico brasileiro tende a estudar o direito como saber absoluto e universal que não tem nem tempo nem lugar definidos. Assim, a doutrina jurídica pátria transporta aleatoriamente institutos, interpretações e discussões sem o menor cuidado de contextualizá-los ou localizá-los no tempo e no

espaço, como se tais institutos jurídicos e interpretações pudessem ter o mesmo significado em qualquer grupo social, em qualquer tempo ou lugar. Não é incomum, ao estudarmos o instituto jurídico da *cidadania* em doutrina jurídica¹⁰, vermos como exemplo a cidadania grega, sem que se deixe claro que a especificidade dos contextos sociais não permite, a não ser por contraste, a comparação da experiência grega da Antiguidade clássica com a experiência da sociedade brasileira contemporânea. Essa característica merece cautela, pois é instrumento de muitas distorções de interpretação, que levam a distorções institucionais e a distorções de aplicação dos institutos.

A pesquisa a respeito das representações dos magistrados sobre o princípio hegemônico orientador de seu processo decisório se justifica na medida em que é fundamental para que aspectos importantes do sistema jurídico e judiciário brasileiros possam ser explicitados, uma vez que essa categoria aparece como justificativa legitimadora, por exemplo, de decisões díspares em casos semelhantes e, conseqüentemente, como legitimadora da distribuição desigual de justiça, que é naturalizada entre nós.

A intenção do trabalho do qual foi extraído o presente artigo foi investigar o *livre convencimento dos juízes*, tema instigante pelas diferenças das decisões por eles prolatadas e pelo poder que lhes era atribuído no nosso sistema jurídico.

Iniciei o trabalho de campo e, surpreendentemente, constatei que os juízes, pessoas usualmente tidas como inacessíveis, já que muito ocupadas, mostraram-se completamente disponíveis para as entrevistas e que lhes era agradável falar sobre sua prática e refletir sobre o tema. Muitos disseram claramente que nunca tinham “parado para pensar” na própria prática cotidiana e que, nesse sentido, a entrevista estava proporcionando a eles uma experiência interessante. Alguns chegaram a se dispor a me receber mais de uma vez.

Entrevistei todos os juízes que se dispuseram a me receber: um total de 23 magistrados de diferentes especialidades e áreas da Justiça. As entrevistas foram abertas e iniciadas sempre com minha apresentação como pesquisadora interessada no *livre convencimento do juiz*, indagando a eles se poderiam me ajudar. Não era necessário mais do que isso para que eles comessem a falar sobre as maneiras como pensavam e agiam para tomar suas decisões. De todos os

8 “Princípio”, em direito, segundo a dogmática jurídica, é uma ideia fundamental na qual se baseia todo um sistema de normas (CANOTILHO, 1997, pp. 1123-1126). É a ideia básica que dá coerência sistêmica a um determinado conjunto de normas, fazendo com que elas se inter-relacionem. A imagem de um colar auxilia na percepção da função dos princípios no sistema jurídico. O princípio, para os sistemas jurídicos, faria o papel do fio que une as contas de um colar, sem o qual o colar não passa de um amontoado de contas. Os princípios podem estar positivados e explícitos ou não. Quando implícitos, são extraídos da exegese do sistema e, ainda assim, continuam sendo a ideia fundamental que dá coerência a um sistema ou a um subsistema de normas de um determinado ordenamento jurídico.

9 Refere-se à prerrogativa legal conferida ao juiz tanto no processo penal como no processo civil, e ainda no processo do trabalho, de produzir prova em um processo sob seu julgamento, quando a parte interessada não o fizer. Segundo a doutrina, essa prerrogativa se justifica em nome do princípio da verdade real, pois se o juiz não conhecer a verdade dos fatos, não será capaz de julgar.

10 Doutrina jurídica é uma forma de construção de saber própria do campo jurídico. Trata-se de uma coleção de opiniões de estudiosos a respeito dos institutos jurídicos, da legislação e da jurisprudência.

juízes que procurei, apenas um recusou-se a dar entrevista. Todos me foram apresentados por pessoas conhecidas, de tal forma que nenhuma entrevista foi feita com um interlocutor que não tivesse de mim alguma referência externa. A meu ver, esse fato facilitou muitíssimo a minha aproximação para falar de um assunto que aos juízes não raras vezes pareceu bastante estranho.

Não tive qualquer preocupação de distinguir meus entrevistados por critérios de idade, sexo, tempo na magistratura, ou opiniões expressadas em suas falas, porque minha intenção era perceber como a categoria *livre convencimento motivado* era representada conceitual e empiricamente por eles. Por ser uma categoria expressada na doutrina e na legislação e dominante no campo jurídico brasileiro, pareceu-me não ser relevante diferenciar meus interlocutores por critérios que se afastassem da categoria central na investigação.

No entanto, podemos pensar em alocar os juízes entrevistados em todas as especialidades e áreas da Justiça nas quais já estiveram investidos¹¹. Essa forma de agrupar amplia bastante o universo da pesquisa e não me parece inadequada, uma vez que muitos dos juízes entrevistados já tiveram investidura de jurisdição em várias posições diferentes, de tal forma que em uma mesma entrevista aparecem várias perspectivas jurisdicionais para um mesmo entrevistado. Esta peculiaridade fica demonstrada no trecho transcrito a seguir:

Eu atualmente estou na vara civil, mas fiquei oito anos na vara de família, infância e juventude, já fiquei na vara criminal, Tribunal do Júri, já fiz tudo, porque eu adoro pular. Agora eu estou na vara civil. (J8)

As entrevistas, na maior parte das vezes, tiveram um tom intimista e coloquial, forma que não é usual no campo. Percebi em todas as entrevistas que o fato de os interlocutores perceberem que eu era uma pessoa “de dentro do campo”, socializada em seu saber “técnico”, contribuiu em muito para que passassem a falar de uma forma mais próxima e coloquial. Na maior parte das vezes, essa percepção decorreu de solicitações dos interlocutores de opiniões sobre assuntos jurídicos relativos a casos que estavam sendo discutidos e resolvidos naquela oportunidade.

Por estar investigando uma categoria hegemônica do campo, entrevistei juízes de diversas especialidades, e a partir da análise do material levantado nas entrevistas na primeira fase da pesquisa, busquei identificar o significado dessa categoria para os operadores e, também, as categorias articuladoras do discurso destes mesmos julgadores relativo ao *princípio do livre convencimento motivado do juiz*.

Em seguida, confrontei os dados colhidos no campo com o tratamento doutrinário da matéria, com a finalidade de investigar e explicitar que categorias informavam o discurso jurídico brasileiro acerca do princípio em questão e a concepção do processo como garantia constitucional, bem como os encontros e desencontros entre o discurso da doutrina e o dos operadores.

Em um segundo momento, voltei a campo já com algumas questões a respeito das categorias articuladoras do discurso dos juízes sobre o princípio em questão, tendo em vista que a pesquisa teve também o objetivo de investigar e explicitar tais categorias, uma vez que se pode melhor entender esses mesmos conceitos e nossa sociedade ao se perceber como eles são exclusivos, peculiares e arbitrários, em vez de entendê-los como naturais.

A partir da análise dos dados colhidos e dos discursos dos entrevistados, passei a perseguir a literatura doutrinária reconhecida no campo e a legislação pertinente ao assunto. A categoria *livre convencimento*, conforme aparece nas entrevistas dos juízes, é, sem dúvida, centralizadora das decisões e estabelece relações estreitas com outras categorias que são dela indissociáveis, conforme se observa nos depoimentos aqui transcritos. Classificarei tais categorias associadas ao *livre convencimento* de complementares aos atos decisórios. São elas: *justiça, iniciativa probatória do juiz, verdade real e imparcialidade*.

A revisão da doutrina à luz das categorias assinaladas revelou-se uma fonte muito importante que, suscitando inúmeras questões relevantes para a discussão do tema, mereceriam maior atenção em estudos futuros. Esse exercício apresenta ricas oportunidades de reflexão sobre a forma peculiar de construção do saber em nosso campo jurídico.

