

UNIVERSIDADE GAMA FILHO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
TESE DE DOUTORADO

DILEMAS DA DECISÃO JUDICIAL.
AS REPRESENTAÇÕES DE JUÍZES BRASILEIROS SOBRE O PRINCÍPIO
DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

REGINA LÚCIA TEIXEIRA MENDES DA FONSECA

Rio de Janeiro

2008

REGINA LÚCIA TEIXEIRA MENDES DA FONSECA

**DILEMAS DA DECISÃO JUDICIAL.
AS REPRESENTAÇÕES DE JUÍZES BRASILEIROS SOBRE O PRINCÍPIO
DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO**

**Tese de doutorado apresentada à
Universidade Gama Filho como pré-
requisito para obtenção do título de Doutor
em Direito, na área de concentração Direito,
Estado e Cidadania.**

**Orientador:
Prof. Dr. Roberto Kant de Lima**

Rio de Janeiro

2008

*À memória de meu pai, Carlos Alberto
Teixeira Mendes, que desde sempre me ensinou a
diferença entre ser súdito e ser cidadão.*

*Às minhas Anas: Helena e Lúcia, que
suportaram com amor e compreensão a ausência
materna durante a elaboração desta tese.*

AGRADECIMENTOS

Um trabalho intelectual jamais é fruto de um esforço solitário. Por isto, não posso deixar de manifestar, nesse momento, minha gratidão às pessoas que contribuíram de forma especial para que este trabalho se concretizasse.

Agradeço, pois,

A todos os magistrados que concordaram em colaborar com esta pesquisa, dedicando a ela algumas horas de seu tempo escasso;

Ao Professor Roberto Kant de Lima, meu orientador, pela liberdade e autonomia que me permitiu, tanto na escolha do tema como no trabalho de campo, além das pacientes e cuidadosas revisões durante a elaboração do texto final da tese;

Aos professores Fernanda Duarte, Maria Stella de Amorim e Roberto Kant de Lima pela leitura atenta, pela discussão relevante e pela crítica aguda e pertinente ao trabalho no exame de qualificação;

Aos colegas do Grupo de Pesquisa coordenado pela Profa. Maria Stella de Amorim e pelo Prof. Roberto Kant de Lima no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho: Bárbara Lupetti, Nestor César, Leonardo de Carvalho Ribeiro Gonçalves, Margareth Freitas Bacelar, por terem acompanhado e contribuído, cada um a sua maneira, nas discussões do grupo, nem sempre tranqüilas, sobre este trabalho;

Aos colegas de grupo de pesquisa e de doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho: Marco Aurélio Gonçalves Ferreira, Rafael Mario Iório Filho, Felipe Guimarães Vieites Novaes e Cláudia Franco Corrêa, colegas de muitas jornadas, ouvintes incansáveis e amigos do peito, pela participação efetiva no trabalho, por todas as gargalhadas que compartilhamos neste percurso, ingrediente indispensável para estarmos hoje aqui, e pelo “estamos aí!” incondicional, reconfortante e alentador nos momentos mais difíceis;

Em especial, a Cláudia Franco Corrêa e a Felipe Guimarães Vieites Novaes, por terem, com sua generosidade e eficiência ímpares, aberto para mim as portas do mundo dos juízes, especialmente os estaduais e os do trabalho, sem o que a pesquisa não teria sido possível;

A Simone Estrelita, defensora pública e amiga recente, muito querida, que, com peculiar disponibilidade, sem me conhecer, não só me apresentou a juízes como no nosso primeiro encontro me levou, em seu carro, ao interior do Estado para que eu realizasse as 4 (quatro) primeiras entrevistas;

Ao Professor Luiz Roberto Cardoso de Oliveira pelo incentivo de seu entusiasmo com o meu trabalho e pelo interesse manifestado durante todo o percurso, desde a primeira conversa em Rosário, na Argentina, em julho de 2005, que representaram, sem dúvida, um grande estímulo para a conclusão desta tese;

Ao Professor Daniel dos Santos por sua amizade, que lhe permitiu, depois de longas caminhadas geladas gaúchas, ouvindo as questões teóricas e epistemológicas que embaraçavam o desenvolvimento de meu trabalho, ter, de tão longe, acolhido as minhas dúvidas em meio a tantos compromissos. Sua atenção nos tornou afetivamente próximos, ainda que geograficamente distantes;

Ao Professor Luiz Felipe Baêta Neves Flores pelo interesse e atenção com que me acompanhou durante todo o curso de doutorado;

A minha mãe, Maria Helena Pereira Teixeira Mendes que, do alto de sua sabedoria octagenária, contribuiu decisivamente para que eu decidisse enfrentar o objeto que me ameaçava;

A Mafalda Cristina Hemmann, prima do coração e amiga querida que, com sua hospitalidade deridasiana, me proporcionou a reclusão necessária para a redação deste texto, acolhendo-me em sua casa na Vila Madalena em São Paulo, durante um mês, para que eu desfrutasse do isolamento necessário para ordenar as idéias;

A Francine Alcântara sem cujo auxílio, presteza, pontualidade, bom-humor, boa vontade e companhia tudo se tornaria muito, mas muito mais difícil;

A Rosângela Gouvêa por toda a ajuda nas horas urgentes;

A Beatriz Stuart, minha mais recente amiga de infância – talvez fosse mais próprio dizer amiga de berçário – colega de trabalho, pela solidariedade e espírito colaborador fundamentais para a conclusão desta tese;

A Paula Leal e Paulo Roberto Leal por fazerem jus ao próprio nome, por serem meus amigos fraternos e por terem me apoiado sempre;

A Beatriz Tavares, amiga querida, pela reflexão que sua existência me proporciona acerca do meu lugar no mundo;

Ao Dr. Carlo Eduardo Bosisio pela disponibilidade para auxiliar.

Ao Dr. Oswaldo Guimarães pela sua acolhida hospitaleira, afetuosa e fraterna, pela sua inteligência e pelos seus cuidados;

A Felipe Alonso Kant de Lima por sua gentileza e generosidade em compartilhar comigo algumas das suas “horas paternas”;

Às “meninas” da turma de 73 do Ginásio Nossa Senhora do Morumbi, que continuam, com a sua meninice cinquentenária, sendo referências fundamentais na construção da minha identidade, pelo apoio, pela torcida, pelo carinho e por existirem.

Por fim, à Professora Maria Stella de Amorim, que me ensinou, entre muitas outras coisas, em intermináveis discussões e conversas, nem sempre tranquilas, durante a pesquisa de campo e durante a elaboração deste texto, a acreditar mais nas atitudes do que nos discursos.

“De boca de criança, urna de eleição, barriga de mulher, pata de cavalo e cabeça de juiz nunca se sabe o que vai sair... É preciso esperar para ver!”

(dito popular entre os estudantes de Direito das Arcadas do Largo de São Francisco, em São Paulo, nas décadas 1970 e 1980).

RESUMO

A tese DILEMAS DA DECISÃO JUDICIAL – As Representações dos Juízes Brasileiros sobre O Princípio do Livre Convencimento do Juiz e outros Princípios Correlatos tem o objetivo de explicitar a representação de juízes acerca do *livre convencimento* e outras categorias que com ela se articulam, informando o processo decisório dos magistrados na formulação das decisões e a efetividade dos direitos fundamentais no Brasil. Destacou-se como via de ingresso e de compreensão, as representações dos juízes acerca de duas categorias que são complementares: o *princípio do livre convencimento motivado* e a *iniciativa probatória do juiz*. Ambas são indissociáveis da decisão judicial e constituem a expressão máxima de poder no campo jurídico brasileiro. Estas categorias foram exploradas no contexto do discurso da doutrina e no da legislação, entendidos como o saber orientador das práticas decisórias. Portanto, este trabalho, simultaneamente, encerra uma reflexão sobre três discursos entrelaçados, que envolvem a temática nele explorada: o discurso dos julgadores, o dos doutrinadores e o da lei, pois o *livre convencimento* é uma categoria que percorre âmbitos diferentes de atualização que não são uniformes.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais e Processo, Acesso à Justiça, Prestação Jurisdicional, Iniciativa Probatória do Juiz, Princípio do Livre Convencimento.

ABSTRACT

The thesis *DILEMMAS OF THE JUDGE'S DECISIONS – The Brazilian's Judges Representations of on the Principle of Judge's Free Convincement and other Related Principles* aims to explain the representation of judges on the free convincement and other categories that are articulated with it, informing the decision-making process of judges in the formulation of decisions and the effectiveness of fundamental rights in Brazil. Highlighted as being the route of entry and understanding, is the representation of judges about two categories that are complementary: the principle of freedom of motivated convincement and the judge's proving initiative. Both are inseparable from the court decision and are the highest expression of power in the Brazilian law. These categories were explored in the context of the discourse of the doctrine of the law, understood as the known advisor in the practice of making a decision. Therefore, this work also is a reflection on three speeches interlaced, involving the theme explored in it: the speech of judges, the doctrinal and the law. Thus, the free convincement is a category that covers various fields of updating that are not uniform.

KEY WORDS: Rights and Procedure, Access to Justice, Jurisdictional Decision, Proving Initiative of the Judge, Principle of Free Convincement.

RÉSUMÉ

La thèse **DILEMMES DE LA DÉCISION JUDICIAIRE** – Les Représentations des juges Brésiliens sur le principe de la libre Conviction le juge et d'autres en rapport vise à expliquer les principes de la représentation des juges sur la libre conviction et d'autres catégories qui sont articulés avec elle, en informant le processus de prise de décision des juges à la formulation de Décisions et l'efficacité des droits fondamentaux au Brésil. Mise en avant comme en étant la voie d'entrée et de la compréhension, de la représentation des juges sur les deux catégories qui sont complémentaires: le principe de la liberté de conviction motivée et l'initiative probatoire du juge. Les deux sont indissociables de la décision du tribunal ils sont la plus haute expression de la puissance dans le droit Brésilien. Ces catégories ont été explorées dans le contexte du discours de la doctrine dans le droit, entendu comme le savent conseiller pratique la prise de décision. Par conséquent, ce travail est aussi une réflexion sur trois discours entrelacée, impliquant le thème exploré en elle: le discours de juges, le doctriateurs et à la loi. Ainsi, la liberté de conviction est une catégorie qui comprend des différents domaines de la mise à jour qui ne sont pas uniformes.

MOTS CLES: Droits et intérieur, l'accès à la justice, l'prêt Juridictionnel, Initiative Probatoire du juge, le principe de la libre conviction.

SUMÁRIO

Introdução	13
Capítulo I – O princípio do livre convencimento motivado do juiz	29
I.1 Contextualização do tema: algumas noções relevantes	31
I.2 Legislação	38
I.3 Doutrina	40
Capítulo II – Solidariedade entre as idéias de justiça e de “verdade dos fatos”...	64
II.1 Justiça e saber local	64
II.2 A verdade processual: uma verdade controvertida	67
II.3 Sistema acusatório e iniciativa probatória do juiz	77
II.4 Sistema inquisitorial e iniciativa probatória do juiz	84
II.5 O princípio da verdade real como reitor da construção da verdade jurídica	90
II.6 A verdade e a mentira no sistema processual brasileiro	109
II.7 Suspeição e princípio da presunção de inocência	113
Capítulo III – O direito probatório. Ônus e necessidade da prova	116
III.1. O direito probatório no ordenamento jurídico brasileiro: ônus da prova e necessidade da prova	116
III.1.1 As regras sobre o ônus da prova: a quem cabe a produção probatória no sistema brasileiro?	116
III.1.2 A regra da necessidade da prova	141
Capítulo IV – O princípio do livre convencimento, imparcialidade e iniciativa probatória do juiz	147
IV.1 Prova: uma categoria multifacetária	147

IV.2 A iniciativa probatória do juiz no sistema processual brasileiro.....	154
IV.3 Prova no processo civil e iniciativa probatória do juiz	157
IV.4 Prova no processo penal e iniciativa probatória do juiz: a questão do inquérito policial e a atuação da polícia na construção da verdade jurídica	164
IV.4.1 Inquérito policial e princípio da presunção de inocência	188
IV.4.2 Operações policiais de grande duração e formação do convencimento do juiz	199
Capítulo V – Imparcialidade, neutralidade e subjetividade	203
V.1 Imparcialidade e decisões judiciais	204
V.2 Imparcialidade do juiz e emoção: o “perigo do contato com a parte”	214
V.3 Decisão solitária, a subjetividade do juiz e o discenso nas decisões.....	232
Conclusão	250
Bibliografia de Referência	254
Anexo I	263
Anexo II	264
Anexo III	265

INTRODUÇÃO

O PROBLEMA

Este trabalho tem o objetivo de explicitar várias questões que, embora não percebidas por iniciantes nos estudos jurídicos, despertam atenção e 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.

Freqüentemente, o sentimento de distribuição desigual de justiça impõe a falta de segurança jurídica e o descrédito do Poder Judiciário brasileiro 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. Usualmente, no entanto, o processo civil é 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, ele 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. Esta 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, igualmente, é consagrada ao juiz pela doutrina e pela lei, o que reforça sua autonomia decisória sobre o processo. Tais prerrogativas dos

juízes, entretanto, trazem à tona aspectos inquisitoriais identificáveis em todos os ramos do processo judicial brasileiro, contrariando, assim, 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.

O campo jurídico brasileiro é um campo semi-autônomo integrado por iniciados em um saber com características específicas, que estão nele hierarquizados. No topo desta hierarquia estão os juízes que detêm o poder de interpretar e decidir sobre o direito posto. Esta posição de supremacia dos juízes no campo 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

“... 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, 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 não se equipara ao dos juízes.

Ainda povoa este campo, uma camada de operadores concursados e que, uma vez aprovados, recebem a outorga de um mandato para exercer funções judiciais e extrajudiciais, porém não jurisdicionais.

¹ O depoimento admite a falta de literalidade das leis no campo do direito brasileiro, uma vez que, apesar de estarem escritas, “...a lei não diz nada...”.