11 No estado democrático de direito, modelo de Estado adotado pela República Federativa do Brasil, o processo judicial é aquele que é presidido por uma autoridade judiciária imparcial, diferentemente do processo administrativo. Na mecânica constitucional de separação de poderes, trata-se de um instrumento essencial de garantia dos direitos fundamentais, uma vez que as Constituições atribuem aos órgãos do Estado a tarefa de fazer valer os direitos e proíbem aos cidadãos que se faça justiça com as próprias mãos. Assim, quando um cidadão vê seu direito ofendido por outro cidadão ou pelo próprio Estado, deve recorrer aos órgãos do Estado, que têm a atribuição de julgar e o fazem valendo-se do instrumento do processo. Tais órgãos são chamados pela doutrina jurídica de Estado-juiz.

Alguns aspectos do processo judicial no estado democrático de direito

No dizer da doutrina jurídica, processo judicial nada mais é do que um conjunto de atos do Estado-juiz, quando provocado, que, pelo menos nominalmente, tem por finalidade conhecer o conflito de interesses exposto pelas partes à sua apreciação para, a partir desse conhecimento, elaborar uma norma jurídica que solucione ou administre esse conflito. O conflito resulta de determinados fatos que têm que ser provados para que seja possível a concretização na norma jurídica objetiva na decisão final. Dessa forma, os princípios e os métodos usados pelo Estado-juiz para a apreciação da prova são fundamentais para a construção da verdade jurídica (AMARAL SANTOS, 1995).

Assim, a verdade processual – aquela construída no âmbito do processo judicial e que vai resultar numa decisão – é, como todas as demais, uma verdade construída socialmente, precária e local por definição (FOUCAULT, 1998). No entanto, não é essa a concepção de verdade jurídica que se depreende da leitura da doutrina processual brasileira, que insiste em pretender descobrir, pela via do processo, uma *verdade real*, que deve estar em algum lugar esperando para ser descoberta.

Segundo Ernani Fidélis dos Santos (1996), todo pedido deduzido em juízo se fundamenta em uma causa de pedir. Esta, por sua vez, se constitui do fato que originou o conflito e que tem que ser provado e dos fundamentos jurídicos que são a parte do ordenamento objetivo, em razão da qual a pretensão é formulada. Os fundamentos jurídicos do pedido são as razões para pedir, as justificativas extraídas dos fatos. Fato, por sua vez, é matéria de prova, e prova é a confirmação do fato alegado. Somente os fatos devidamente comprovados deveriam servir para a construção de uma sentença, que seria a aplicação da hipótese legal ao caso concreto descrito no processo.

De acordo com Moacyr Amaral Santos (1995),

não se encerra o ciclo probatório com a produção das provas. Com a produção, completa-se a parte propriamente processual da instrução. Até então, tudo ou quase tudo, no processo probatório, é movimento, é contato entre o juiz e partes com matéria perceptível, com pessoas, coisas e documentos, que afirmam ou atestam fatos. Com a produção das provas, se aparelha o processo daquilo que permite ao espírito persuadir-se da verdade com referência à relação jurídica controvérsada: está fornecida a prova no sentido de *elemento de prova*.

Neste trecho, Amaral Santos cita Malatesta, que, por sua vez, diz que, trabalhando o espírito com esses elementos de prova, chegar-se-á à certeza quanto à verdade dos fatos. Um ou mais exames dos mesmos elementos, confrontados os motivos convergentes e divergentes que o levaram àquela certeza, permitirão a formação do convencimento. Certeza é a crença da verdade; convicção, por sua vez, é a opinião da certeza como legítima. O autor prossegue (AMARAL SANTOS, 1995) :

Ao chegar a esse ponto, a prova conseguiu seu fim. Só então se pode dizer que está concluída a prova. Prova, assim, é a verdade resultante das manifestações dos elementos probatórios, decorrente do exame, estimação e ponderação desses elementos; é a verdade que nasce da avaliação, pelo juiz, dos elementos probatórios. Daí definir-se a avaliação: processo intelectual destinado a estabelecer a verdade produzida pelas provas.

Ainda para Amaral Santos, na avaliação se desenvolve trabalho intelectual do juiz. É ato seu. É ele quem pesa e estima as provas. Foi ele quem a coligiu, dirigiu, inspecionou, é quem delas vai extrair a verdade. Certamente, segundo ele, as partes poderão, mesmo deverão, elucidar, fornecer subsídios para a avaliação, mas é o juiz quem a faz e, errada ou certa, é a única admissível no processo.

O entendimento de Theodoro Júnior corrobora essa visão, uma vez que afirma que a prova se destina a produzir a certeza ou convicção do julgador a respeito dos fatos litigiosos (THEODORO JÚNIOR, 1995).

Justiça e verdade real

É assim que as provas se tornam ato do juiz. Vale a ênfase no fato de que o cidadão, seja ele autor ou réu, que é a parte interessada na prestação jurisdicional, direito de cidadania de 1ª geração (BOBBIO, 1999), fica reduzido a um papel coadjuvante de pequena grandeza, frente à ênfase que o autor dá ao papel do julgador, que é justificado pela missão que lhe é atribuída de descobridor da *verdade real*. Fica claro que o processo é concebido, pela doutrina jurídica brasileira, como poder do juiz e não direito do cidadão, uma vez que o juiz tem a função, ou talvez missão, de descobrir a *verdade real*.

No direito brasileiro, a “verdade dos fatos” é entendida como uma *verdade real*, existente *a priori*, ainda que desconhecida, o que justifica uma investigação minuciosa a respeito, uma vez que, em nossa sensibilidade jurídica, a realização da justiça depende da descoberta da *verdade real*. Todavia, essa concepção do campo jurídico sobre a *verdade real* preexistente está em contradição com as formas de construção de verdade nas ciências, tanto nas naturais como nas sociais, já que, nelas, toda verdade resulta de uma realidade que é construída e consensualizada entre aqueles que, de algum modo, participaram de sua construção e que a aceitam como verdade que não precisa ser investigada, por ser real (BOURDIEU, CHAMBOREDON e PASSERON, 2004, pp. 45-48; pp. 73-80).

No trecho doutrinário transcrito a seguir, cumpre chamar a atenção para o papel preponderante atribuído ao juiz no sistema processual brasileiro, segundo a doutrina e a lei. Os poderes probatórios do juiz são tão amplos que, para descobrir a “verdade dos fatos”, ele pode até mesmo mandar produzir provas sobre fatos incontroversos, isto é, sobre fatos que estão consensualizados entre as partes.

Frederico Marques (1997b) afirma, baseado em Fenech (autor espanhol), que, no processo penal, não se exclui do objeto da prova o chamado *fato incontroverso* ou *fato admitido*. Neste ponto o autor cita a obra *Derecho Procesal Penal*, de 1952, que diz que na investigação criminal “*el juzgador debe llegar a la verdad de los hechos tal como ocurrieran historicamente, y no tal como quieran las partes que aparezcan realizados*”.¹² O juiz penal, segundo Frederico Marques, não está obrigado a admitir o que as partes afirmam incontestemente, uma vez que lhe é dado indagar sobre tudo o que lhe pareça dúbio ou suspeito. Aqui o autor cita novamente Vincenzo Manzini in *O Trattato di Diritto Processuale Penale*, de 1932 (MARQUES, 1997b, p. 255).

Kant de Lima (2004, p. 8), ao estudar a construção da verdade jurídica no sistema processual penal brasileiro, considera:

A Exposição de Motivos que introduz o texto do Código de Processo Penal explicita ser objetivo do processo judicial criminal a descoberta da *verdade real*, ou material, por oposição à “verdade formal” do processo civil, ou seja, o que é levado ao juiz, por iniciativa das partes. Por isso, os juízes podem e devem tomar a iniciativa de trazer aos autos tudo o que pensarem interessar ao processo, *ex-officio*, para formar o seu “livre convencimento” examinando a “prova dos autos”. Assim, todos os elementos que se encontram registrados, por escrito, nos volumes que formam os processos judiciais, incluindo os inquéritos policiais, podem ganhar o mesmo “estatuto de verdade” para a sentença final e o juiz pode, inclusive, discordar de fatos considerados incontroversos pela acusação e pela defesa:

O próprio Kant de Lima cita Grinover (1999), que diz:

O princípio da *verdade real*, que foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para a utilização de poderes ilimitados na busca da prova, significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e uma verdade ética, constitucional e processualmente válida. Isso para os dois tipos de processo, penal e não penal. E ainda, *agora exclusivamente para o processo penal tradicional, uma verdade a ser pesquisada mesmo quando os fatos forem incontroversos.*

Frederico Marques, por sua vez, afirma que, como se presume o juiz *instruído* sobre o direito a aplicar, os atos instrutórios só se referem à prova das *quaestiones facti*. O juiz deve conhecer o direito, obrigação esta que é indispensável para o exercício da jurisdição (*jura novit curia*). Donde se segue que, abstratamente falando, constitui objeto de prova tão só o que diz respeito às questões de fato surgidas no processo. Citando sua própria obra *Instituições de Direito Processual Civil* (1959), o autor segue dizendo que essa regra geral está, no entanto, sujeita a algumas exceções. O direito estrangeiro e o direito consuetudinário podem ser objeto de prova. E o mesmo se diga do direito emanado das autarquias no uso de seu poder regulamentar, e ainda de portarias, instruções, ordens internas e disposições disciplinares de repartições públicas, secretarias de estado e ministérios (MARQUES, 1997b, p. 254).

Retomando sua doutrina, passaremos a um trecho no qual o autor explicita que a descoberta da verdade é a finalidade do processo. Assim, o juiz só poderá fazer justiça se conseguir a reconstituição dos acontecimentos pretéritos pela produção da prova, para que possa formar o seu convencimento e julgar a causa. Como se tem demonstrado, a representação da verdade jurídica como verdade absoluta é atualizada na representação dos julgadores, tanto quando estes tratam de matéria civil como quando tratam de matéria penal, o que afasta a crença de que o princípio da *verdade real* só orienta o processo penal.

12 O julgador deve chegar à verdade dos fatos, tal como eles ocorreram historicamente, e não como as partes querem que eles pareçam ter acontecido.

Frederico Marques afirma que, se a finalidade do processo é a justa solução do litígio penal, a da instrução é a descoberta da verdade. Sobre a situação concreta que a instrução permite reconstruir é que incide o julgamento. O magistrado criminal sopesa os dados colhidos na instrução e, depois de formar sua convicção, aplica os mandamentos legais adequados aos fatos assim esclarecidos, desobrigando-se, dessa forma, do cumprimento da prestação jurisdicional consistente em julgamento da pretensão punitiva (MARQUES, 1997b, p. 258).

O autor diz ainda que a *verdade real* é a *causa finalis* da instrução e, portanto, do próprio processo. Tendo em vista os graves interesses que estão em conflito na esfera penal, é absolutamente imprescindível que fique elucidado o *thema probandum*, a fim de que se dê solução justa e exata ao pedido contido na acusação. E isso só acontece quando emergem da instrução de maneira fiel e real os acontecimentos que motivaram a acusação. Para tanto, também é necessário que o juiz aprecie os dados e informações obtidos com a instrução, para reconstruir a situação concreta que deve ser objeto do seu pronunciamento jurisdicional. Segue-se que a prova atinge seu objetivo de restauração de um acontecimento pretérito, à primeira, o procedimento probatório, e à segunda, a valoração dos elementos obtidos e fornecidos por esse procedimento. O procedimento probatório leva ao juiz fatos e acontecimentos, dados diretos ou circunstâncias, sobre os quais recai, no momento culminante do *judicium*, a valoração do magistrado (MARQUES, 1997b, p. 259).

Frederico Marques afirma que a colheita de provas pode subordinar-se ao princípio da verdade legal ou ao princípio da *verdade real*. Pelo primeiro, as fontes de prova estão pré-fixadas na lei,¹³ a cujos preceitos fica o juiz vinculado, de forma a não admitir a produção de meios probatórios ali não previstos. Pelo segundo princípio, livre é a escolha e a exploração das fontes de prova. O autor diz que, no tocante à convicção do juiz, o princípio da prova tarifada subordina a critérios e juízos de valor predeterminados em lei a apreciação das provas obtidas na instrução do processo, pelo magistrado, no julgamento da causa penal. O princípio da *verdade real*, ao contrário, não prende o juiz a critérios legais de estimativa das provas, uma vez que preconiza o julgamento *secundum conscientiam*. Nesse ponto, o autor cita Ettore Dosi, em *Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale*, de

13 Trata-se, mais uma vez, das questões suscitadas pela representação doutrinária do sistema de provas tarifadas, que pressupõe valoração da prova anterior ao exame *in casu*.

1957, transcrevendo o texto do autor da seguinte maneira: o processo moderno é dominado “*per quanto attiene alle fonti, dal principio secundum allegata et probata, e per quantum attiene allá valutazione delle fonti, da principio secundum conscientiam*” (MARQUES, 1997b, p. 259).

Frederico Marques é tomado, aqui, como um expressivo porta-voz do campo jurídico, e seus ensinamentos permitem considerar que o sistema processual brasileiro é norteado pelo *princípio da verdade real*, que atribui ao juiz a função de descobrir a verdade dos fatos ocorridos para decidir. O *princípio da verdade real* aparece mais explicitamente na doutrina de processo penal, mas não deixa de informar a atividade judicante no campo do processo civil e do processo do trabalho.

Inquisitorialidade, ‘verdade real’ e iniciativa probatória: impossibilidade consensual

A visão de Frederico Marques, entretanto, não é suficiente para uma percepção hegemônica do campo do direito brasileiro. Exemplo disso é a criação dos Juizados Especiais, instituídos pela Constituição da República de 1988¹⁴, que implantou a possibilidade de transação penal e valorizou a construção consensual de verdade jurídica. Esta última possibilidade é característica do sistema processual das tradições de *common law*, especialmente do direito americano. Ambos os sistemas – o da Justiça Comum e o dos Juizados – convivem atualmente no nosso sistema processual, o que causa consideráveis distorções quanto à sua unidade lógica interna, uma vez que o *princípio da verdade real* acaba por informar o procedimento dos Juizados, que deveriam obedecer a uma lógica processual distinta da do processo comum, baseada na valorização do consenso. Porém, a prática judicial exercida nos Juizados e na Justiça Comum acaba, paradoxalmente, por minimizar tais distorções (AMORIM, 2006, pp. 149-174).

A iniciativa probatória do juiz aparece, justificada pela busca da *verdade real*, nitidamente naturalizada, sem que haja qualquer alusão à incompatibilidade dessa iniciativa com o sistema acusatório adotado, segundo parte da doutrina, pela Constituição de 1988. A representação elaborada pelo julgador a respeito do assunto é que se ele não tiver *iniciativa probatória*, não poderá fazer justiça,

14 Constituição da República. Art. 98 – A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criam: I – juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau.

uma vez que as categorias justiça e “verdade dos fatos” estão permanentemente associadas no discurso dos juízes quando descrevem suas práticas de julgamento, de tal forma que eles explicitam que, sem descobrir a *verdade real*, ficam impedidos de fazer justiça.

Por outro lado, Geraldo Prado (2006) chama a atenção para a incompatibilidade entre a *iniciativa probatória* do juiz e o sistema acusatório, quando examina as características do princípio acusatório. O autor faz ampla revisão da matéria na doutrina jurídica estrangeira e conclui:

O princípio acusatório se distingue por um tipo característico de processo que está alicerçado entre três diferentes sujeitos das tarefas de acusar, defender e julgar. (...) No modo inquisitorial de processo, o que prevalece é o objetivo de realização do direito penal material, enquanto no processo acusatório é a defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade do arbítrio do poder de punir que define o horizonte do mencionado processo (PRADO, 2006, p. 104).

Prado (2006, p. 114) prossegue com a distinção:

No processo acusatório, o direito de ação, tanto como o de defesa, está voltado para a conformidade da decisão jurisdicional em um caso concreto; é exercitado por pessoa ou órgão distinto daquele constitucionalmente incumbido de julgar; não se limita a iniciar o processo, pois o autor pretende ver a pretensão que deduz reconhecida, embora o não reconhecimento não implique afirmar a inexistência do direito de ação; inclui, por certo, o direito de provar os fatos que consubstanciam a acusação deduzida e de debater as questões de direito que surgirem; a acusação integra o direito de ação e, na medida em que dela se defenderá o acusado, delimita o objeto da contenda, tal seja o objetivo pretensamente litigioso do processo; e, por fim, legitima o autor a preparar-se adequadamente para propô-la, na medida em que, afetando o *status dignitatis* do acusado, não deve decorrer de um ânimo beligerante temerário ou leviano, mas fundar-se em uma justa causa¹⁵.