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 possibilidade de interferir 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, tais como Ministérios Públicos, Procuradorias e Defensorias Públicas, contam com máquinas burocráticas análogas.

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. O cidadão comum, assim como as pessoas jurídicas, não podem estar em juízo sem a representação de um advogado². 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

² Exceção aberta pelos casos de capacidade postulatória presumida pelas leis 9099/95 e 10259/2001, que dispensa a assistência de advogado no âmbito dos Juizados Especiais.

Ordem dos Advogados do Brasil – que passa a integrar o Judiciário através de indicações para o preenchimento do chamado quinto constitucional³.

O campo ainda abriga, integrando as hierarquias mais baixas e subalternas, os estagiários, bacharéis em formação, que emprestam seus serviços, quase sempre gratuitamente ou com ínfimas remunerações, que compulsoriamente são levados a aceitar, por exigência curricular obrigatória dos cursos de graduação em direito.

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

Na sociedade brasileira, especialmente no campo jurídico, existe uma representação negativa do conflito, que não é visto como normogênico⁴, mas como fenômeno ameaçador à própria existência da sociedade. Há, entre nós, uma aversão ao conflito, malgrado seja ele uma característica – não só das sociedades de mercado – mas de toda a estrutura social dependente, colonial e periférica, especialmente aquela que, como a nossa, guardam lógicas de organização hierarquizadas próprias dos sistemas estamentais patrimonialistas.

Em nossa sociedade, o papel do Judiciário não se limita a “administrar e solucionar conflitos, pois estes 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; 2005:36)

No mesmo sentido, Ângela Moreira Leite ajuda a esclarecer a questão dos conflitos na sociedade brasileira agregando ao assunto que “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

³ Também concorrem a vaga do quinto, representantes do Ministério Público. O preenchimento destas vagas resulta de acirradas lutas internas mobilizadoras do campo, objeto que foge ao que se privilegia neste estudo.

⁴ Há sociedades, como a estadunidense, por exemplo, que representam o conflito como fenômeno inerente às sociedades complexas, de cuja composição nasce a norma. (KANT DE LIMA, 2008, 161)

realidade no direito e uma maneira também própria da 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 que, por sua vez, esconde o litígio, resultando em práticas judiciárias que servem muito mais para manter inalteradas as situações potencialmente de “choque” do que para alterá-las” (MOREIRA LEITE, 2003). Esta representação aparece de forma explícita numa 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 a esta posição, melhor dizendo, o Estado se arrogou a 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 deles 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 idéia 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 isto mesmo, em vista deste padrão, estabelecer o critério de julgamento.” J20

A idéia de que a jurisdição tem a função de pacificar a sociedade extirpando o conflito é amplamente difundida na doutrina e reproduzida nos cursos de graduação em direito, em qualquer livro de processo.⁵

O campo jurídico é constituído de um saber que é socializado a partir da formação universitária. Neste âmbito, a doutrina detém, com 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

⁵ Neste sentido ver (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1997).

em vista que a legislação brasileira não privilegia interpretações literais⁶, 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 são estes doutrinadores concordantes 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 como no Código de Processo Penal. 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 nos operadores.

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, que, pela supremacia de suas posições hierárquicas no campo, descartam de suas decisões o saber doutrinário, como demonstram entrevistas relatadas nesse trabalho. 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 destacou como via de ingresso e de compreensão parcial neste campo, as representações dos juízes acerca de duas categorias que são complementares: o *princípio do livre convencimento motivado*⁷ e a *iniciativa probatória do juiz*. Ambas são indissociáveis da decisão judicial e constituem a expressão máxima de poder no campo. Estas 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, simultaneamente, encerra uma reflexão sobre três discursos entrelaçados, que

⁶ Afirimo que a legislação brasileira não privilegia interpretações literais, pois ela vale conforme a interpretação que lhe é dada pela autoridade judicial (KANT DE LIMA, 2004 a).

⁷ Princípio, em direito, segundo a dogmática jurídica, é uma idéia fundamental na qual se baseia todo um sistema de normas (CANOTILHO, 1997:1123-1126). É a idéia básica que dá coerência sistêmica a um determinado conjunto de normas, fazendo com que elas se inter-relacionem. A idéia de um colar auxilia na percepção da função dos princípios no sistema jurídico. O princípio para os sistemas jurídicos fariam 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, os princípios são extraídos da exegese do sistema e, ainda assim, continuam sendo a idéia fundamental que dá coerência a um sistema ou a um subsistema de normas de um determinado ordenamento jurídico.

envolvem a temática nele explorada: o discurso dos julgadores, o dos doutrinadores e o da lei.

Em função deste 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 com eles realizei 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.

Trato tanto o *livre convencimento* como a *iniciativa probatória do juiz*, assim como *verdade real e imparcialidade*, não como princípios jurídicos, mas como categorias que se articulam nos discursos analisados, nem sempre de maneira uniforme, para explicitar a significação de cada uma delas para justificar o processo decisório judicial.

Neste estudo, entende-se que categorias são estruturas de pensamento que se distinguem dos conceitos e das idéias. Conceitos são representações mentais abstratas e gerais da realidade – um objeto, uma coisa, um evento – por exemplo, a *justiça*. Conceitos distinguem-se das idéias, pois estas pertencem à linguagem comum. Os conceitos podem ser considerados como "termo técnico" da filosofia (no sentido da epistemologia do conhecimento). Por essa razão, devem ter um sentido mais preciso do que as idéias. Os conceitos também são mais objetivos – posso ter uma idéia da justiça, mas o conceito de justiça é independente de mim (*do eu*) – e exteriores ao espírito do sujeito. Enquanto cada idéia é mais ou menos pessoal, mais ou menos brilhante, os conceitos são impessoais. Eles estão normalmente associados a formulações teóricas mais vastas (*teorias*), que tentam explicar um objeto ou uma realidade mais ampla (SIMON, 2003:111-130).

Já as categorias (do grego *katégoria*, *katégorein* = afirmar) referem-se à qualidade atribuída a um objeto, isto é, ao atributo de um objeto ou de uma realidade. Elas permitem, assim, fragmentar, ou decompor em múltiplas partes, esse objeto ou essa realidade, o que possibilita o conhecimento mais preciso e detalhado, já que o todo não é a soma das partes componentes, mas o resultado da articulação dessas partes (SILVA, 1989:29-53).

As categorias admitem, assim, detalhar de forma mais ou menos precisa, indo do mais amplo e superficial ao menor e mais profundo, construindo as dimensões, os indicadores e até os índices que nos possibilitam passar do abstrato (teoria) ao concreto (realidade empírica) e assim tentar descrever, compreender e explicar o objeto ou a realidade que se quer estudar. As categorias permitem, assim, a articulação ordenada das idéias e dos fatos (SILVA, 1989:29-53).

O presente trabalho trata, assim, da investigação a respeito de uma categoria própria do campo jurídico brasileiro, que informa e justifica toda a atividade decisória dos juízes, de qualquer instância ou tribunal e das que com ela se articulam.

Por um lado, o *livre convencimento* é uma categoria que percorre âmbitos diferentes de atualização que não são uniformes. Por outro lado, ela é atualizada pela doutrina, que é o saber produzido pelo campo jurídico, de determinada maneira, que lhe atribui certos significados. A doutrina jurídica é a construção de conhecimento que não pode ser confundida com teoria, já que parte de verdades postas e inquestionáveis: princípios e dogmas, que são proposições auto-reveladas. Por outro lado, o *princípio do livre convencimento do juiz* é uma categoria que é atualizada pelos juízes de forma peculiar, que atribui a ela significações específicas, que não encontram correspondência na doutrina e que condicionam aspectos importantes da atividade decisória no aparelho judiciário brasileiro.

Soma-se ainda ao exposto que a categoria *princípio do livre convencimento do juiz* articula-se com outras categorias próprias do campo jurídico brasileiro, que acabam por atribuir a ela, dependendo do contexto, matizes diferentes de atualização, conforme ocorre tanto na atualização dessa categoria pela doutrina como na atualização da representação do processo decisório, que encontrei no discurso dos julgadores.

Assim, é importante frisar que as categorias articuladoras do *princípio do livre convencimento motivado do juiz* mudam de um discurso para outro. O modo como aparecem no discurso doutrinário nem sempre é o mesmo com que são expressas no discurso dos juízes a respeito de suas práticas decisórias.

A originalidade desta tese reside na perspectiva empírica da investigação, que é rara no campo jurídico, especialmente no campo jurídico brasileiro. Tomei, pois, o saber jurídico como objeto de estudo para investigar as representações que os nossos julgadores têm do processo de tomada de decisão, em alguns de seus aspectos peculiares observáveis empiricamente. Pretendeu-se o exercício de dirigir a aspectos vivos do direito brasileiro um olhar relativizador e, para tanto, tomar o direito não como um saber

universal, mas como um saber local, culturalmente construído e que permite identificar em cada sociedade uma sensibilidade jurídica⁸ diversa.

Trata-se de uma proposta que não é 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 em 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*, por exemplo, 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. Esta característica merece muita 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 que os magistrados têm do princípio hegemônico orientador de seu processo decisório se justifica na medida em que é fundamental para que aspectos muito importantes do sistema jurídico e judiciário brasileiros possam ser explicitados, uma vez que esta categoria aparece como justificativa legitimadora, por exemplo, de decisões díspares em casos semelhantes e, conseqüentemente, aparece como legitimadora da distribuição desigual de justiça que é naturalizada entre nós.

1.2 METODOLOGIA

A intenção desse trabalho foi investigar o *livre convencimento dos juízes*, tema que considerava instigante pelas diferenças das decisões por eles prolatadas e pelo poder que lhes era atribuído no nosso sistema jurídico. No entanto, esta idéia que me era vaga, embora sempre me perseguisse no curso de outros trabalhos que elaborei, especialmente sobre igualdade jurídica e cidadania no Brasil, acabou por começar a ganhar

⁸ Sensibilidade jurídica é um conceito construído por Geertz para designar a noção de justiça em uma cultura. Assim, segundo o autor, toda e qualquer cultura tem uma sensibilidade jurídica que pode ou não se aproximar da nossa, que não é única nem absoluta. Sensibilidade jurídica é o complexo de operações utilizado por uma sociedade para relacionar princípios abstratos desse direito (GEERTZ, 1998:249).

consistência durante uma reunião da ALA – Associação Latino-Americana de Antropologia –, em Rosário, na Argentina, em julho de 2005, onde assisti a apresentação de várias comunicações sobre administração institucional de conflitos, que, baseados em observação empírica, descreviam práticas institucionais. Desde aquela ocasião o tema voltava à minha lembrança até que me dispus a fazer dele o objeto da minha tese de doutorado. Foi um objeto construído por mim, como doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho. Minha pretensão era seguir uma metodologia de tradição antropológica, similar à usada nas comunicações que acompanhei no citado evento acadêmico.

Construí o meu objeto livremente e sem qualquer pressão externa. Entretanto, ao iniciar minha pesquisa, comecei a realizar um trabalho de campo no Judiciário, onde também exerço a função de Oficial de Justiça, no âmbito da Justiça Federal. Nas primeiras entrevistas que realizei, comecei a ficar assustada com possíveis conseqüências do meu trabalho, uma vez que estava entrevistando os meus superiores hierárquicos, os juízes, a quem minha função obriga a obedecer. Imediatamente passei a trabalhar outro tema, relativo à institucionalização do ensino sobre processo judicial no Brasil. Iniciei nova pesquisa e no meio do caminho percebi que me faltava ânimo para prosseguir-la, meus escritos me pareciam sem alma e bastante repetitivos.

Comecei a repensar meu objeto anterior e a fazer reflexões sobre a reviravolta frustrada a que estavam submetidas minhas reflexões acadêmicas, diante da meta que tinha a cumprir: elaborar minha tese de doutorado até fevereiro de 2008. Percebi, então, que meu interesse pelo *livre convencimento do juiz* era somente um objeto, um tema para investigar ao qual, inconscientemente, eu havia atribuído a condição de criatura, que ameaçava a criadora: eu. Esta percepção me veio com tamanha clareza que imediatamente retomei o tema, antes abandonado, para apresentá-lo como minha tese de doutorado.

Reiniciei 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 chegaram a dizer claramente que nunca tinham “parado para pensar” na sua própria prática cotidiana e que, neste sentido, a minha 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. Minhas entrevistas foram abertas e iniciadas sempre com a minha apresentação como doutoranda interessada em fazer uma pesquisa sobre *o livre convencimento do juiz*, para minha tese, indagando a eles se poderiam me ajudar. Não era necessário mais do que isto para que meus entrevistados começassem a falar sobre as maneiras como pensavam e agiam para tomar suas decisões. De todos os juízes que procurei para conversar sobre o assunto só 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, este fato facilitou muitíssimo a minha aproximação dos interlocutores para falar de um assunto que a eles não raras vezes pareceu bastante estranho.

Não tive qualquer preocupação de distinguir meus entrevistados por critérios de idade, sexo, tempo na magistratura, opiniões expressas em suas falas, porque minha intenção foi perceber como a categoria *livre convencimento motivado* era representada conceitual e empiricamente pelos magistrados. Por ser ela uma categoria expressa 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.

As entrevistas, na maior parte das vezes, têm 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”⁹, socializada em seu saber “técnico”, contribuiu muito para que eles passassem a falar de uma forma mais próxima e coloquial. Na maior parte das vezes, esta percepção decorreu de solicitações dos interlocutores de opiniões sobre assuntos jurídicos relativos a casos que estavam sendo discutidos e resolvidos naquela oportunidade.