As representações expressas a respeito da iniciativa probatória do juiz no sistema processual brasileiro não aparecem, no entanto, relacionadas ao caráter inquisitorial do processo, nem tampouco como possível ofensa ao princípio acusatório ou ainda ao princípio da presunção de inocência, que determina que, em matéria penal, a dúvida beneficia o réu, como se pode constatar nos trechos de entrevistas a seguir.

15 Por “justa causa”, o autor entende indícios de autoria e da existência da infração penal.

Há juízes que interpretam literalmente isso aqui, considerando como livre apreciação da prova somente o que o Ministério Público oferece e o que a defesa oferece. Mas isso, em matéria penal, processual penal, se você se limitar ao texto da lei, é perigoso. Porque você corre o risco de não fazer justiça e às vezes cometer uma injustiça. O cometimento de uma injustiça pode ser, por exemplo, a não condenação de um cidadão quando ele merece a condenação, se você aprofundar na apreciação da prova. Na busca, a apreciação da prova, nesse caso, na busca do que costumam chamar de *verdade real*. Eu acho que por esse dispositivo, 157, você não tem limites na busca dessa *verdade real*. Tanto que ele te remete a outros dispositivos. (J4)

Às vezes é necessário você tomar uma medida enérgica ainda que sem processo. Por exemplo, o sujeito chega aqui agressivamente, se portando de uma forma inconveniente, querendo bater, brigando... Você pega ele e coloca lá no final do corredor junto com a polícia, principalmente quando está cheio de cachaça. Deixa ele lá junto com o policial umas duas ou três horas sentado na mesinha. Não está preso, mas ele volta pra cá outra coisa. Quando você quer solucionar o problema, você tem que tomar determinadas decisões. No meu Juizado, 95% dos processos são resolvidos amigavelmente. Raramente eu julgo um processo no Juizado. É coisa rara. Na vara criminal não tem jeito. São processos mais pesados. Não são lesões de pequeno potencial ofensivo. Os acordos dependem de todos. (J5)

E diante da pergunta sobre se preside esses acordos, o mesmo J5 responde:

Claro. Quando eu não presido, o conciliador preside. O conciliador faz o acordo e a gente só homologa. Hoje, por causa da [Lei] Maria da Penha [Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, que “Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”], por exemplo, os crimes de lesão corporal praticados no âmbito doméstico, os acordos têm que ser feitos na presença do juiz. O conciliador não funciona mais. Acabou a cesta básica, mas continua a renúncia. Via de regra, briga de marido e mulher acaba ou em separação ou em reconciliação. A gente fica contente quando há uma reconciliação, em consequência de um acordo civil que eu fiz antes. Segunda-feira foi feito um acordo civil onde o ex-companheiro ia indenizar a mulher no valor de R\$ 700, quando chegaram os dois abraçados aqui, reconciliados.

Vale chamar a atenção, mais uma vez, para a representação da concepção de verdade que prepondera no campo jurídico brasileiro. Essa concepção é afirmada por José Frederico Marques em sua doutrina. Diz o autor que, “*ex vi*” do disposto no art. 131 do CPC¹⁶, vigora, entre nós, para valoração da prova, o *princípio do livre convencimento*.

Nos trechos de entrevistas que se seguem, confirma-se o que já dissemos, que é ponto pacífico no campo jurídico brasileiro a concepção de *verdade real* como verdade absoluta ocultada e esperando ser descoberta. Tal concepção implica na atribuição de poderes inquisitoriais ao juiz a fim de que este possa, munido de seu livre convencimento, descobrir a *verdade real* dos fatos e assim fazer justiça. Assim, a *verdade real* aparece como justificativa do *livre convencimento do juiz*. Além disso, nota-se claramente que também é pelo canal da prova que os fatos criam situações jurídicas, e cabe ao juiz, por esse *livre convencimento*, atribuir essa condição aos fatos que restarem provados, estando obrigado não a considerar todos os fatos que tenham sido demonstrados no processo, mas a explicitar os fundamentos da verdade em sua decisão.

Você é o julgador mesmo. Ali é escutar... Pesar os prós e os contras, se está convencido para absolver ou condenar: sentença e pronto e acabou. Se não está convencido, o artigo 157 [*ainda do CPC*]¹⁷ me dá essa brecha de buscar provas quantas vezes eu quiser. Eu posso, por exemplo, interrogar uma testemunha dez vezes. Faço sempre. Principalmente quando a prova é conduzida por outro. (J4)

Por exemplo, posso citar que tem desembargadores aqui e colegas juizes que se você dá um processo criminal pra decidir ele vai ler o que está escrito e vai decidir de acordo com o que está escrito e pronto. Se tiver alguma dúvida ele aplica o princípio do *in dubio pro reo*, absolve e acabou. Por exemplo, uma testemunha presencial que faltou, uma testemunha que viu o crime, mas não foi à audiência. O promotor desistiu, a defesa desistiu, ele pura e simplesmente homologou a desistência e absolveu o caso. Fez justiça? (J4)

Se por um lado o *livre convencimento do juiz* não impõe prévia valoração dos meios de prova como o *princípio da prova tarifada*, descrito pela doutrina, por outro lado permite ao juiz, na prática, desprezar provas produzidas quando não servirem, “a seu sentir”, para fundamentar a decisão que está previamente concebi-

da. Assim, no sistema processual brasileiro, em vez de o juiz ser o guardião da observância da igualdade jurídica entre os cidadãos, como acontece no sistema dos EUA, por exemplo, passa a ser um árbitro a quem é permitido julgar sem critérios consensuais.

Eu, por exemplo, quando o acusado chega pra ser interrogado eu começo “sacaneando” ele. “Sacaneando” em termos. Eu vou falar, por exemplo: “Pra que time você torce? Flamengo. Pô, você tem um mau gosto desgraçado, hein?” “Você quebra aquele formalismo. Aquele clima de austeridade, que é comum numa sala de audiência ou num corredor criminal, e você fica mais à vontade pra obter o que se chama verdade. Eu não sei que verdade é essa. É outra coisa. Eu adoto, na vara criminal, o princípio da informalidade que é prescrito na lei nº 9.099 do Juizado. Os princípios do Juizado são celeridade, informalidade, simplicidade e oralidade. (J4)

Em outro trecho da mesma entrevista, há uma justificativa interessante do acerto da formação do convencimento: o julgador justifica que avalia o acerto de seu convencimento e de suas decisões pelo fato de contar, a seu ver, com o reconhecimento do acusado de que ele foi justo, pelo fato de nunca ter sido ameaçado pelos réus por ele condenados.

O juiz criminal tem que ter necessariamente muito cuidado com a prova, pois está lidando com liberdade. Você está lidando com pessoas. Você está decidindo o destino do semelhante. A consequência da livre apreciação da prova da minha vida profissional, em 22 anos só em matéria criminal, nunca, nem por interposta pessoa, recebi qualquer tipo de insinuação ou ameaça. De A, B, C ou D. Preso X, Y e H. Este fato se deve ao acerto do meu convencimento, porque o preso sabe a pena que merece. Esteja certa disso. Eu tenho certeza que eu agi corretamente, porque nunca fui ameaçado. Minha porta fica aberta o dia inteiro. Atendo a qualquer um. É um entra e sai. Isso significa que mal ou bem eu acertei na minha decisão. O acusado sabe o tamanho da pena que ele merece. E você pode estar certo do seguinte, se você não deu uma condenação injusta, extrapolada, você não tem por que ficar com segurança na porta. (J4)

Tomando a doutrina de processo civil como via de interlocução a respeito do princípio da *verdade real*, temos a afirmação do professor Ernâni Fidélis dos Santos (1996), que deixa clara a concepção de verdade atualizada no campo jurídico brasileiro. Ele diz que:

16 Art. 131 – O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

17 Art. 157 – O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

Em processo, vige o princípio da *verdade real*. Não propriamente da verdade absoluta, pois o homem e as coisas são falíveis. Mas, pelo menos, deve-se procurar, no julgamento, juízo de extrema probabilidade de existência ou inexistência dos fatos. O princípio da verdade, ou da extrema probabilidade, é comum a qualquer espécie de processo. O que pode ocorrer é a impossibilidade de se chegar a um conhecimento perfeito sobre o fato, quando, então, se buscam critérios da *verdade real*. Em processo penal, a subsidiariedade se encontra sempre na aplicação da lei, de forma tal que toda e qualquer dúvida de culpabilidade ou inocência se interpreta a favor do acusado; em processo civil, os critérios são outros, como a distribuição do ônus da prova e a revelia.

O autor (Idem) afirma ainda:

Ao lado do *princípio da verdade real*, o que, inclusive, dela se poderia classificar como subprincípio, vigora o do *livre convencimento*. Na pesquisa dos fatos não há regra preestabelecida, para se ter este ou aquele fato por verdadeiro, de acordo com as circunstâncias particulares que o qualifiquem. Foram-se os tempos das ordálias e juízos de Deus, resquícios de puro barbarismo, como a hipótese de se considerar o fato por existente, se a pessoa não suportasse o mergulho da mão em água fervente, por algum tempo.

O trecho é elucidativo e demonstra de forma exemplar que a função atribuída à atividade judicante, seja em matéria civil, seja em matéria criminal, não é a da administração de conflitos e nem a da entrega da prestação jurisdicional ao cidadão nem de garantir a igualdade jurídica aos jurisdicionados, pedra fundamental do estado democrático de direito (FERRAJOLI, 2002), mas a de descobrir a *verdade real* dos fatos e, a partir dela, fazer justiça.

A entrevista que apresento a seguir confirma o texto doutrinário, pois demonstra que o princípio da *verdade real* orienta o processo brasileiro tanto em matéria penal como em matéria civil, apesar de haver abundante doutrina que sustente que o processo civil é norteado pelo princípio da verdade ficta ou formal, valendo para a decisão somente o que estiver provado pelas partes nos autos.

Eu já presenciei juízes falando assim: “Eu me senti errado, mas eu tenho que decidir com aquilo que está nos autos. Aquilo que está nos autos me convenceu de que a verdade era aquela e se a verdade não era aquela eu não tenho bola de cristal.” Aí eu perguntei assim:

“Mas você não ouviu as partes?” “Não. Era julgamento antecipado. Você pensa que eu sou um juiz preguiçoso, que eu jogo tudo pra audiência simplesmente pra não julgar? Não. Eu sigo as ordens. É julgamento antecipado, é julgamento antecipado.” E o cara acredita naquilo que está falando. Ele acredita que o aceitável é que ele deu uma decisão com o convencimento dele. Se o convencimento dele é verdade ou não... Não interessa. Simplesmente é o convencimento dele. Aí vêm aquelas histórias: “Ninguém sabe a verdade, só Deus é quem sabe a verdade.” Tudo bem, mas você procurou por ela? (J9)

Na doutrina de Frederico Marques, a categoria *verdade real* também aparece claramente ligada à ideia de realização da justiça. O autor afirma “que para que o processo atinja sua finalidade, que é aplicar a norma penal com justiça, é preciso ter o juiz um conhecimento bem exato do litígio que vai decidir, a fim de apurar a verdade dos fatos ocorridos, aplicar a lei com estrita justiça”. Neste ponto, Marques cita os autores italianos Florian e Capagrassi. A respeito deste último, a partir da obra *Giudizio, processo, scienza, verità*, de 1950, diz:

Que nisto reside o grande drama do processo, visto que o juiz, estranho aos acontecimentos que vai julgar, precisa reconstituir fatos de que esteve ausente, numa operação “proustiana” de “*empírica e vera rícerca del tempo perduto*”. O autor prossegue afirmando que a descoberta da verdade se apresenta, assim, como meio e modo para a reconstrução dos fatos que devem ser julgados, e, conseqüentemente, da aplicação jurisdicional da lei penal (MARQUES, 1997b, p. 254).

A descrição do discurso doutrinário brasileiro, quer no campo do processo civil quer no do processo penal, demonstra a nitidez das características inquisitoriais de nosso sistema processual. E o sistema de inquérito não se restringe ao processo penal: as características inquisitoriais no sistema processual civil são nítidas, uma vez que a finalidade do processo, em ambos os casos, é descobrir a verdade do que aconteceu, a dita “verdade dos fatos”, por ser este, segundo o que se concebe no campo jurídico brasileiro, o único caminho possível de se fazer justiça.

Segundo a doutrina de Ernâni Fidélis dos Santos (1996), processualista civil brasileiro que também tomo como interlocutor,

todo pedido deduzido em juízo se fundamenta em uma causa de pedir. Esta, por sua vez, se constitui do fato que originou o conflito e que tem que ser provado e dos fundamentos jurídicos que são a parte do ordenamento objetivo, em razão da qual a pretensão é formulada. Os fundamentos jurídicos do pedido são as razões para pedir, as justificativas extraídas dos fatos. Fato, por sua vez, é matéria de prova. A prova, por sua vez, é a confirmação do fato alegado. Somente os fatos devidamente comprovados deveriam servir para a construção de uma sentença.

Nesses dois trechos doutrinários, a descoberta do que “de fato” aconteceu é colocada como a finalidade do processo probatório também no processo civil e que, ao contrário da crença amplamente difundida no campo jurídico brasileiro, a descoberta da *verdade real* não orienta apenas o sistema processual penal, sendo uma concepção reitora do processo judicial civil ou trabalhista. Fica demonstrado que a concepção de verdade prévia e absoluta a ser descoberta orienta, assim, todo o sistema processual brasileiro.

A representação dos doutrinadores sobre a verdade processual não encontra grande discrepância nas entrevistas feitas com os julgadores, como ilustra o trecho a seguir, no qual o juiz acha possível se transportar para a realidade do jurisdicionado para perceber a “verdade dos fatos”, mas não cogita da decisão ser tomada por pares. Nota-se que o julgador, para “se inserir na realidade deles” – dos jurisdicionados (cidadãos) –, parte de seus próprios preconceitos e não dá voz aos mesmos.

É tentar e tentar ver a verdade dos fatos, me inserir naquele contexto que eles vivem, porque também não adianta eu querer aplicar um conceito de um padrão de sociedade pra uma situação que você vê que não é a realidade deles. Porque às vezes você vai dizer: “Isso não pode.” “Como não?” “Porque aquilo pra ele é comum. Eu sempre brinco quando eu dou aula de direito de família. Ah, um chamar o outro de galinha, de veado, não sei o quê. No meio que a gente vive, talvez isso seja uma agressão, o marido chamar a mulher de cachorra. Mas no contexto deles, chamar a mulher de cachorra, de repente é até um elogio, a mulher vai se sentir o máximo sendo cachorra. Então, quer dizer, quando eu tento decidir buscando aplicar a justiça, eu tento analisar o caso concreto e me inserir na realidade dele e ver o que naquela realidade seria o conceito mais adequado pra aquela situação. É lógico que aí eu tenho que comparar aquilo com a norma posta. Agora, aqui eu confesso, se

eu tiver que criar, inventar, se eu tiver que dar uma volta porque eu estou convencido de que aquela decisão é a mais justa, eu vou dar volta. Eu vou sair atrás de artigo, eu vou lá na Constituição, eu vou lá no princípio da dignidade da pessoa humana e vou aplicar ao caso concreto. Porque se eu não fizer isso, eu vou achar que eu sou um computador. Porque eu estou diante de um caso pra pegar a lei e pra aplicar. Pra que eu estou ali, então? Então vamos economizar dinheiro no pagamento do juiz, do promotor e tal e vamos colocar o caso no computador. (...) Eu tenho um problema com a norma posta, na hora do julgamento, porque a realidade social é muito afastada daquela norma que é colocada. Eu não estou querendo dizer que eu vou julgar pela minha cabeça, mas eu acho que a gente tem que tentar fazer uma interpretação com base nessas orientações, até mesmo constitucionais, pra chegar a uma decisão mais justa que é aquela mais adequada. (J9)

No próximo depoimento, novamente surge a preocupação do julgador com aquilo que, a seu ver, “de fato aconteceu”. A função do depoimento aparece no discurso como uma possibilidade de o julgador “descobrir” a verdade. Tratando-se da descrição de uma causa civil, é a ideia de *verdade real* orientando a conduta do julgador em qualquer ramo processual.