Entrevistei juízes de diversas especialidades, por estar investigando uma categoria hegemônica do campo e a partir da análise do material levantado nas entrevistas na primeira fase da pesquisa, busquei, a partir da análise do material levantado, identificar o significado da categoria objeto do trabalho para os operadores e

⁹ Tive a minha socialização acadêmica mais marcante na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ainda que depois tivesse concluído outra graduação em Ciências Sociais na UFRJ. Sou bacharel em direito, mestre em direito, frequentei durante alguns anos os cursos preparatórios para concursos públicos e fiz vários deles para carreiras jurídicas. Hoje exerço o cargo de Oficial de Justiça da Justiça Federal de 1ª Instância, na 2ª Sessão Judiciária que inclui os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo. Além disso, sou professora da graduação em direito há nove anos, onde já ministrei várias disciplinas, dentre as quais Direito Constitucional e Processo Penal.

identificar 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 do discurso da doutrina e o dos operadores.

Num segundo momento, voltei a campo, já com algumas questões a respeito das categorias articuladoras do discurso dos juízes a respeito do *princípio do livre convencimento do juiz*, tendo em vista que a pesquisa teve também o objetivo de investigar e explicitar tais categorias deste discurso, uma vez que se pode melhor entender nossas categorias e nossa sociedade ao se perceber como elas são exclusivas, peculiares e arbitrárias, em vez de entendê-las como naturais.

Apresento os trechos de entrevistas, identificando o juiz pela letra J e um número. A numeração dos juízes foi baseada na ordem cronológica das entrevistas que está expressa no quadro anexo¹⁰. Para evitar a identificação de meus interlocutores, dispensei a todos o gênero masculino, muito embora, várias juízas tenham sido interlocutoras, já que dos 21(vinte e um) magistrados entrevistados, 7 (sete) eram mulheres .

Fazendo um agrupamento dos juízes por especialidade, e pela esfera da justiça em que estão investidos de jurisdição, fica ainda mais clara a amplitude do universo da pesquisa¹¹.

Podemos, ainda, pensar em colocar os juízes entrevistados em todas as especialidades e justiças nas quais já estiveram investidos.¹² Esta 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 numa mesma entrevista aparecem várias perspectivas jurisdicionais para um mesmo entrevistado. Esta peculiaridade fica demonstrada no trecho de entrevista transcrito a seguir:

¹⁰ Ver anexo 1.

¹¹ Ver anexo 2.

¹² Ver anexo 3.

“Eu atualmente estou na vara civil, mas fiquei 8 (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)

A partir da análise dos dados colhidos e de detida análise dos discursos de meus entrevistados, passei a perseguir a literatura doutrinária reconhecida no campo e a legislação pertinente ao assunto. A categoria *livre convencimento* tal qual 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 transcritos neste trabalho. 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. Este exercício apresenta ricas oportunidades de reflexão sobre a forma peculiar de construção do saber em nosso campo jurídico.

No campo do direito brasileiro, uma das formas em que a luta interna se apresenta é através da disputa pelo prestígio de “dizer o direito”. Desta luta participam os doutrinadores, que pontificam sobre o significado de princípios e de sua aplicação prática no campo. Entretanto, esta disputa aponta dissenso entre os doutrinadores, não havendo concordância sobre suas interpretações, como é possível observar nas diferenças com que apreciam o *livre convencimento* e a *iniciativa probatória do juiz*.

A liberdade na formação de convicção concedida aos julgadores pela lei outorga-lhes, entretanto, a hegemonia de “dizer o direito”¹³, o que lhes assegura galgar posição de absoluta supremacia quanto ao poder de, de fato, dizer o direito em suas decisões, o que contribui para ofuscar o prestígio do doutrinador.

Tal situação colabora para fragilizar os consensos sobre as normas jurídicas, que, assim debilitadas, já que objeto de várias interpretações, não alcançam entendimento unívoco internamente no campo, nem mesmo se apresentam em condições de serem

¹³Jurisdição, que é, por excelência, a função dos juízes, é palavra que vem da expressão latina *juiris dictio*, que significa dizer o direito.

internalizadas nos cidadãos, ou seja, de serem “normalizadas” na sociedade como diria Garapon. (GARAPON, 2001)

Resta fazer algumas considerações sobre autores cujas noções, conceitos e teorias contribuíram para a concepção geral deste trabalho, prestando assim auxílio indispensável em *insights* e interpretações, tanto durante a pesquisa como na análise dos dados e na redação final desta tese. Dentre estes autores, cabe destacar Pierre Bourdieu e Clifford Geertz, recorrente mencionados implícita ou explicitamente.

Neste texto, destaco o conceito de campo jurídico construído por Pierre Bourdieu (BOURDIEU, 1989), que é um campo de disputa de poder, por ser um segmento da vida social diretamente ligado às decisões que vão definir as normas jurídicas que devem ser adotadas, assim como a forma mais adequada de interpretação destas mesmas normas. É, portanto, um campo privilegiado de disputa de visões de mundo e interpretações sobre os problemas nacionais e sua formulação jurídica. Disputa-se quais leis devem entrar em vigor no plano da atividade parlamentar, assim como também se disputam as formas mais adequadas de interpretação das normas, uma vez que a aplicação do direito se afasta da literalidade da lei, pois em razão de uma forma elástica de texto, uma mesma regra suporta várias interpretações possíveis. “A significação prática da lei não se determina realmente senão na confrontação entre diferentes corpos animados de interpretação específicos e divergentes (magistrados, advogados, notários, etc.) eles próprios divididos em grupos animados por interesses diferentes, até mesmo opostos, em função da hierarquia interna do corpo, que corresponde sempre de maneira bastante estrita à posição de sua clientela na hierarquia social” (BOURDIEU, 1989:218).

O trabalho do campo jurídico segundo o Bourdieu, referindo-se ao campo jurídico francês, materializa-se no trabalho de racionalização e de formalização das normas, e na disputa acerca da melhor interpretação para aplicação destas aos casos concretos. O trabalho de racionalização exerce a função de assimilação, ao longo do tempo, garantindo ao ordenamento jurídico a coerência e a constância de um conjunto sistemático de princípios e de regras, muitas vezes, irredutíveis, complexas e incoerentes, produzidas pela jurisprudência (BOURDIEU, 1989:218).

No Brasil, no entanto, o campo do direito apresenta peculiaridades, conforme fica demonstrado neste trabalho. A contribuição de Geertz leva, sem dúvida, a tratar o direito como um saber local, específico de cada sociedade, o que contribui para

não generalizar a noção de campo concebida por Bourdieu – aliás, intenção não pretendida por este autor – que foi recorrentemente utilizada em meu trabalho.

Partindo da premissa de que o saber jurídico é um saber local, produzido por uma dada sociedade num determinado momento histórico, fácil a percepção de que ele expressa as peculiaridades da formação dessa sociedade num âmbito especialmente sensível da vida social que é o da administração institucional de conflitos, tendo em vista que cada sociedade valoriza, em determinada época, aquilo que deseja ou aquilo que desejam por ela, sendo que esses graus de legitimidade não são absolutos e imutáveis, mas submetem-se a um verdadeiro devir, modificando-se de acordo com a importância que lhes é oferecida (BOURDIEU, 1968). O direito varia no tempo e no espaço, mas num determinado tempo e num determinado espaço parece justo aos que compartilham a mesma sensibilidade jurídica (GEERTZ, 1998:249-356).

Para expor as questões levantadas na problemática, organizei o texto da seguinte maneira:

O primeiro capítulo trata do significado e da contextualização do princípio do livre convencimento na legislação e na doutrina, além de tecer considerações sobre aspectos relativos à construção do saber doutrinário vigente no campo jurídico brasileiro.

O segundo capítulo decompõe o livre convencimento, à luz da legislação, da doutrina e das representações dos julgadores em relação a outras categorias que lhe são solidárias a exemplo da de “justiça” e de “verdade dos fatos”.

O terceiro capítulo se detém sobre a produção probatória no processo judicial brasileiro, destacando o poder dos julgadores sobre a iniciativa probatória das partes e da importância da sentença em fase conclusiva do processo.

O quarto capítulo destaca a esfera de liberdade que envolve o julgador na produção de prova no processo e acolhe discussões explícitas e implícitas no campo acerca da imparcialidade e a iniciativa probatória do juiz.

O quinto capítulo retoma o avesso da discussão introduzida no capítulo anterior, sobre imparcialidade, neutralidade e subjetividade da decisão judicial, procurando demonstrar a presença de aspectos indissociáveis dos julgadores, não como indivíduos, e sim, como pessoas que exercem papéis institucionalizados, a que se incorporam inevitavelmente aspectos subjetivos, conforme pode ser constatado nas representações que fazem sobre o seu próprio papel de julgador.

CAPÍTULO I

O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ

O presente capítulo trata do significado e da contextualização do *princípio do livre convencimento* na legislação e na doutrina, além de tecer considerações sobre aspectos relativos à construção do saber doutrinário vigente no campo jurídico brasileiro.

O campo jurídico é permeado por uma cultura própria que se manifesta em condutas e *habitus*¹⁴ dos atores que nele atuam. Assim como outros campos da vida social, o campo jurídico é um campo de disputa e de afirmação de poder e, como tal, não é uma estrutura estática e monolítica, nem pode ser dissociada do seu contexto social.

A elaboração de um corpo de regras e de procedimentos com pretensão universal é produto de uma divisão do trabalho que resulta da lógica espontânea da concorrência entre diversas formas de competência ao mesmo tempo antagônicas e complementares, que funcionam como tantas outras espécies de capitais específicos e que estão associadas a posições diferentes no campo. Esta disputa acaba por organizar, de forma hierárquica, tanto os atores como o saber produzido por eles.

A doutrina jurídica é a base da formação dos juristas, assim como dos demais profissionais do direito, pois é usada como material didático restritivo, difundido nos cursos de bacharelado, tendo, portanto, um papel reprodutor no campo de operadores jurídicos, sendo assim, um saber próprio do campo que deve ser dominado pelos profissionais que nele atuam e que o identificam como um “saber técnico”.

Tomar este saber como objeto de investigação é tarefa muito diferente de compreendê-lo somente pelos significados e categorias reprodutores internos ao campo, que lhe são atribuídos cotidianamente pelos profissionais do direito.

A investigação do saber doutrinário, tomado como objeto de reflexão, é muito diferente de entendê-lo na forma e função que lhes são atribuídas dentro do campo. Isto quer dizer que, a partir de uma perspectiva epistemológica, o saber doutrinário é visto como objeto construído pelo investigador, enquanto que, se tomado tal e qual subsiste no campo, se torna objeto dado, de caráter dogmático, portanto inquestionável, o que

¹⁴ Segundo Bourdieu é um conhecimento adquirido, uma cultura específica e também um haver, um capital de um sujeito transcendental na tradição idealista. O *habitus* ou a *hexis* é uma habilidade incorporada, quase postural de um agente em ação (Bourdieu, 1989:61).

reafirma sua persistência reprodutora, assim considerada como sendo um saber de “bom senso”. Vale lembrar que o bom senso é uma característica do “senso comum”, portanto naturalizado em *habitus* e práticas jurídicas. Somente a partir de um ponto de vista exterior ao campo é que se torna possível o estranhamento do saber doutrinário, exercício importante, uma vez que é saber orientador das práticas judiciárias e das representações dos operadores que informam estas práticas.

Bourdieu é agudo ao distinguir a ciência do direito daquilo que denomina ciência jurídica. Diz o autor que “uma ciência rigorosa do direito distingue-se daquilo a que se chama geralmente a ciência jurídica pela razão de tomar esta última como objeto. Ao fazê-lo, ela evita, desde logo, a alternativa que domina o debate científico a respeito do direito, a do *formalismo*, que afirma a autonomia absoluta da forma jurídica em relação ao mundo social, e do *instrumentalismo*, que concebe o direito como um *reflexo* ou um *utensílio* a serviço dos dominantes. A ciência jurídica tal como a concebem os juristas e, sobretudo, os historiadores do direito, que identificam a história do direito com a história do desenvolvimento interno dos seus conceitos e dos seus métodos, apreende o direito como um sistema fechado e autônomo, cujo desenvolvimento só pode ser compreendido segundo a sua dinâmica interna¹⁵. A reivindicação da autonomia absoluta do pensamento e da ação jurídicos afirma-se na constituição em teoria de um modo de pensamento específico, totalmente liberto do peso social, e a tentativa de Kelsen para criar uma teoria pura do direito não passa do limite ultraconseqüente do esforço de todo o corpo dos juristas para construir um corpo de doutrinas e de regras completamente independentes dos constrangimentos e das pressões sociais, tendo nele mesmo o seu próprio fundamento (BOURDIEU, 1989, 209- 212).

Bourdieu prossegue dizendo que “para romper com a ideologia da independência do direito e do corpo judicial, sem se cair na visão oposta, é preciso levar em linha de conta aquilo que as duas visões antagonistas, internalista e externalista, ignoram uma e outra, quer dizer, a existência de um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física. As práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um

¹⁵ Vale esclarecer que Luhman diz ser o sistema jurídico um sistema fechado (autopoiético), no entanto, admite que tal sistema é cognitivamente aberto, tal como a abordagem tomada neste estudo (LUHMANN, 1990, 90/100).

campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas”.

I.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA: ALGUMAS NOÇÕES RELEVANTES

Um princípio, em direito, é parte do saber do campo jurídico que é um campo de forças hierarquizado e que organiza o seu saber de forma diferenciada e peculiar.

O Estado democrático de direito, e antes dele, o Estado moderno, tomam para si o monopólio da função de administrar e solucionar conflitos. Em outras palavras, no modelo de Estado Democrático de Direito, o Estado tem o monopólio da jurisdição. Este monopólio da função jurisdicional tomado pelo Estado moderno se contrapõe à pulverização das funções de julgamento próprias das sociedades medievais, nas quais a administração de conflitos era função dos senhores feudais e das várias instâncias associativas próprias deste modelo social, tais como as corporações de ofício e as ordens religiosas. A jurisdição como exercício da soberania dos estados nacionais funciona como elemento de afirmação desta mesma soberania, desde a unificação dos estados nacionais (BERMAN, 2004).

Na atualização do modelo do Estado Democrático de Direito, os tribunais desempenham o importante papel de garantia dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos civis. Assim, os direitos consecutórios do direito de liberdade são garantidos, discutidos e resguardados pelos tribunais (MARSHALL, 1967). É por este motivo que o processo judicial é chamado de garantia das garantias pela doutrina jurídica brasileira (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1997); e que o princípio do acesso universal à justiça é consagrado na Constituição Brasileira de 1988 como garantia fundamental.

Tanto o princípio da igualdade jurídica como o devido processo legal são fundamentos do instituto jurídico da cidadania e pressupostos do modelo do Estado Democrático de Direito, o qual, por definição, deve garantir a todos o acesso universal à justiça e ao direito, uma vez que os tribunais têm a função de tornar efetivos os direitos civis, entendidos aqui como todos os direitos disponíveis derivados do direito à liberdade e à igualdade: primeiro patamar da cidadania. O dever da entrega da prestação jurisdicional ao cidadão pelo Estado corresponde ao direito de acesso à justiça e é uma

garantia constitucional que tem o objetivo de assegurar a observância dos direitos civis e do princípio da igualdade jurídica em sociedades que adotam a economia de mercado como modo de produção, que gera, por definição, desigualdade social.

Daí que o acesso universal, isonômico e eficiente aos tribunais e ao direito é a garantia do primeiro conjunto de direitos de cidadania – os direitos civis – historicamente conquistados pelos Estados de Direito contemporâneos, como por exemplo, na França e nos EUA. Do mesmo modo, o acesso isonômico, universal às urnas, para votar, ser votado e para participar da esfera política do país, encerra o segundo conjunto de direitos de cidadania, como garantias conquistadas para assegurar o caráter democrático do Estado (MARSHALL, 1967). No Brasil, entretanto, a extensão dos direitos civis inerentes à cidadania permanece limitada no que tange ao acesso dos cidadãos brasileiros aos tribunais, ao passo que os direitos políticos se tornaram dever obrigatório do cidadão (AMORIM, KANT DE LIMA e MENDES, 2005).

A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, conforme proclama o artigo 1º da Constituição da República de 1988¹⁶. Segundo Ferrajoli¹⁷, o Estado de Direito é um daqueles conceitos amplos e genéricos que tem múltiplas e várias acepções na história do pensamento político. O sentido da expressão que ora interessa destacar é o que liga o Estado ao princípio da legalidade, tanto no sentido lato, ou da validade formal, que requer que todos os poderes dos sujeitos titulares sejam legalmente predeterminados, assim como suas formas de exercício, em sentido estrito, ou princípio da validade substancial, que exige que sejam legalmente

¹⁶ O Estado Brasileiro atualmente adota o modelo de estado democrático de direito republicano expressamente no texto constitucional de 1988. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: ART. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: ART. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹⁷ Tomo Luigi Ferrajoli como referência de Teoria do Estado, por ser este autor adepto da concepção de Estado garantista, segundo a qual o aparelho estatal tem como única e precípua finalidade a efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos. O autor coloca assim a primazia dos direitos fundamentais constitucionais sobre os interesses do Estado e da Administração Pública, preconizando a submissão do aparelho estatal ao princípio da legalidade estrita. Sobre o tema, ver: (FERRAJOLI, 2002). A posição garantista de Ferrajoli não é, no entanto, a única existente no campo jurídico, pois há na doutrina autores que privilegiam a idéia de Estado de Polícia que tende a colocar a defesa dos interesses do Estado acima da função de garantia dos direitos fundamentais do cidadão. Há, ainda, autores que afirmam que os direitos sociais devem prevalecer sobre os direitos fundamentais.

preordenadas e circunscritas, mediante obrigações e vedações, as matérias de competência e os critérios de vedações.

“Neste sentido, Estado de direito é sinônimo de garantismo. Designa não simplesmente um Estado legal, mas um Estado nascido com as modernas constituições e caracterizado, no plano formal, pelo princípio da legalidade, segundo o qual todos os poderes — legislativo, executivo e judiciário — estão subordinados a normas legais e abstratas que lhes disciplinam a atividade e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes” (FERRAJOLI, 2002).

No plano substancial, segundo este autor, o Estado de direito é caracterizado pela funcionalização de todo o seu poder no sentido da proteção e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio de vedações constitucionais ao arbítrio e aos deveres públicos correspondentes, isto é, por meio das vedações legais ao direito de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária. Portanto, no Estado de direito, segundo Ferrajoli, todos os poderes são limitados por deveres jurídicos, relativos não somente à forma, mas também ao conteúdo de seu exercício, cuja violação é causa de invalidez judicial dos atos e, ao menos em teoria, de responsabilidade de seus autores (FERRAJOLI, 2002).

No mesmo sentido, o Estado contemporâneo implica a idéia de uma autolimitação que se opõe ao Estado de polícia, no qual o direito não passa de um instrumento do poder que pode impor obrigações, sem, contudo, estar ligado a normas superiores e limitado por elas. Num Estado de direito, toda a ação pública deve se inscrever numa forma previamente definida por lei, o que a purga de seu caráter arbitrário (GARAPON e PAPADOPOULOS, 2003).

Assim, o aspecto civil da cidadania consubstanciado pela proteção estatal aos direitos consecutórios do direito de liberdade dos cidadãos, tanto pela atividade legislativa como pela atividade jurisdicional, é fundamental para que se realize o Estado de Direito¹⁸ (MARSHALL, 1967).

Ocorre que o exercício da função jurisdicional tem por pressuposto, nas sociedades ocidentais modernas, a instituição de um espaço judicial que implica a imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que, quando nele se acham lançados, permanecem de fato dele excluídos, por não poderem operar a conversão de todo o espaço mental – e, em particular, de toda a postura lingüística – que impõe a entrada neste espaço social.

A atividade jurisdicional do Estado nas sociedades de tradição ocidental, especialmente aquelas que, como a brasileira, estão alinhadas com a tradição da *civil law*, exige a aplicação de uma fórmula genérica e hipotética de caráter universalizante a um caso particular, concreto e específico. Para que tal atividade se concretize é preciso que haja uma espécie de tradução do conflito em questão para os termos jurídicos e a aplicação da fórmula genérica legal àquele caso concreto pelo Estado, que se manifestará na pessoa de um julgador investido como tal. As decisões judiciais, portanto, distinguem-se dos atos de força política simplesmente, por serem resultado de uma interpretação que deve ser regulada e reconhecida como coincidente com a idéia de “justo-comum”¹⁹.

¹⁸ O aspecto civil da cidadania, segundo T.H. Marshall, é aquele que se refere, nos Estados pós-revoluções liberais, à universalização dos direitos civis, que são os direitos consecutórios dos direitos de liberdade. São os direitos relativos à liberdade de contrato e de trabalho; à liberdade de associação e de expressão do pensamento e à liberdade de ser proprietários. Este conjunto de direitos, na afirmação do modelo de cidadania universal posterior às revoluções liberais, foi o primeiro a ser universalizado e reconhecido como mínimo jurídico comum, universal, portanto, atribuído a todos aqueles que tivessem um vínculo político com determinado Estado. A função dos tribunais a partir deste momento é a de garantir a efetividade dos direitos civis dos cidadãos. O conteúdo político da cidadania consubstanciado na universalização dos direitos políticos e o conteúdo social que se materializa na possibilidade de todos participarem da riqueza comum por meio do acesso universal à educação e à saúde, entre outros, é posterior à afirmação dos direitos civis, de um modo geral e especialmente na Grã-Bretanha (MARSHALL, 1967).

¹⁹ A idéia de *justo comum* é introduzida na literatura jurídica contemporânea pelo constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, quando este trata das limitações materiais da manifestação do poder constituinte originário, que é dito pela doutrina como um poder ilimitado. O constitucionalista português chama a atenção para o fato de que as regras constitucionais e jurídicas de dada sociedade são limitadas pela idéia de justo inerente àquele agrupamento social e que esta idéia limita a manifestação do poder constituinte mesmo que se trate de poder constituinte originário. Assim, segundo o autor, a manifestação do poder constituinte originário em dada sociedade, se ocorrer legitimamente, vai estar de acordo com o “justo comum”. Em outras palavras, podemos afirmar que a idéia de justiça, por ser arbitrária e convencional e, portanto inerente a cada sociedade, está diretamente ligada ao reconhecimento daqueles que se submetem a ela (CANOTILHO, 1997:1123-1126).

Assim sendo, vale lembrar que, como pontuou Bourdieu, o texto jurídico para ser aplicado tem que ser interpretado. A interpretação, no entanto, não é fenômeno exclusivo do campo jurídico, mas neste campo a atividade interpretativa guarda suas peculiaridades. Como no texto religioso, filosófico ou literário, no texto jurídico estão em jogo lutas políticas, pois a leitura é uma forma de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial. O campo jurídico produz um saber que é marcado pela concorrência de inúmeras discussões a respeito de várias maneiras de se interpretar a mesma regra ou o mesmo instituto. No entanto, por mais que os juristas possam se opor a respeito de textos cujo sentido nunca se impõe de maneira absolutamente imperativa, eles permanecem inseridos num corpo fortemente integrado de instâncias hierarquizadas que está à altura de resolver os conflitos entre os intérpretes e as interpretações. A concorrência entre os intérpretes está limitada pelo fato de decisões judiciais só poderem distinguir-se de simples atos de força política na medida em que se apresentam como resultado de uma interpretação regulada, reconhecida. Como a Escola e a Igreja, a Justiça se organiza segundo uma estrita hierarquia, não só das instâncias judiciais e seus poderes, das suas decisões e das interpretações nas quais elas se apóiam, mas também das normas e das fontes que conferem autoridade a estas decisões (BOURDIEU, 1989:214).

As decisões judiciais são prolatadas num instrumento próprio que se chama processo e que tem regras específicas de andamento estabelecidas, no Brasil, por lei federal. Entre nós, o processo, ainda que nominalmente devido ao cidadão pelo Estado, volta-se à formação do convencimento do juiz. O processo judicial acaba por ter a finalidade de formar a convicção do juiz, representante do Estado, para que este possa decidir sobre o conflito em apreço. Assim, antes de representar um direito do cidadão, é um poder do Estado sobre o cidadão.

“A gente aprende que o princípio do livre convencimento se opõe a todas as provas que são trazidas ao conhecimento do juiz. Com base nessa apreciação o juiz pode formar o seu convencimento desde que ele seja capaz de justificar isso através de razões justificáveis. Existe toda uma discussão a respeito dessa motivação. Se argumenta judicialmente que o princípio do livre convencimento me remete a uma atuação realmente de liberdade de pensamento e de decisão. Em primeira análise é como se o juiz não tivesse em nenhum

momento atado a determinadas valorações de provas. Eu acho que o princípio do livre convencimento tem resquício de poder muito grande, por exemplo, eu posso (entre aspas) num processo em que há 10 (dez) testemunhas, se uma testemunha especificamente me tocou mais, o depoimento que me pareceu mais convincente em detrimento dos outros eu posso justificadamente dar mais valor àquele depoimento e eventualmente até condenar uma pessoa. Enfim a idéia é mais ou menos essa” (J 17).

Por outro lado, o processo é um dos deveres do Estado correspondentes ao direito de ação, decorrentes da garantia constitucional do acesso à justiça, que em nosso texto constitucional se encontra expressa no art. 5º, XXXV.²⁰

Assim, uma vez exercido o direito de ação por qualquer cidadão, o Estado deve a ele a instauração de um processo e uma decisão. Ambos os deveres decorrem do exercício de um direito fundamental, ligado à primeira geração dos direitos de cidadania, que são os direitos civis: o direito de acesso à justiça²¹.

Desta forma, o processo judicial deveria ser um procedimento estatal diretamente ligado à proteção dos direitos civis e materializar-se num conjunto coordenado de atos previstos em lei, que tem o objetivo de levar ao conhecimento do juiz, um conflito de interesses, para que este possa conhecê-lo e, aplicando a lei, fórmula genérica e abstrata, ao caso concreto a ele apresentado pela via do processo, possa formular uma norma jurídica particular e concreta para solucionar o conflito levado a juízo.

Em nosso sistema processual, o processo judicial é formado por três fases: a fase postulatória, na qual se concentram as alegações e os pedidos; a fase instrutória, na qual, em regra, se concentram os atos probatórios e a fase decisória, que é o momento da prolação da sentença. As duas primeiras fases do processo têm o objetivo de preparar a terceira. Em outras palavras, as fases postulatória e instrutória do processo existem para

²⁰ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: ART. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²¹ No Brasil, no entanto, o direito processual precede o texto constitucional e, muitas vezes, não é limitado por este. Bom exemplo é a disciplina da investigação e do inquérito policial que informa o processo penal, ferindo nitidamente várias garantias fundamentais.

que o juiz possa conhecer o litígio e formar sua convicção a respeito do que está sendo postulado com base na prova e, a partir desta avaliação, formular sua decisão.

Para conhecimento e apreciação do fato na atividade judicante e para a decisão do litígio existem normas dirigidas ao juiz que disciplinam sua atividade, dentre as quais está a que é objeto deste trabalho: o *princípio do livre convencimento motivado do juiz* na apreciação da prova, que determina que o juiz pode e deve apreciar livremente a prova do processo antes de decidir o conflito submetido à sua apreciação.

O *princípio do livre convencimento motivado do juiz*, segundo a lei e a doutrina, refere-se à possibilidade que o julgador tem de apreciar o conjunto de provas relativas aos fatos que servem como fundamento da pretensão deduzida em juízo, sem que haja valores predeterminados por lei para os meios de prova utilizados. Dito de outra forma, o princípio em questão permite ao julgador apreciar o conjunto probatório levado ao seu conhecimento e formar diante dele, livre de prévia valoração legal, um juízo a respeito dos fatos que fundamentam o pedido ou a resistência a ele.