Outro ponto a ser destacado é a representação da celeridade como empecilho à oralidade. O trecho apresentado demonstra que alguns juízes valorizam o contato com a parte como única forma de o juiz não se deixar levar pela retórica dos advogados. Há, portanto, na representação desse julgador a atribuição de importância à presença da parte no processo. No entanto, essa participação serve para trazer elementos para o juiz decidir, uma vez que também é claro no discurso que é o juiz quem sabe qual é a melhor forma de solucionar o conflito.

Isso é uma coisa que eu trouxe da vara de família, porque eu sempre queria ouvir, pra tentar descobrir aquilo que tinha acontecido realmente. Só que lamentavelmente a gente vê que nem sempre isso acontece, por inúmeros motivos. Porque o juiz tem uma estatística pra bater. O número de sentenças que ele tem pra produzir é maior do que o número de processos que entram, porque se não ele vai ser chamado a se explicar em decorrência desse contato que ele podia ter com a parte. Pra tentar solucionar o problema, ele evita. E aí você começa a se convencer exclusivamente pelo papel. Só que quando você se convence exclusivamente pelo papel, no meu entendimento, você é levado a er-

rar porque você tem a questão do discurso. O discurso mais preparado, mais bem montado, a história mais fundamentada no papel é aquilo que vai prevalecer. Enquanto que a outra pessoa que talvez não tenha o papel, mas *que tenha simplesmente um discurso verdadeiro, [grifo meu]* aquele discurso não vai ser levado em consideração. Porque quando o juiz estiver diante de um papel, ele vai estar diante de um processo, ele vai ter uma petição, um número imenso de documentos pra embasar aquele discurso da petição inicial e vai vir, talvez, uma contestação de uma pessoa que não tem um poder de discurso tão grande, ou porque o advogado não é dos melhores, ou porque não tinha tempo, ou ainda porque não quis. O juiz, quando chegar à conclusão, vai analisar aquilo, é logicamente que você vai... Então chega lá a outra parte com um discurso mais simples, sem tantas provas, e isso acaba gerando uma decisão que não tem nada a ver. O convencimento do indivíduo, talvez quando ele der a sentença, quando ele der a decisão, ele esteja convencido de que aquela realmente é a melhor solução pra aquilo ali. Porque o convencimento dele foi baseado num discurso e o discurso é impessoal, porque o discurso é produzido por uma pessoa habilitada tecnicamente a produzir aquele discurso. (J9)

O princípio da concentração determina que toda a instrução processual seja reduzida a um número mínimo de audiências, se possível uma única, na qual sejam feitos a instrução da causa e seu julgamento, para que o princípio da oralidade seja observado, segundo Ovídio Baptista da Silva (1996).

A proximidade temporal entre o que o juiz apreendeu por sua observação pessoal e o momento em que deverá avaliá-lo na sentença é elemento decisivo para a preservação das vantagens do princípio da oralidade, pois um longo intervalo de tempo entre a audiência e o julgamento certamente tornará difícil ao julgador conservar, com nitidez, na memória os elementos que o tenham impressionado na recepção da prova, fruto de sua observação pessoal, sujeita a desaparecer com o passar do tempo (SILVA, 1996, p. 53).

Vejamos o trecho do CPC referente a essa questão:

DA INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Art. 450 – No dia e hora designados, o juiz declarará aberta a audiência, mandando apregoar as partes e os seus respectivos advogados.

Art. 451 – Ao iniciar a instrução, o juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova.

Art. 452 – As provas serão produzidas na audiência nesta ordem: I – o perito e os assistentes técnicos responderão aos quesitos de esclarecimentos, requeridos no prazo e na forma do art. 435; II – o juiz tomará os depoimentos pessoais, primeiro do autor e depois do réu; III – finalmente, serão inquiridas as testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu.

Art. 453 – A audiência poderá ser adiada: I – por convenção das partes, caso em que só será admissível uma vez; II – se não puderem comparecer, por motivo justificado, o perito, as partes, as testemunhas ou os advogados. § 1º – Incumbe ao advogado provar o impedimento até a abertura da audiência; não o fazendo, o juiz procederá à instrução. § 2º – Pode ser dispensada pelo juiz a produção das provas requeridas pela parte cujo advogado não compareceu à audiência. § 3º – Quem der causa ao adiamento responderá pelas despesas acrescidas.

Art. 454 – Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e ao do réu, bem como ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez), a critério do juiz. § 1º – Havendo litisconsorte ou terceiro, o prazo, que formará com o da prorrogação um só todo, dividir-se-á entre os do mesmo grupo, se não convençionarem de modo diverso. § 2º – No caso previsto no art. 56, o oponente sustentará as suas razões em primeiro lugar, seguindo-se-lhe os opostos, cada qual pelo prazo de 20 (vinte) minutos. § 3º – Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por memoriais, caso em que o juiz designará dia e hora para o seu oferecimento.

Art. 455 – A audiência é una e contínua. Não sendo possível concluir, num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, o juiz marcará o seu prosseguimento para dia próximo.

Art. 456 – Encerrado o debate ou oferecidos os memoriais, o juiz proferirá a sentença desde logo ou no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 457 – O escrivão lavrará, sob ditado do juiz, termo que conterá, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos e a sentença, se esta for proferida no ato. § 1º – Quando o termo for datilografado, o juiz lhe rubricará as folhas, ordenando que sejam encadernadas em volume próprio. § 2º – Subscreverão o termo o juiz, os advogados, o órgão do Ministério Público e o escrivão. § 3º – O escrivão trasladará para os autos cópia autêntica do termo de audiência. § 4º – Tratando-se de processo eletrônico, observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 169 desta Lei.

O que se verifica nos depoimentos que envolvem o tema da concentração da instrução probatória na audiência de instrução e julgamento, para dar efetividade ao princípio da oralidade e, assim facilitar a formação do convencimento do julgador, é que a concepção da finalidade processual no processo brasileiro entra em conflito com esse princípio. Em outras palavras, como na apresentação dos julgadores a finalidade do processo é descobrir a *verdade real* para fazer justiça, reduzir a instrução probatória a um único ato seria reduzir as oportunidades de chegar à verdade e, conseqüentemente, seria reduzir a probabilidade de fazer justiça.

No trecho transcrito a seguir, é evidente que a concepção de verdade que o julgador discute é a de verdade absoluta e única. Fica claro que ele não lê a verdade processual como a comprovação da verossimilhança daquilo que foi alegado como razão do pleito deduzido. Por estar em busca da verdade absoluta, que ele próprio diz ser difícil de encontrar, como se ela fosse possível, problematiza a redução dos atos instrutórios a uma única audiência, uma vez que essa redução torna menor o número de oportunidades de se chegar à verdade. Vale pontuar também que, a meu ver, o julgador representa essa problemática como se ela fosse só dele. Vejamos:

Eu acho que, no meu caso específico, isso é uma coisa muito difícil porque, pra mim, julgar é chegar à verdade, só que essa verdade nunca é única. A verdade é muito difícil, por quê? Quando eu atuei em vara de família eu via isso. A parte que chegava lá, a mulher, ela tinha a verdade dela, e a outra parte jurava que a história era completamente diferente. E é com base nesses fatos que o juiz tem que decidir. Então, na verdade, eu tenho a sensação de que o juiz nunca vai chegar a uma verdade absoluta. Porque ele vai chegar à nossa verdade com base naquelas verdades apresentadas e isso a gente sabe que gera uma série de variantes. Primeira variante: será que a parte teve meios de apresentar tudo aquilo que ela poderia apresentar? Será que ela teve uma assistência boa pra chegar ali e apresentar toda a verdade dela? Então, às vezes, a verdade que ela apresenta não é a verdade que ela vê.¹⁸ Cansei de ouvir a parte chegar pra mim e dizer: "Poxa! Mas eu tinha tanta prova pra produzir pro senhor chegar a essa conclusão que o senhor falou, e eu não tive essa oportunidade. Então, esse é um problema". (J9)

18 Essa passagem do discurso deixa claro que o julgador representa a verdade como valor absoluto, representando que é possível a parte não ver a verdade.

O entendimento afirmado por Theodoro Júnior (1995), processualista civil brasileiro, em seu *Curso de Direito Processual Civil*, corrobora a mesma visão. O autor afirma que a prova se destina a produzir a certeza ou convicção do julgador a respeito dos fatos litigiosos.