Embora o sistema permita que o juiz valorize livremente o conjunto das provas de determinado processo para decidir, por outro lado, há a obrigatoriedade da fundamentação das decisões, para que o juiz explicita os motivos por que tomou a decisão, possibilitando à parte recorrer ou não.

A fundamentação da decisão judicial, em nosso sistema, é garantia constitucional expressa no art. 93, IX da Constituição da República de 1988²², uma vez que a exposição dos motivos que levaram o juiz a decidir de determinada maneira, também chamada de fundamentação da sentença, é a base da argumentação que possibilita ao cidadão que é parte num processo recorrer e obter um novo julgamento do mesmo pedido por outro órgão de jurisdição: o tribunal. Assim, o *princípio do livre convencimento motivado do juiz* é pressuposto da garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. É princípio norteador da atividade de julgamento no sistema processual brasileiro quanto à apreciação da prova tanto em matéria processual civil como em matéria processual penal e ainda em matéria trabalhista.

²²CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 ART. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

I.2 LEGISLAÇÃO

O princípio do livre convencimento motivado do juiz no ordenamento brasileiro encontra previsão implícita no dispositivo constitucional que determina que as decisões sejam fundamentadas.

A imposição aos juízes do dever de fundamentação das suas decisões tem o objetivo de garantir a possibilidade de recurso à outra instância de julgamento, isto é, a possibilidade de reapreciação do mesmo litígio por outros julgadores. O direito de recorrer das decisões judiciais é garantia constitucional, positivada na Constituição Brasileira de 88 pela previsão dos tribunais, isto é, no texto constitucional que prevê a existência dos tribunais estaduais e federais de recursos na estrutura do Poder Judiciário brasileiro está implícita a previsão do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional processual.²³

A decisão tomada deve ser fundamentada para que se torne explícito e público o percurso argumentativo que o juiz seguiu para formar o seu convencimento. Em outras palavras, é preciso que fique claro o que levou o juiz a chegar àquela decisão.

O *princípio do livre convencimento motivado do juiz* está explícito em sede legal ordinária para todas as áreas do processo judicial brasileiro. Está na disciplina do art. 131 do Código de Processo Civil e no art. 157 do Código de Processo Penal, assim como, previsto implicitamente, nos artigos 8º e parágrafo único e 769 da Consolidação das Leis do Trabalho,

Transcrevo os dispositivos tanto do Código de Processo Civil como do Código de Processo Penal, que explicitam o *princípio do livre convencimento motivado do juiz* nas diferentes matérias sobre as quais pode versar um processo judicial, e ainda os da legislação especial, como é o caso da Consolidação das Leis do Trabalho, que remetem ao direito comum, adotando assim o mesmo princípio ainda que implicitamente.

²³CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 - CAPÍTULO III - DO PODER JUDICIÁRIO - SEÇÃO I - DISPOSIÇÕES GERAIS - Art. 92 - São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A. O Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

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.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

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

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

ART. 8º – As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

PARÁGRAFO ÚNICO – O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Art. 769 – Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

Há outros dispositivos referentes à matéria probatória que corroboram adoção do princípio em tela pelo legislador brasileiro, mas ainda que assim não fosse, é nítida a eleição deste princípio para a apreciação da prova pelo legislador em qualquer matéria sobre a qual possa versar o processo.

I.3 DOCTRINA

A dogmática jurídica, também chamada de doutrina, é uma forma de construção do saber própria do campo jurídico que consiste em reunir e organizar de forma sistemática e racional comentários a respeito da legislação em vigor e da melhor forma de interpretá-la. A dogmática é um saber que produz as doutrinas jurídicas, através das quais o direito se reproduz. Tais doutrinas constituem o pensamento de pessoas autorizadas²⁴ a trabalhar academicamente determinados assuntos, interpretar os textos legais e emitir pareceres a respeito da forma mais adequada de interpretá-los e de aplicá-los. O saber jurídico não é científico, é dogmático (GEERTZ, 1998:249).

O saber jurídico construído pela doutrina é considerado pelo campo como puramente teórico, mas seria mais bem definido, a meu ver, como um saber abstrato e normativo, que tem a função de ensinar de forma normalizada e formalizada as regras que estão em vigor.

Vale esclarecer que a visão da doutrina não é uma teoria a qual estão subordinadas as práticas judiciárias. A doutrina jurídica é um discurso autorizado sobre a lei e suas possíveis interpretações e aplicações jurisprudenciais. É um discurso normativo, ideal-típico, uma vez que está dizendo como a realidade deve ser e não como a realidade é. É saber que não se debruça sobre a realidade empírica, com a finalidade de explicá-la ou compreendê-la, como faz o saber científico. Antes, tem a finalidade de interpretar a lei, recomendando a melhor forma de aplicação.

A doutrina e a legislação estão dirigidas ao mundo do dever-ser: o mundo empírico está num outro plano e não lhes interessa. Na produção de doutrina jurídica, a observação empírica está descartada. Por ser um saber normativo e existir com a finalidade de dizer como a realidade deve ser, não tem base empírica e é comum que os juristas concluam, diante da realidade distinta da norma, que a realidade está errada, pois ela não deveria ser assim.

Um conflito juridicamente traduzido sofre uma espécie de pasteurização e é adaptado à linguagem jurídica de tal maneira que o campo jurídico possa decodificá-lo e aplicar a ele as regras jurídicas pertinentes. Evidentemente, as regras jurídicas, como quaisquer regras definidas socialmente, dizem respeito a um determinado tempo e a um

²⁴ Bourdieu (1996), em seu *Economia das Trocas Lingüísticas*, constrói a figura do porta-voz que é a pessoa que, por ser consagrada pelo campo, está autorizada por ele a falar em seu nome. Ainda que haja dissenso no campo sobre determinado assunto, o porta-voz é consenso.

determinado lugar. No entanto, o campo jurídico tende a tomar as regras jurídicas vigentes num determinado momento histórico e numa determinada época como regras universais (no sentido cósmico), absolutas e atemporais.

Segundo Bourdieu, “o campo jurídico tende a apreender como uma experiência universal de um sujeito transcendental a visão comum de uma comunidade histórica. Pretende-se tomá-lo como uma razão universal que nada tem a ver com as condições sociais em que se manifesta. A linguagem jurídica revela este efeito por uma operação que combina os elementos de uma linguagem comum a outros estranhos aos seus sistemas e formula uma retórica de impessoalidade, de neutralidade e de universalização. A retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade é a expressão de todo o funcionamento do campo jurídico e, especialmente do trabalho de racionalização a que o sistema de normas jurídicas está continuamente sujeito, desde há séculos” (BORDIEU, 1989:215).

Kant de Lima chama a atenção para o fato de a experiência antropológica ensinar que o direito é parte do controle social que reprime, mas, também, pedagogicamente produz uma ordem social definida, embora conflituosa. O direito é ensinado em faculdades, que usam tratados didático-sistemáticos em que se inscreve seu saber e formam profissionais que praticarão atividades classificadas de jurídicas, em lugares também determinados e específicos, como tribunais e cartórios. Os profissionais de direito estabelecem uma teia de relações entre si e com os grupos que os circundam (KANT DE LIMA, 1998: pp. 249-356).

No entanto, a doutrina brasileira se baseia quase exclusivamente em literatura estrangeira, sem levar em conta que os doutrinadores estrangeiros estão tratando do ordenamento jurídico vigente em seus próprios países, com institutos, legislações e, muitas vezes, tradições jurídicas que guardam apreciável distinção do direito brasileiro.

No trecho doutrinário apresentado a seguir, a expressão “Ciência do Direito” aparece, como em tantas vezes acontece na doutrina, significando o estudo do ordenamento e das doutrinas construídas por juristas. Não tem o sentido de ciência que tem o direito, como prática social, como objeto de estudo. Há, portanto, um uso no mínimo ambíguo do termo ciência, tendo em vista que a “Ciência do Direito” designa aqui a forma de construção de saber que não tem nada em comum com a forma de construir saber das ciências sociais. Trata-se de um saber normativo e doutrinário.²⁵

²⁵ Neste sentido ver Geertz (GEERTZ, 1998:249-356).

A forma de construção do saber das ditas ciências da natureza, assim como das ciências sociais, em muito se distingue do saber jurídico, tendo em vista que as ciências naturais, assim como as ciências sociais, têm um propósito compreensivo e explicativo dos fenômenos sociais e o direito um propósito normativo. Desta forma, a comparação analógica feita entre os dois campos de saber — o do saber científico e o do saber doutrinário — aponta para uma naturalização do direito e das suas doutrinas, muito comum na doutrina jurídica brasileira.

Ovídio Baptista da Silva, doutrinador de processo civil, afirma que o direito probatório constitui sem dúvida um capítulo especial do processo civil, regido por princípios e regras particulares que lhe dão o caráter de um verdadeiro sistema. Estes princípios, que presidem o direito probatório, como sucedem com os demais princípios que regem os outros domínios da ciência do Direito, segundo o autor, não podem ser confundidos, no entanto, com os princípios que presidem as chamadas ciências da natureza. Um princípio físico, diz o autor, como por exemplo, o da gravitação universal, ou qualquer outro, constitui uma regra inexorável a que os fenômenos da natureza se submetem necessariamente. Quando se fala, no domínio do Direito, em princípios fundamentais, faz-se alusão a princípios norteadores da compreensão do fenômeno jurídico, como simples instrumentos de referência para a solução de um problema jurídico qualquer. O autor explica que os princípios fundamentais aos quais fará breve referência são denominados por DEVIS ECHANDIA²⁶ in *Teoria general de prueba judicial*²⁷, de 1974, *principios retores (sic)*, para a construção de uma teoria geral da prova (SILVA, 1996:289).

²⁶ Hernando Devis Echandía, advogado colombiano, nascido em Bogotá (1916) e morto na mesma cidade em 2001, é um dos pais do direito processual em nível mundial. Conhecido como um bem-sucedido advogado, escreveu muitos livros de direito penal. Informação retirada de Wikipedia, la enciclopedia libre (http://es.wikipedia.org/wiki/Hernando_Devis_Echand). Consulta realizada em 01/2008.

²⁷ Encontrei a referência completa de outra edição da mesma obra nos arquivos da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que transcrevo a seguir: ECHANDÍA. Hernando Devis *Teoria General de La Prueba Judicial*, 5 ed. Buenos Aires: Zavalia, 1981.

O autor deixa a impressão de que os princípios precedem aos fenômenos naturais e não o inverso. De tal maneira que ele confunde a forma de construção do saber científico com a forma de construção do saber jurídico. Os fenômenos da natureza não se submetem a princípios. Os princípios é que os explicam. Por outro lado, os princípios, nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, são idéias normativas fundamentais que servem de alicerce para a construção do ordenamento jurídico, tendo em vista que este é um conjunto de hipóteses abstratas que deveriam guardar entre si uma coerência lógica. Os princípios jurídicos não são idéias compreensivas do fenômeno jurídico. São idéias normativas.²⁸

Desde logo, cumpre frisar novamente que chama a atenção, de modo especial, o fato de toda a literatura doutrinária fazer referência quase que exclusivamente à literatura jurídica estrangeira, mais especificamente à literatura italiana e à francesa. Este traço é comum a toda a doutrina descrita, tanto a de processo civil como a de processo penal. Autores tradicionais de nossa doutrina jurídica de processo tais como João Mendes de Almeida Júnior ou Pontes de Miranda são raramente mencionados como referência. Rara também é, na doutrina, a menção à jurisprudência, quer nacional quer estrangeira.

Geertz lembra que o saber jurídico, em qualquer lugar do mundo, e em qualquer época, é apenas parte de uma forma específica de imaginar a realidade. Essas formas têm de ser confrontadas para que se obtenha consciência ampla de outras maneiras de sensibilidade jurídica, buscando-se a relativização de suas manifestações . (1998, pp. 249-356).

Por esta razão tomo o discurso doutrinário como interlocutor, assim como fiz com os julgadores que entrevistei e esclareço que há, em cada discurso analisado, uma forma peculiar de representar o *princípio do livre convencimento motivado do juiz*.

A referência à doutrina estrangeira é nitidamente valorativa, uma vez que ela se refere a realidades sociais como a dos EUA e a da França, sociedades que já resolveram questões importantes de cidadania e relativas aos direitos fundamentais. Ao evocar a doutrina estrangeira, os juristas brasileiros estão dizendo, ainda que de modo indireto, que se o modelo jurídico por eles tratados de forma abstrata funciona naqueles países e não funciona aqui, isto se deve ao fato de nossa realidade ser “mais atrasada”. Assim sendo, se o modelo funciona nos países estrangeiros e não funciona aqui, a falha não é

²⁸ Sobre os ordenamentos de tradição romano-germânica, ver Garapon e Papadoulos, 2003.

do modelo, mas da sociedade brasileira. Trata-se de uma alusão pejorativa aos brasileiros, pois sugere que o modelo está certo, mas não funciona por causa das deficiências de nossa sociedade.

As recorrentes referências à doutrina estrangeira, conforme adiante fica demonstrado neste texto, apontando cada citação alienígena, evidencia que a doutrina jurídica brasileira tende a comparar institutos jurídicos por aproximação ou semelhança de maneira literal e descontextualizada, sem mencionar as particularidades e diferenças próprias dos sistemas jurídicos nos quais estão inseridos. O método usado pela doutrina em nada se aproxima do método comparativo por contaste usado atualmente na antropologia contemporânea²⁹.

Este transplante fica ainda mais evidenciado quando confrontamos o discurso da doutrina com os discursos dos atores do campo. No caso de saberes como o Direito e a Antropologia, que lidam com manifestações culturais locais, ainda que regionais ou nacionais, ao se abandonar o enfoque das diferenças presentes em cada formação histórico-cultural específica, deixa-se de conhecer as particularidades do objeto estudado como meio eficaz de compreensão das especificidades presentes no contexto cultural, em que fatos e instituições atualizam sua existência particular. Deste modo, a inflexão emprestada por alguns autores ao método comparado, na atualidade, enfatiza que a comparação oferece procedimentos relevantes para, por meio dela, melhor conhecer as especificidades – ou as diferenças – que caracterizam as realidades locais, regionais e nacionais estudadas (GEERTZ, 1998). Torna-se, então, o método comparado, tanto um procedimento relevante para conhecer as particularidades de fatos e de instituições dentro dos sistemas e de culturas investigadas como apresenta reconhecida eficácia na apreciação de peculiaridades próprias às instituições jurídicas brasileiras, quando comparadas às de outros países (AMORIM, KANT DE LIMA e MENDES, 2005).

No interior do campo jurídico, há uma lógica própria de produção de saber que aponta para um antagonismo entre aquilo que o campo considera um saber teórico, que se resume à pura construção doutrinária, e as posições das práticas limitadas às aplicações concretas. A doutrina é marcadamente universalista, entendida como puramente racional, enquanto que, na prática, é orientada pela

²⁹ Esta modalidade de transposição de institutos estrangeiros para o direito brasileiro está discutida em (AMORIM, KANT DE LIMA, MENDES; 2005:11-38).

necessidade de aplicar a regra universal ao caso concreto, o que ocorre recorrentemente de maneira particularizada³⁰, nem sempre racional.

Sendo o direito um saber local, tal qual a religião e as artes, se transforma, portanto, no tempo e no espaço. Assim sendo, a observação do fato – objeto – também se modifica.

Segundo Geertz, o sistema jurídico vai buscar descrever o mundo e seus acontecimentos nos seus próprios termos, e essa técnica usada sintetiza o esforço para que a representação dos fatos seja adequada, correspondente à realidade, à sua realidade. A verdade construída no processo é a verdade do processo. E assim, a questão fundamental é explicitada: como proceder a essa representação dos fatos? A forma pela qual o sistema jurídico vai traduzir os fatos imaginados em uma decisão vai representar o sentido de justiça próprio a determinado sistema. Da mesma forma, a maneira pela qual o processo judicial é representado pelo próprio campo vai traduzir a representação social sobre o processo, sua função, sua finalidade, sua titularidade e sobre o conflito de que um processo trata (GEERTZ, 1998:249).

A constituição de uma esfera propriamente jurídica, mestria técnica de um saber científico freqüentemente antinômico das simples recomendações do senso comum, leva à desqualificação do sentido de equidade dos não especialistas e à revogação da sua construção espontânea dos fatos, da sua “visão do caso”. O desvio entre a visão do jurisdicionado e do agente do campo é constitutiva de uma relação de poder, que fundamenta dois sistemas de pressupostos, duas visões de mundo, que se traduz, sobremaneira, em matéria de linguagem. Além desta separação e inacessibilidade de saber constitutivas do campo, a consagração no interior deste campo de conhecimento exige uma concorrência pela legitimidade que, por sua vez, destaca os que alcançam o reconhecimento intelectual dos demais. Distingue os “donos do saber” dos comuns (BOURDIEU, 1987).

Todavia, a tendência do campo jurídico brasileiro é construir o seu saber de forma descontextualizada e tornar ocultas e implícitas as representações sociais que informam as práticas jurídicas. Por esta razão, tais categorias passam a ser naturalizadas e mecanicamente reproduzidas sem reflexão consciente e sem explicitação. Não aparecem sequer para os operadores do campo de forma explícita, de maneira que eles mesmos naturalizam suas práticas e não sabem explicá-las, na maior parte das vezes, a

³⁰ Poder-se-ia dizer que a racionalidade universalista não guarda coerência com a aplicação prática que lhe é concedida.

não ser por um discurso justificador, que não leva à compreensão das normas reguladoras do sistema nem à conseqüente normalização da sociedade, ou seja, dos jurisdicionados. Deste modo, a adesão social às normas postas não ocorre por consentimento, mas sim, ao contrário, por imposição pela força. Compreende-se assim o reforço da autoridade que enuncia a norma, do argumento de autoridade e das medidas arbitrárias e repressivas no campo.

O campo jurídico tem suas particularidades tanto no que se refere à concepção de si mesmo como no que se refere às suas operações e no método usado para elas. O direito pretende uma independência do contexto social onde está inserido. Busca ser um sistema independente, fundado em si mesmo e que se autofundamenta. No entanto, perde de vista que esta independência absoluta do direito comprometeria o próprio caráter republicano, uma vez que este pressupõe a supremacia de um texto constitucional que seja resultado da manifestação de vontade do povo que a ela voluntariamente adere. A constituição é o que representa, assim, a articulação entre o sistema jurídico e o sistema político.

O princípio do livre convencimento motivado do juiz lhe atribui uma posição enunciativa privilegiada no campo, uma vez que ele tem o papel de intérprete autorizado da lei.

Doutrinariamente, aqui e em outras sociedades ocidentais, o princípio objeto desta tese informa a atividade do julgador no momento dedicado à apreciação da prova. A regra determina que o julgador deve apreciar a prova produzida num determinado processo judicial livremente para formar sua convicção acerca da verossimilhança dos fatos alegados para decidir se e como os fatos ocorreram ou não. A partir daí, o juiz deve sentenciar segundo a prescrição legal.

Vicente Greco Filho coloca o sistema da persuasão racional como garantia constitucional do processo positivada na Constituição da República de 88, no art. 93, IX³¹, que impõe a obrigatoriedade da fundamentação das decisões. Afirma que a

³¹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988: ART. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

apreciação da prova pelo sistema da persuasão racional³² consiste na possibilidade de o juiz apreciar livremente a prova, fundamentando a decisão, porém, exclusivamente em material constante dos autos. Por outro lado, toda a sentença conterá um relatório do ocorrido no processo e uma fundamentação, dos quais deve logicamente decorrer a parte dispositiva ou conclusão (GRECO FILHO, 1996:1 v 51).

Segundo o mesmo autor, o sistema de persuasão racional é evidente garantia de correta distribuição de justiça e completa o conjunto de garantias constitucionais do processo, porque ficariam todas as demais enfraquecidas ou inócuas, se pudesse o juiz decidir sem fundamentação (GRECO FILHO, 1996:1 v 51).

A idéia do livre convencimento surge, segundo a doutrina jurídica brasileira, em oposição ao *sistema da prova tarifada*, no qual o julgador, por determinação legal, deve atribuir diferentes valores aos diferentes meios de prova, de tal forma que ao testemunho deveria ser atribuído valor diferente da perícia, diferente ainda da confissão e assim por diante.

A doutrina trata do *princípio do livre convencimento* tanto nos manuais de Processo Civil como nos manuais de Processo Penal e ainda nos manuais de processo trabalhista, uma vez que o princípio é norteador da atividade decisória em todas as vertentes do processo judicial brasileiro.

Segue-se a descrição da visão doutrinária da matéria para situar o tema segundo faz a dogmática jurídica, tomando como interlocutores autores de processo civil e autores de processo penal. O tratamento da matéria é muito parecido na doutrina relativa a todas as áreas do processo e chama a atenção o número de vezes que José Frederico Marques, em seu "*Elementos de Direito Processual Penal*", recorre à doutrina de processo civil para tratar do assunto em tela.

Para a descrição da doutrina de Processo Penal a respeito do assunto selecionei o manual "*Elementos de Direito Processual Penal*", do Prof. José Frederico Marques.

José Frederico Marques (1913-1993) é reconhecido pelo campo como um dos maiores juristas brasileiros do século XX. Notabilizou-se, sobretudo, como processualista, foi livre-docente de Direito Judiciário Penal da Faculdade de Direito da

³² Vale esclarecer que sistema da *persuasão racional* é expressão sinônima ao princípio do livre convencimento motivado do juiz. Este sistema permite que o juiz avalie todas as provas do processo livremente e não impõe aos meios de prova valoração predeterminada. É um sistema de avaliação de prova que se opõe ao sistema da prova tarifada, que impõe valores diferentes aos diferentes meios de prova, exigindo do juiz uma operação matemática na apreciação da prova. O sistema da prova tarifada será examinado adiante.

Universidade de São Paulo e catedrático de Direito Judiciário Civil da Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi integrante da “Escola Paulista de Processo Civil” ou, simplesmente, “Escola Processual de São Paulo”, fundada por Enrico Tullio Liebman³³, ao lado de Alfredo Buzaid, Moacyr Amaral Santos, Bruno Afonso de André, Luís Eulálio de Bueno Vidigal, Benvindo Aires e Celso Neves, além de outros (FRANCIULLI, 1993).

Frederico Marques foi jurista, advogado, juiz, professor, conferencista e autor de vasta obra de doutrina jurídica. Os livros *Instituições de Direito Processual Civil* e *Elementos de Direito Processual Penal* tiveram especial difusão no campo do direito brasileiro, uma vez que após a elaboração dos novos códigos de processo (civil e penal), ocorrida no século XX, foram dele as obras de fôlego para a sua sistematização.

Ambas as obras foram consagradas, e o autor fincava, assim, marcas indelévels na história de ambos os ramos principais do direito processual brasileiro. As *Instituições*, como os *Elementos*, ensinaram direito processual a um número incalculável de advogados, juízes, estudantes universitários; como também o ensinaram a número não desprezível de professores de ambas as disciplinas (MOREIRA, 1984:226, 227).

É importante frisar que o manual de processo penal de José Frederico Marques é editado e reeditado no país há quase 50 anos, dado que demonstra por si só o amplo alcance da obra na reprodução da cultura jurídica brasileira. Há nada mais do que meio século, Frederico Marques é lido e relido por estudantes de direito de todo o país e por bacharéis e advogados que se habilitam a concursos públicos na área jurídica.

A primeira edição de *Elementos de direito processual penal* data de 1960, pela Editora Forense, e as edições seguintes foram de 1961, 1962; 1965; 1976, conforme informação dos arquivos da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo³⁴.

Frederico Marques aparece, assim, no campo da doutrina de jurídica como um reconhecido porta-voz³⁵ de saberes relativos ao processo judicial brasileiro. Segundo Bourdieu, um porta-voz é um ator consagrado pelo campo e, por ele, autorizado a falar

³³ O Professor Liebman lecionou a disciplina “Direito Processual Civil”, em nível de pós-graduação, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na primeira metade do decênio de 1940.

³⁴ As informações sobre as publicações da obra de Frederico Marques foram encontradas em consulta ao site da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. (<http://dedalus.usp.br:4500/ALEPH/por/FDI/FDI/FD/start>). Consulta feita em 3/10/2007.

³⁵ Sobre a figura do porta-voz, ver: BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas lingüísticas*. São Paulo: Edusp, 1996.

em seu nome, características indubitavelmente atribuídas a Frederico Marques como um porta-voz do campo jurídico brasileiro em matéria de direito processual. Por mais que haja divergências entre processualistas a respeito das posições do autor, não há qualquer divergência a respeito de que sua obra é referência doutrinária obrigatória, em matéria de processo. Este reconhecimento demonstra inegavelmente que o campo jurídico brasileiro autorizou Frederico Marques a exercer o papel de seu porta-voz nesta matéria.

Outro fato que merece menção é o de que uma reedição de sua obra foi feita em 1997, quatro anos depois de sua morte. Para tanto, foi necessária a revisão e adaptação do texto da obra ao texto da Constituição da República de 1988, bem como às reformas da legislação processual que foram implementadas ao longo do tempo, uma vez que a doutrina do autor é anterior a elas.

Para a descrição da doutrina de Processo Civil, foi selecionado o manual do Professor Ovídio Baptista da Silva, advogado diplomado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). É doutor em direito e livre-docente em Direito Processual Civil pela mesma Universidade e professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UFRGS, tendo se aposentado no ano de 1998. Professor dos cursos de pós-graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), nos cursos de Mestrado e Doutorado, recebeu o título de Professor Insigne conferido pelo Instituto de Advogados do Rio Grande do Sul.

O manual do doutrinador foi publicado pela primeira vez em 1987, com o nome de Direito Processual Civil, e vem sendo reeditado até hoje. Encontrei referência na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo de edições de 1987, 1990, 1995, 2000 e 2001 e 2003.

A seleção de Ovídio Baptista da Silva como interlocutor doutrinário em matéria de processo civil baseou-se, em primeiro lugar, no fato de que há, a meu ver, no trabalho de exposição deste professor, um esforço de apresentar os princípios inerentes ao processo de forma sistemática, esforço que não é comum nos manuais e que coloca em evidência o *princípio do livre convencimento motivado do juiz* frente aos outros princípios processuais e à própria mecânica da atividade cognitiva processual.

Em segundo lugar, sendo Ovídio Baptista da Silva um autor contemporâneo, sua doutrina já considera o texto constitucional de 1988 e a ênfase que a sistemática constitucional dá à visão sistêmica do ordenamento e ao papel organizador dos princípios nesta mesma sistemática.

Não é finalidade deste trabalho fazer uma revisão exaustiva da doutrina processual, nem mesmo a respeito do *princípio do livre convencimento motivado do juiz*, e sim reler e descrever o modo como a doutrina jurídica brasileira trata deste princípio. O objetivo desta revisão é situar o princípio, objeto de meus estudos, na sistemática processual, para situá-lo em contextos processuais civis, penais e trabalhistas.

Em alguns poucos momentos, outras fontes doutrinárias são apresentadas para serem confrontadas com noções e idéias expressas por Ovídio Baptista da Silva. Utilizei as doutrinas de três autores que tratam do assunto de forma clara, precisa e bastante completa e por serem manuais amplamente adotados em nossas faculdades de direito. São elas as doutrinas de Vicente Greco Filho, em seu *Direito Processual Civil Brasileiro*, assim como a de Ernani Fidélis dos Santos, *Manual de Direito Processual Civil, O Processo de Conhecimento*, vol. I e o tradicional *Primeiras Linhas do Direito Processual Civil*, de Moacyr Amaral dos Santos³⁶. A primeira edição do manual de Moacyr Amaral dos Santos foi editada em 1971, seguindo-se outras edições em 1980, 1990, 1998, 1999, 2000, 2003.