Fidélis dos Santos (1996), doutrinador de processo civil, afirma que o princípio dispositivo, que tem como consequência a inércia da jurisdição, no que se relaciona à prova, também vigora, mas atenuado pelo *princípio do livre convencimento*, que permite a pesquisa da *verdade real*. Segundo o autor,

O juiz pode sempre determinar a complementação da prova, como ocorre com a testemunha referida (art. 418, I do CPC¹⁹), e, sendo necessário, ou de evidente utilidade, determinar, de ofício, provas técnicas e de observação pessoal, hipótese de perícia (art. 420²⁰) e da inspeção judicial (art. 440²¹).

Nesse trecho, é nítido mais uma vez que o argumento justificador da *iniciativa probatória* do juiz está diretamente ligado à busca da *verdade real*, necessária à efetivação do *princípio do livre convencimento do juiz* e à consequente realização da justiça. Dessa forma, em última análise, o que justifica o caráter marcadamente inquisitorial da atividade judicante, entre nós, é a solidariedade entre as ideias de verdade e justiça, verdade esta que é revelada pela formação do *livre convencimento do juiz*.

A questão da verdade como finalidade última do processo, por ser entendida no campo jurídico brasileiro como via de mão única para chegar à justiça, traz à tona a questão da mentira, das partes ou das testemunhas, na formação do convencimento do julgador. A representação dos julgadores nas entrevistas concedidas explicita preocupação em discernir se o que eles estão ouvindo das partes ou das testemunhas é verdade ou mentira. Ora, a preocupação com a mentira de uma das partes deveria estar na esfera de preocupação da parte contrária. Deveria competir a cada parte comprovar e descreditar as alegações da outra parte, uma vez que esse exercício integra a disputa pelo sucesso da causa e da construção de uma verdade na qual houve efetiva participação das partes.

A preocupação com a mentira aparece explícita nos trechos seguir.

19 Art. 418 – O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte: I – a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas; II – a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações.

20 Art. 420 – A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação. Parágrafo único – O juiz indeferirá a perícia quando: I – a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico; II – for desnecessária em vista de outras provas produzidas; III – a verificação for impraticável.

21 Art. 440 – O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.

Outro problema é que, na verdade, a gente tem que lidar sempre com a mentira. Muita gente mente e a gente sabe que às vezes aquilo que é apresentado pra gente é uma mentira. Então, uma das grandes dificuldades que eu sempre tenho é tentar peneirar, daquilo que me é apresentado, o que faz um conjunto que me possa conduzir ao fato verdadeiro. Porque é a partir daquele fato verdadeiro que eu posso apresentar o direito. O direito eu poderia aplicar através daquilo que me é apresentado. Só que nem sempre isso é possível em razão de todos esses problemas. (J9)

Então, o comportamento, a postura da testemunha, a leitura do corpo dela, do gesto dela, do olhar dela, estes são elementos fundamentais. Você sabe que uma pessoa está mentindo quando ela não consegue fixar os olhos na sua direção, pisca muito, coça a testa, encurva o tórax pra frente. A mentira é perceptível porque nós somos animais. Animal acuado tem uma reação e é uma reação universal, isto é arquetípico. Então, quando a pessoa senta na sua frente e começa a falar... A não ser que você esteja diante de um quadro de psicopatia, que aí vai fugir um pouco da minha capacidade de distinguir, mas dentro de uma regra geral de comportamento é possível sim identificar quando uma pessoa está mentindo ou não. E aí começa a filtragem, por isso que, em minha opinião, e aí fazendo uma digressão, o contato pessoal do juiz com a testemunha e a identidade física, que não existe em processo penal, são fundamentais. (J7)

Ah, claro! A mentira é importante. Quem está mentindo pra mim tem uma grande chance de eu considerar contrário do que ele está dizendo, porque aqui a gente busca a verdade e a pessoa está mentindo sobre a verdade, está indo contra aquilo que eu busco, que é descobrir a verdade para poder dar a sentença, a meu ver, correta. A verdade é o caminho para a justiça. Tenho que tentar ao máximo descobrir a verdade pra dar uma sentença correta e justa. Eu acho que a sentença justa é, aqui na área criminal, a que dá uma resposta punitiva ao acusado, efetivamente dentro daquilo que ele cometeu. Olha só, você vê as penas dos crimes, elas são muito largas, né? Mínima e máxima. Aí, não tem como eu não pensar que uma sentença justa dá ao criminoso reiterado uma reprovação maior do que ao criminoso eventual. Ou digamos que o camarada é limpo, não tem uma passagem policial e é preso com drogas. Comprou, sei lá. Tava duro, foi arrumar um dinheiro. O tráfico penaliza com 15 anos, no Brasil. Eu vou dar cinco anos pra esse cara. Agora, imagina um traficante como o Tchaca, o Beira-Mar, o Celso da Vintém, ele vai ter que meter uma resposta mais gravosa, a justiça pren-

de diferente e dá a pena máxima pra ele. É isso que eu acho que é dar uma sentença correta e justa. Ao mesmo tempo, em algumas coisas aqui no Brasil eu acho que não vale a pena ficar dando murro em ponta de faca. Por exemplo, alguns entendimentos do Tribunal, do tribunal de superiores, que talvez não seja aquele entendimento de que eu seria um defensor. Mas não vou ficar dando murro em ponta de faca o tempo todo, então eu costumo também adotar os entendimentos dos superiores, do Tribunal de Justiça, sobretudo, no STJ. (J10)

Eu não permito nunca que a testemunha conte a história. Não existe essa possibilidade. Eu começo a ordenar. Nós estamos aqui apurando o acidente que a dona fulana cometeu. O senhor viu o acidente? Se a testemunha começa: "No dia tal..." Não, vamos lá. O senhor vai responder o que eu vou perguntar. O senhor viu o acidente? Isso vai mostrando pra gente que a pessoa que tem a história pronta tem que fazer o *feedback* da história. Ela demora a responder. Você começa a sentir que aquela testemunha é mentirosa. Aí a gente tem que buscar mais tempo. Vai pra técnica do "vamos devagarzinho" ver até onde ela vai. Muitos conhecem e aí começam a explorar outro campo pra saber se existe alguma união entre aquelas testemunhas. É uma técnica de interrogar: não permitir nunca que a pessoa conte a história. Se ela contar a história, a história pronta, bonita, vai comover. Agora, se você fraciona, é diferente: para aquela pessoa que assistiu ao acidente, não interessa a ordem que você pergunte. Ela vai dizer o que ela viu. Mas aquela que montou a história tem que repor a história porque ela não lembra. Então, é uma técnica pra me convencer. Tem que me convencer se aquela testemunha realmente viu ou não viu o acidente. E, pra isso, eu fraciono, não deixo ela contar a história. (J9)

O texto permite a aproximação com o sexto truque do *Manual dos inquisidores*:

Se o acusado continuar negando, e o inquisidor achar que ele omite seus erros – embora não haja provas –, intensificará os interrogatórios modificando as perguntas. Obterá, deste modo, ou a confissão ou, então, respostas discrepantes. Se obtiver respostas discrepantes, perguntará ao acusado por que, de repente, responde de um jeito, e depois, de outro: pressiona-o a dizer a verdade, explicando-lhe que, se não ceder, terá que ser torturado. Se confessar, tudo bem. Se não, isso bastará, juntamente com os outros indícios, para levá-lo à tortura e, deste modo, arrancar-lhe a confissão. No entanto, esse tipo de interrogatório – privilegiando as respostas

discrepantes – deve ser reservado, de preferência, para os acusados que se revelarem claramente teimosos, porque é fácil, efetivamente, mudar as respostas quando se é perguntado muitas vezes sobre vários assuntos ao mesmo tempo; e sempre os mesmos assuntos, e em ocasiões diferentes (EYMERICH, 1993, p. 25).

Como já vimos, a finalidade do processo brasileiro é revelar a verdade, uma vez que, sem a *verdade real*, não se pode fazer justiça. Com isso, a preocupação com a mentira ganha especial relevância na representação de nossos julgadores, ainda que, paradoxalmente, nosso sistema processual admita que a parte minta em juízo, sob o fundamento de que ninguém está obrigado a fazer prova em juízo contra si mesmo. Por essa razão, ter certeza de que a parte não está mentindo torna-se uma preocupação constante para o juiz. A suspeição é a regra. No trecho a seguir, o julgador explicita que a suspeição se estende, inclusive, ao próprio *livre convencimento*.