Para descrever o tratamento da doutrina de processo penal selecionei a obra de Frederico Marques, já citada.

O manual de direito processual civil de Vicente Greco Filho é obra de amplo alcance, tendo sido editado pela primeira vez pela Editora Saraiva em 1981, e praticamente uma vez por ano nos 20 anos subseqüentes. As edições seguintes têm as seguintes datas: 1984, 1985, 1987, 1988, 1989, 1990, 1993, 1994, 1995, 1996, 2000, 2003.

A primeira edição do manual de Vicente Greco Filho é de 1981, e muitas foram as edições posteriores. Os dados expostos a seguir pretendem demonstrar o alcance da obra do autor, uma vez que esta vem sendo reeditada quase que anualmente desde 1981. Estes dados foram colhidos nos arquivos da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde o professor Vicente Greco Filho é professor de Direito Penal.

Entretanto, não se pretende desprezar a circunstância de que estes discursos doutrinários analisados, tanto o de Frederico Marques como o de Ovídio Baptista da Silva, estão fortemente ancorados nas literaturas jurídicas estrangeiras, especialmente na

³⁶ Os dados apresentados a seguir dizem respeito ao manual do Professor Moacyr Amaral dos Santos, utilizado até hoje nos cursos de graduação em direito para as aulas iniciais de Direito Processual Civil.

doutrina italiana, o que os afasta da percepção das peculiaridades do contexto jurídico e social brasileiro e da sensibilidade jurídica nacional.

Usualmente, a tradição doutrinária expressa nestes autores – e também em outros – parte do ponto de vista de que institutos de culturas jurídicas estrangeiras seriam semelhantes aos que passam a conceber no ordenamento jurídico brasileiro. De há muito a comparação por semelhanças, como método, está superada, embora tivesse papel proeminente nas ciências do século XIX. No século XX, entretanto, como já mencionei, a comparação por contrastes torna-se mais vantajosa porque assegura as diferenças dos institutos jurídicos em suas culturas originais. Nesta concepção, é que a comparação está posta neste trabalho, pois ao contrastar é possível ter percepção mais autêntica da cultura jurídica brasileira.

A comparação por semelhanças é presa a concepções evolucionistas ultrapassadas, quando procura semelhanças entre as instituições da antiguidade com as atuais, considerando serem os institutos de épocas e de formações histórico-culturais muito distanciadas, unilinearmente vinculados, na maioria das vezes, por fictícia descendência. De há muito a busca das “origens” foi abandonada, tanto pela ciência natural como pela ciência social, em face do alto preço do investimento material e humano desta busca e das incertezas quanto aos resultados dela obtidos. Deste modo, torna-se duvidosa a intenção de compreender e de explicar as realidades sociais presentes, pelo passado, como se elas mantivessem continuidade. Isso não quer dizer que não se encontrem traços do passado em instituições do presente, especialmente se estão inseridos na mesma formação histórico-cultural, mas esses traços não podem ser analisados como meras “sobrevivências” do passado, pois são dotados de significados contextuais e temporais distintos (AMORIM, KANT DE LIMA e MENDES, 2005).

Ao apresentar o *princípio do livre convencimento motivado do juiz*³⁷ a doutrina de Ovídio Baptista da Silva diz que na verdade, o próprio princípio da oralidade, que é dado como básico e determinante dos demais princípios processuais, só tem sentido, no direito moderno³⁸, se for instrumento para colocar o juiz em condição de avaliar livremente a prova que oralmente recebe, tirando dela, sem limitações técnicas, o

³⁷ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ART. 157 - O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 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.

³⁸ O autor não esclarece o significado da expressão direito moderno, assim como também não especifica a que sistema jurídico está se referindo.

próprio convencimento. A oralidade, em seu sentido contemporâneo, portanto, segundo o doutrinador, pressupõe, além dos outros, a faculdade reconhecida ao julgador de livre e ampla apreciação da prova, sem as peias que o ordenamento processual lhe possa criar por meio de princípios limitadores de sua ampla investigação e convencimento. Em suma, diz o autor, não pode haver autêntica oralidade onde persistam as arcaicas limitações impostas pelo princípio da prova tarifada, do qual decorre, em última análise, um convencimento não livre, mas imposto pela própria lei a que o julgador deve obediência (SILVA, 1996:54).

O princípio de prova tarifada é visto pela doutrina como limitador da formação da convicção livre do juiz, tal como fica claro no trecho acima exposto. No entanto, na maior parte da doutrina, os sistemas de prova do direito feudal e do direito moderno aparecem como se ambos tivessem o objetivo de reconstruir a verdade dos fatos.

Vale enfatizar ainda que não foi encontrada na maior parte da doutrina brasileira, até o presente momento, referência que mencione em que momento histórico o sistema brasileiro, ou qualquer outro sistema processual ocidental, tenha adotado o princípio da prova tarifada. A doutrina refere-se ao sistema, explicando sua mecânica, sem mencionar, todavia, quando e onde foi adotado. Explica, na maior parte dos casos, que, no sistema da prova tarifada, a lei atribui valor pré-fixado a cada um dos meios de prova e, deixa impressão, que o sistema é aplicado para reconstituir a “verdade dos fatos”.

Encontrei, entretanto, em texto de Moacyr Amaral dos Santos, um exemplo raro na doutrina brasileira que não confunde a construção de verdade jurídica no sistema do direito feudal com o sistema de construção de verdade jurídica no sistema de inquérito. O direito feudal não pretendia a reconstrução dos fatos, enquanto o sistema de inquérito busca a “verdade dos fatos”, a exemplo da reconstituição de fatos pretéritos pelo testemunho.

Moacyr Amaral dos Santos afirma em sua doutrina que o sistema de provas legais remonta às *ordálias*, ou *juízos de Deus*, dos mais remotos tempos. Explica que a *ordália* consistia em submeter alguém a uma prova, na esperança de que Deus não o deixaria sair com vida, ou sem um sinal evidente, se não dissesse a verdade³⁹. Daí as *ordálias* denominarem-se, também, *juízos de Deus*. Das ordálias se serviram, segundo o

³⁹ Parece-me que é aqui que a confusão começa, pois não fica claro que as ordálias e juízos de Deus não pretendem a descoberta da verdade dos fatos, mas o estabelecimento da verdade diante de Deus. O juramento, por exemplo, é o estabelecimento da verdade diante de Deus, pois jurar em falso seria auto-acusar-se, uma vez que todas as maldições recairiam sobre quem prestou julgamento, inclusive a condenação a penas na vida eterna, isto é, o inferno.

autor, hebreus, gregos, hindus. Mas foram os povos europeus, sob o domínio germânico-barbárico, na Idade Média, que fizeram prosperar e multiplicar-se esse gênero de provas. Com as *ordálias* conviveu outro sistema de prova de caráter nitidamente religioso — o juramento, praticado por egípcios e hindus, gregos e romanos, e que se difundiu na Idade Média, apesar da geral reprovação da Igreja⁴⁰. Como corretivo ao abuso dos juramentos falsos, surgiu e se implantou, nessa época, a instituição dos *conspurgadores* — *juratores*, *conjuratores* — e que consistia no juramento de outras pessoas em abono da pessoa que prestava o juramento (SANTOS, 1995, vol. II:379).

O mesmo autor continua afirmando o seguinte: “No século X generalizou-se o *duelo*, ou *combate judiciário*, a mais usada e apreciada das ordálias, indispensável para a solução de quase todos os litígios. Desenvolveu-se de tal sorte a prova *per pugnam* que até mesmo as testemunhas — *conjuratores* — de uma e outra parte combatiam entre si. O autor afirma que nesse sistema de provas, a função do juiz consistia em assistir o experimento probatório declarando o seu resultado”⁴¹ (SANTOS, 1995, vol. II:380).

Moacyr Amaral dos Santos afirma que sob a influência do direito canônico, e dos estudos de direito romano, a partir do século XI, foram abolidas as ordálias, e a contar do século XIV, condenado o duelo, restauraram-se os meios romanos de prova, documentos e testemunhas, especialmente estas. Mas as provas tinham um valor pré-fixado em lei. Cada prova tinha valor inalterável e constante, previsto em lei, e, por isso, ao juiz não era lícito apreciá-la senão na conformidade da eficácia que a lei lhe atribuía. O autor afirma que este é o sistema das provas legais ou positivas, também conhecido como sistema positivo (SANTOS, 1995, vol. II:380).

Moacyr Amaral dos Santos afirma ainda que no sistema das provas tarifadas “as regras legais estabelecem os casos em que o juiz deve considerar provado, ou não, um fato; em que atribui, ou não, valor a uma testemunha: quando há prova plena ou semiplena; quantas provas semiplenas formam uma prova plena, excluindo de todo ao juiz o poder de deliberar segundo a convicção que as provas lhe transmitam”. Dá-se, segundo o autor, neste sistema, aquilo que “os doutrinadores chamam de *tarifamento de provas*, uma vez que cada prova tem como que tabelado o seu valor, do qual não há

⁴⁰ Ver a respeito da influência de culturas de povos da antiguidade o texto de Luciano de Oliveira denominado “Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sóciojurídica na pós-graduação em direito”. pp. 137-167 (OLIVEIRA, 2004).

⁴¹ Segundo Foucault, como veremos a seguir, o juiz, neste sistema, funciona como garantidor das regras do jogo (FOUCAULT, 2003:62).

como fugir, tornando-se assim o juiz órgão passivo, incumbido apenas, verificado o valor atribuído pela lei a cada prova, de reconhecê-lo na sentença, sem que lhe caiba apreciar a prova na conformidade da eficácia que tem na formação de sua convicção. Afirma, ainda, que eram máximas do sistema, entre outras *várias, as seguintes: testis unus, testis nulus; testibus duobus fide dignis credendum*⁴²” (SANTOS, 1995, vol. II:380).

Para finalizar o tratamento da matéria referente ao sistema da prova tarifada, Moacyr Amaral dos Santos afirma que a instrução probatória, neste sistema, se destinava a produzir a certeza legal. E continua: “o juiz não passava de um mero computador, preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas, impedido de observar positivamente os fatos e constrangido a dizer a verdade conforme ordenava a lei que o fosse”. O autor conclui o tratamento da matéria dizendo que “no depoimento de uma só testemunha, por mais idônea e verdadeira, haveria apenas prova semiplena, enquanto que no de duas testemunhas, concordes e legalmente idôneas, ainda que absurdos os fatos narrados, resultaria prova plena, e, pois, certeza legal”. (SANTOS, 1995, Vol. II: 380).

No entanto, nos estudos de Foucault sobre os diferentes sistemas de prova, fica demonstrado que o sistema da prova tarifada é próprio do sistema de inquérito adotado pelo Tribunal do Santo Ofício da Inquisição. Consistia em um sistema de avaliação de provas no qual cada meio de prova teria seu valor pré-fixado nos regimentos do Tribunal Santo Ofício. Assim, como diz o texto acima, se houvesse duas testemunhas haveria prova plena, por mais inverossímeis que fossem os depoimentos, enquanto que o depoimento de uma única testemunha seria sempre prova semiplena, por mais verossímil e em sintonia que estivesse com o resto do quadro probatório (FOUCAULT, 2003:55).

Vale chamar a atenção para o fato de que o valor da prova, no sistema que a doutrina chama de sistema de prova tarifada, não estava propriamente previsto em lei, no sentido que damos a esta expressão atualmente: produto da atividade do Poder Legislativo, legítimo e democraticamente eleito, tendo em vista que não havia Poder Legislativo legitimamente eleito naquela época, nem mesmo a unificação dos estados nacionais havia ocorrido, além de Portugal e Espanha. A doutrina jurídica brasileira, no

⁴² Tradução: uma testemunha, testemunho nulo; duas testemunhas, credibilidade fidedigna.

entanto, não esclarece em que contexto foi adotado este método de apreciação da prova e muitas vezes o confunde com os sistemas de prova adotados pelo direito medieval.

Retomando a doutrina de Ovídio Baptista da Silva, o autor cita CAPPELLETTI⁴³, renomado processualista italiano, dizendo que este mostra que o sentido contemporâneo do princípio da oralidade exige o abandono de todas as limitações impostas à admissão e avaliação da prova testemunhal e à concomitante ampliação da faculdade de utilização, pelo juiz, da prova indiciária (SILVA, 1996:54).

Diz ainda que as próprias normas disciplinadoras do ônus da prova que, em última análise, são regras de verdade formal, limitadoras do livre convencimento, não de ser consideradas como restrições ao princípio da oralidade, enquanto restritivas do livre convencimento que com a oralidade se busca. Fica claro, portanto, que o objetivo de todo o sistema de princípios processuais contemporâneos, segundo o autor, é proporcionar ao julgador a formação de um convencimento livre a respeito do litígio a ele apresentado, a partir do imediato contato com as partes e da livre apreciação das provas (SILVA, 1996:54).

Neste particular, mais uma vez é nítido o descompasso entre o discurso da doutrina e o dos operadores, além de chamar a atenção o desencontro existente do discurso dos atores que, em alguns casos, parecem estar inseridos em sistemas diferentes. Como se vê no discurso transcrito a seguir, a representação do *princípio do livre convencimento* ali expressa aproxima-se muito da descrição que Frederico Marques faz do *princípio da íntima convicção*⁴⁴, que é um método de avaliação probatória que não obriga o julgador a publicar as razões que o levaram a decidir, nem a demonstrar a racionalidade do percurso de formação de convencimento. Hoje, no nosso ordenamento jurídico, este método de avaliação probatória ainda é utilizado no julgamento pelos jurados no Tribunal do Júri.

O trecho transcrito a seguir demonstra uma representação do princípio em análise que o aproxima do processo decisório da íntima convicção tal como explicado por Frederico Marques.

⁴³ *Apud* (MARQUES, 1997-b: v 2, 275-276). Cappelletti, Mauro. *Oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: Ejea, 1972.