É. Olha lá, tão lá indiciados a Polícia Federal... Então são condenados. Aí vamos procurar no processo as provas. Aí você achou as provas, confirmou a tendência. Não achou as provas? Infelizmente fica no esquecimento. Fica no esquecimento porque a sua tendência era condenar. Então não há um livre convencimento absoluto. Há um livre convencimento contaminado pela ideologia. Eu chamo de ideologia as ideias preconcebidas colocadas por alguém na sua cabeça. Ou pela mídia, ou pela sua religião, ou pelos amigos, ou pela sua sociabilidade. De alguma forma você está contaminado. (J8)

Considerações finais

O trabalho demonstrou que, segundo a representação dos juízes entrevistados, existe uma articulação indissociável entre as categorias de *verdade real* e justiça, o que torna para eles impossível atingir o *livre convencimento* sem, a seu critério, buscar novas provas ou esclarecimentos sobre as que já constam dos autos. Assim, sem o exercício da *iniciativa probatória* – ainda segundo os depoimentos dos juízes –, é impossível atingir a *verdade real* por eles buscada, condição indispensável, segundo sua representação, para a realização da justiça.

Uma análise detida dos depoimentos colhidos permite ensaiar o percurso do raciocínio dos julgadores sobre o modo como atualizam o *livre convencimento*. Na tentativa de compreender a fenomenologia da mente dos julgadores, na fase do exercício do *livre convencimento motivado*, o juiz necessariamente é levado a questionar a prova que está nos autos, pois, segundo sua representação, ele só poderá fazer justiça se souber a verdade real. Essa dúvida, ou suspeita, motiva-o a perseguir a verdade e, para tanto, a introduzir novas provas – estas, insuspeitas porque, por sua iniciativa, foram colhidas – e, conseqüentemente, verdadeiras ou representantes da *verdade real*. A finalidade desse percurso é a vontade, dita de forma bastante sincera, de *fazer justiça*, como demonstram as entrevistas realizadas. Desse modo, e fora de qualquer dúvida, os julgadores expressam o seu desejo de fazer justiça, de acreditarem ser seu dever concedê-la à parte que a merece. Todavia, o percurso mental seguido pelos julgadores tem um componente subjetivo que, embora de maneira rara, tem sido expresso no campo do direito através da discussão de temas como a *imparcialidade* e a *neutralidade* dos julgadores, o que, aliás, como aqui demonstrado, não escapa do tratamento doutrinário.

Em conclusão de meu estudo, passo a elencar algumas conseqüências que me parecem relevantes relativamente ao impacto dessa categoria e das que a complementam na atualização de decisões judiciais. Tais decisões, dada a variação de entendimentos relativos ao *livre convencimento acerca da verdade real do caso concreto*, geralmente provocam a distribuição desigual de justiça para jurisdicionados, que experimentam conflitos semelhantes em suas vidas cotidianas. Essa situação, ainda que não afete internamente o campo jurídico, não contribui para a credibilidade do Judiciário na sociedade. A fragilidade do reconhecimento atribuído aos tribunais contribui para aumentar o afastamento entre o direito, a Justiça e sociedade no Brasil.

As garantias e os direitos fundamentais, particularmente aqueles que asseguram o direito do cidadão ao processo, são, por sua vez, frágeis em efetividade de modo geral. A presença do cidadão no processo judicial é praticamente invisível, já que ela só se manifesta quando e se autorizada ou requisitada pelo juiz. A sua oralidade direta é suprimida, uma vez que o que consta dos autos não é o seu depoimento literal, e sim aquilo que o juiz dita para o escrivão.

De forma nitidamente naturalizada e pouco perceptível pelos operadores, o direito às garantias processuais não é visível, o que introduz discussões infundáveis sobre a natureza do processo ser acusatória ou inquisitória. Geralmente, a inquisitorialidade costuma ser mais atribuída ao processo penal do que ao processo civil. No entanto, como se demonstrou, essa separação não se verifica na prática. Segundo os depoimentos transcritos, a busca da *verdade real*, disponibilidade da *iniciativa probatória* do juiz, tem supremacia sobre o contraditório e sobre o princípio dispositivo, que determina, de acordo com a doutrina e a lei, que o ônus da prova cabe às partes.

Referências

- AMARAL SANTOS, Moacyr. (1995), Primeiras linhas do direito processual civil, Vol. 3. São Paulo, Saraiva.
- AMORIM, Maria Stella de. (2006), "Juizados especiais na Região Metropolitana do Rio de Janeiro". *Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, nº 86, pp. 149-174.
- _____; KANT DE LIMA, Roberto [e] MENDES, Regina Lúcia Teixeira (orgs). (2005), *Ensaio sobre a igualdade jurídica: Acesso à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro, Lumen Juris.
- BOBBIO, Norberto. (1999), *A era dos direitos*. Rio de Janeiro, Campus.
- BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude [e] PASSERON, Jean-Claude. (2004), *O ofício de sociólogo: Metodologia da pesquisa na sociologia*. Petrópolis, Vozes.
- BRASIL, Constituição. (1998), *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (1997), *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini [e] DINAMARCO, Cândido Rangel. (1997), *Teoria geral do processo*. São Paulo, Malheiros.
- EYMERICH, Frei Nicolau. (1993), *Manual dos inquisidores (Directorium Inquisitorum)*. Brasília/Rio de Janeiro, Editora UnB/Rosa dos Tempos.
- FERRAJOLI, Luigi. (2002), *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.
- FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernani. (1996), *Manual de direito processual civil, Vol. 1: O processo de conhecimento (4ª edição atualizada e reformulada), Vol. 3*. São Paulo, Saraiva.
- FOUCAULT, Michel. (1998), *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro, Nau.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. (1999), “A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 27, pp. 71-79.
- KANT DE LIMA, Roberto. (2004), “Direitos civis e direitos humanos: Uma tradição judiciária pré-republicana?” *São Paulo em Perspectiva*, Vol. 18, nº1, pp. 49-59.
- MARQUES, José Frederico. (1959), *Instituições de direito processual civil*, Vol. 2. Rio de Janeiro, Forense.
- _____. (1997a), *Manual de direito processual civil*, Vol. 3. São Paulo, Bookseller.
- _____. (1997b), *Elementos de direito processual penal*, Vol. 4. São Paulo, Bookseller.
- MOREIRA-LEITE, Ângela. (2003), *Em tempo de conciliação*. Niterói, EdUFF.
- MOUZINHO, Gláucia. (2007), *Sobre culpados e inocentes: O processo de criminalização e incriminação pelo ministério público federal brasileiro*. Tese (doutorado), Programa de Pós-Graduação em Antropologia, Universidade Federal Fluminense.
- PRADO, Geraldo. (2006), *Sistema acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris.
- SILVA, Ovídio Baptista da. (1996), *Curso de processo civil*, Vol. I: Processo de conhecimento. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. (1995), *Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, Vol. 1. Rio de Janeiro, Forense.

Verdad real y libre convencimiento: El proceso decisorio judicial brasileño visto de una perspectiva empírica

Este trabajo, que es parte de una investigación más amplia sobre las garantías procesales en el proceso judicial en el sistema brasileño, tiene el objetivo de discutir y demostrar, a partir del análisis del discurso legal, del discurso doctrinario y del discurso de los actores sociales responsables por la construcción de la verdad jurídica, específicamente los jueces, las representaciones del principio del libre convencimiento motivado del juez y las formas de actualización de este principio, bien como su influencia en la reproducción de la distribución desigual de justicia, tan visible en la realidad jurídica brasileña.

Palabras clave: Principio del libre convencimiento, igualdad jurídica, derechos fundamentales, derecho, magistrados

REGINA LUCIA TEIXEIRA MENDES (teixeiramendes@globocom) é pesquisadora (de pós-doutorado) do Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília (UnB, DF, Brasil), e oficial de justiça da Justiça Federal para o Rio de Janeiro e o Espírito Santo. É doutora e mestre em direito pela Universidade Gama Filho (UGF, Rio de Janeiro, Brasil) e tem especialização em políticas educacionais pelo Instituto de Estudos Avançados em Educação (lesae) da Fundação Getúlio Vargas (FGV) do Rio de Janeiro (Brasil). Tem graduação em ciências sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ, Brasil) e graduação em direito pela Universidade de São Paulo (USP, Brasil).