⁴⁴ Nos sistemas probatórios regidos pelo princípio da íntima convicção, os julgadores não precisam fundamentar suas decisões, pois entende-se que elas só dizem respeito ao próprio julgador. Neste sistema, não é necessário tornar pública a fundamentação da decisão.

“Depois que decido qual a melhor solução para o caso vou à lei e ao processo procurar uma fundamentação razoável. Tirando os casos mais óbvios, eu decido primeiro e depois vou buscar a fundamentação para a decisão. Quando pego o processo para fazer a sentença, preciso ler somente as peças essenciais, mas faço isto de trás para frente: primeiro leio a réplica feita pelo advogado do autor, porque ali ele reafirma o que é que o autor quer. Depois leio a contestação e se ficar alguma dúvida vou ler a inicial. Aliás, o pedido tem sempre que ser lido. Havendo um laudo pericial é muito bom e facilita muito porque é possível ler os quesitos e a conclusão para decidir. Muitas vezes, o argumento trazido pelo advogado da parte muda a minha **convicção íntima** (grifo meu) e me faz mudar a decisão e buscar no processo e na lei elementos de fundamentação para a nova decisão” (J3).

A doutrina faz menção às regras de *sã crítica* que nada mais são do que a formação do convencimento do juiz informado pela sua experiência e pela sua própria lógica, pela sua racionalidade e pela sua subjetividade, em última análise. Entretanto, a doutrina coloca a racionalidade do juiz e sua experiência como se fossem dados objetivos de influência e ignora o aspecto subjetivo que determina a formação do convencimento e das decisões. O trecho que se segue demonstra o que acabei de discutir.

As regras da *sã crítica*, afirma Frederico Marques, em sua doutrina, citando ALÍPIO SILVEIRA⁴⁵, “são, antes de tudo, as regras do correto entendimento humano. Nelas intervêm as regras da lógica com as regras da experiência do juiz”. E adiante esclarece: “O juiz é que deve decidir com relação à *sã crítica*, não tem a liberdade de raciocinar discricionariamente, arbitrariamente.” O livre convencimento deve conjugar a lógica e a experiência, sem excessivas “abstrações de ordem intelectual”, mas observando sempre os preceitos e métodos que tendem “a assegurar o mais acertado e

⁴⁵ *Apud* (MARQUES, 1997-b:v 2, 275-276) Silveira, Alípio. O *In Dúbio pro Reo na Justiça Penal*, 1958, páginas 5 e 6. Esta citação de Frederico Marques não menciona a editora que publicou o trabalho citado de Alípio Silveira, nem tampouco o local da edição. Esta prática é recorrente em Frederico Marques e habitualmente encontrada em outros doutrinadores. Consultei os arquivos da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, mas, apesar de ter encontrado referência a vasto número de publicações de autoria do autor, não encontrei referência a esta obra.

eficaz raciocínio”. É que, como assinala agudamente FLORIAN⁴⁶, processualista italiano, o “método do livre convencimento não pode importar em anarquia na apreciação das provas”.

O *princípio do livre convencimento*, afirma Frederico Marques, vem expressamente consagrado no artigo 157 do Código de Processo Penal, *in verbis*: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova” (MARQUES, 1997-b:v 2, 275-276).

Cabe aqui enfatizar que, no trecho da doutrina de Frederico Marques acima descrito, há a explicitação de uma idéia muito comum no campo jurídico brasileiro: a concepção de uma unidade no entendimento humano, o que afasta desta doutrina a noção do direito como produto de um saber local, ainda que nacional, espacial e temporalmente identificável.

Por outro lado, é bastante clara a representação de uma “*sã crítica*”, como diz o autor, que naturaliza e absolutiza os valores que estão envolvidos na discussão da causa, inclusive os do próprio julgador. O autor fala ainda de métodos capazes “de assegurar o mais acertado e eficaz raciocínio”, que também é idéia que toma como absolutos os valores inerentes à discussão de um conflito.

Cumprido frisar que no trecho da doutrina apresentado a seguir, o autor não contextualiza a doutrina processual a que se refere. Em outras palavras, não esclarece qual é o tempo e o espaço da doutrina processual de que está tratando. Considerando que o saber jurídico e, especialmente, a doutrina processual são um saber local de caráter nacional, não contextualizar adequadamente o que está tratando envolve um argumento de autoridade. Nas entrelinhas do seu texto o doutrinador, não esgota o assunto, não o fundamenta, não explicita a que doutrina moderna está se referindo, tornando-se um autor avarento, como os que guardam secretamente as fontes de seu saber enclausuradas. Deixa, desse modo, seus leitores com a ilusão de que o autor sabe mais, pois conhece qual é a doutrina moderna à qual está se referindo, conseqüentemente paira acima dos que nele buscam ilustrar-se sobre o direito. É visto pelos seus leitores e seguidores, portanto, como uma autoridade consagrada no campo.

⁴⁶ *Apud* (MARQUES, 1997-b: v 2, 278) FLORIAN Eugenio. *Prove Penali*. 1921, vol. I, pág. 325. O autor não cita editora nem o local da edição, como já foi observado na nota n.º 21. Consultando os arquivos da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, encontrei a referência completa da obra mencionada em ficha virtual que transcrevo de FLORIAN, Eugenio: *Delle prove penali: in generali*. Milano: F. Vallardi, 1921.

Segundo Frederico Marques, o livre convencimento está hoje consagrado pela doutrina processual⁴⁷ como a mais recomendável das formas e sistemas de valoração das provas. E isto tanto no Direito Processual Penal como no Direito Processual Civil.

Outros doutrinadores, no entanto, segundo o autor, fazem algumas restrições a seu uso, atribuindo-lhe, mesmo, a responsabilidade por erros judiciais graves de que dá notícia a história. Afirma que se o livre convencimento constitui uma conquista da ciência processual, por outro lado se apresenta como perigoso porque pode transformar-se em arbítrio. Não se deve, porém, confundir o livre convencimento com o mau uso que dele possa fazer algum juiz energúmeno⁴⁸ ou atrabiliário⁴⁹, que desconheça os justos limites de suas funções (MARQUES, 1997-b:v 2, 278).

Mais uma vez, o discurso dos julgadores se apresenta em descompasso com o discurso doutrinário, como se pretende demonstrar com o trecho abaixo transcrito.

“Quando eu faço a audiência eu já sei o que vou decidir. É na audiência que eu tenho contato com os fatos. Quando vou fazer a sentença, primeiro eu penso no fato e vejo o que eu vou decidir e aí busco as provas no processo, doutrinas, jurisprudências para justificar minha decisão. Primeiro eu decido. Os fatos me fazem sentir o que eu devo decidir. Os fatos são toda a história que me foi contada durante a audiência” (J4).

Em primeiro lugar, segundo Frederico Marques, “literalmente, o livre convencimento não significa liberdade de apreciação das provas em termos tais que atinja as fronteiras do mais puro arbítrio⁵⁰. Esse princípio libertou o juiz, ao ter de examinar a prova de critérios apriorísticos contidos na lei, em que o juízo e a lógica do legislador se impunham sobre a opinião que em concreto podia o magistrado colher; não o afastou, porém, do dever de decidir segundo os ditames do bom senso, da lógica e da experiência⁵¹. O livre convencimento que hoje se adota no Direito Processual, segundo

⁴⁷ Cumpre frisar, neste trecho, que o doutrinador não contextualiza novamente a doutrina processual à qual se refere.

⁴⁸ Energúmeno, segundo o Médio Dicionário Aurélio, é o sujeito endemoniado, fanático, possesso.

⁴⁹ Atrabiliário, segundo o Médio Dicionário Aurélio, é o sujeito colérico, violento.

⁵⁰ Mais uma vez o doutrinador usa um argumento de autoridade, uma vez que não explicita quais são as fronteiras do puro arbítrio.

⁵¹ O doutrinador repete o argumento “da lógica” do “bom senso”, “da lógica” e “da experiência”, afastando completamente a influência da subjetividade do juiz.

Frederico Marques, não se confunde com o julgamento por convicção íntima⁵², uma vez que o *livre convencimento lógico e motivado* é o único aceito pelo moderno processo penal” (MARQUES, 1997-b:v 2, 278).

Como se pode constatar no trecho de entrevista transcrito a seguir, o raciocínio do juiz não parte da análise de provas para as conclusões, mas busca as provas que confirmam sua conclusão.

“Como é que funciona o livre convencimento na prática você provavelmente já deve ter ouvido isso de todos os colegas. Durante muito tempo houve um certo pudor de dizer isso, mas hoje em dia isso se diz até decisões. Por exemplo: em 95% dos casos, eu já fiz sentença pra decidir um processo eu leio o processo inteiro e quando eu termino o processo, eu digo assim, não, essa pessoa vai ser condenada. Antes de trabalhar a sentença eu já tenho a mais absoluta certeza de qual vai ser minha decisão. Deve ou não deve ser condenado. Esses links talvez na minha prática sejam feitos na medida em que o processo vai acontecendo... Eu interrogo uma pessoa e digo esse cara está mentindo. Isso de certa maneira me condiciona. Quando eu for olhar o processo e me lembrar do interrogatório — para processos eu tenho uma boa memória — já estarei condicionado a ler o processo com um viés condenatório ou absolutório, dependendo do caso específico, por um viés condenatório. Como eu fiquei com aquela impressão eu to te falando o que acontece comigo do ponto de vista psíquico. Que links eu faço, como funciona a minha cabeça nesse procedimento. Aí o trabalho de justificar a decisão é um trabalho retrospectivo: eu tenho a decisão na cabeça, digo essa pessoa vai ser condenada, agora eu vou sentar e vou justificar isso, vou pegar as razões que permitem chegar a essa conclusão. Acontece na maioria das vezes, aí quais são as exceções? As exceções são uma tortura pra mim. Uma delas

⁵² Neste ponto, mais uma vez o autor usa um argumento de autoridade, uma vez que não explica o que é e como funciona o julgamento por íntima convicção. O autor se coloca numa posição de autoridade diante do leitor, pois parte do pressuposto que ele sabe algo que o leitor não sabe e que deveria saber, mas que o autor também não explica. Construído desta forma, o saber jurídico, a que chamamos de doutrina, não é explicativo da realidade como o é o saber científico, mas normativo, valorativo e impositivo.

ocorre naquelas situações em que eu tenho a íntima convicção de que aquela pessoa é culpada e quando vou fazer essa organização eu vejo que não tenho material suficiente pra isso, às vezes acontece. Mais eu tenho realmente essa sensação, eu sei que essa pessoa é culpada por esse fato, mais quando você vai ver a prova, a prova não te permite argumentar nesse sentido. E aí quando há algum tipo de dúvida, aí nem seria propriamente o caso da dúvida porque eu intimamente não tenho dúvida, mais do ponto de vista técnico ...” (J17).

Em segundo lugar, prossegue Frederico Marques, cumpre advertir que o juiz, ao sentenciar, deve fazer a “indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão” (Código de Processo Penal, artigo 381, nº. III). Ou como diz, com mais precisão, o artigo 118, parágrafo único do Código de Processo Civil •⁵³ Artigo 131 do atual Código de Processo Civil. •⁵⁴: “O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivarem o seu convencimento” (MARQUES, 1997-b: v 2, 278-9).

É por isso que a *Exposição de Motivos* do Código de Processo Penal, segundo Frederico Marques, traz este ensinamento lapidar: “Nunca é demais, porém, advertir que *livre convencimento* não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de *preconceitos legais*⁵⁵ na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de *motivar* a sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social”. De fato, explica o autor, a obrigação imposta ao magistrado, de motivar o seu convencimento, limita-se, quando não lhe impede, o arbítrio no decidir. A motivação, como acentua pitorescamente, segundo Frederico

⁵³ O livro de Frederico Marques *Elementos de Processo Penal* foi escrito em meados do século XX, antes, portanto, do advento da Constituição da República de 88. Foi reeditado em 1997 e, para manter a integridade do texto e atualizá-lo aos preceitos constitucionais atuais, foi usado o método de sinalizar as inovações sofridas pelo ordenamento jurídico entre pontos como estes que aqui aparecem. A atualização foi feita pelo prof. Vitor Hugo Machado da Silveira. Registre-se, ainda, que a edição de 1997 não noticia a data da primeira edição da obra, dando a entender aos incautos tratar-se de trabalho atual de Frederico Marques, morto em 1993, com 90 anos, cinco anos depois do advento da Constituição de outubro de 1988.

⁵⁴ Nota inserida pelo dr. Victor Machado da Silveira, para a atualização da obra em 1997, conforme nota do editor.

⁵⁵ Vale assinalar que o autor diz que o princípio do livre convencimento libera o julgador dos preconceitos legais, mas não menciona os preconceitos e a subjetividade do próprio julgador, como se estes não existissem e não determinassem a forma de julgar. A motivação da decisão aparece como forma de garantir o direito das partes e do interesse social. Assim, dito de outra forma, pode se considerar que a motivação da sentença protege a parte do julgamento arbitrário.

Marques, GIROLAMO BELLAVISTA⁵⁶, ⁵⁷, “*impedisce che il libero convincimento contrabbandi l’ arbitria del giudice*”⁵⁸. Motivar, segundo Frederico Marques, significa o juiz explicar as razões que tem para chegar a uma determinada decisão, e não apenas *afirmar*, em seguida, a um resumo descritivo das provas. A motivação da sentença constitui, por isso mesmo, “um vínculo psicológico, de extraordinária importância, que liga o juiz à lei”. Frederico Marques afirma, ainda, que quem é juiz precisa saber conter seu arbítrio e lembrar-se de que está obrigado a atuar com a máxima imparcialidade e, sobretudo, com bastante cautela e prudência. Diante do desconhecido, afirma Frederico Marques, o juiz deve colocar-se em postura de profunda humildade, capacitando-se, assim, da fragilidade dos meios de que dispõe para a descoberta da verdade (MARQUES, 1997-b:v 2, 279).

É interessante notar que o discurso doutrinário afirma ser a obrigação de motivar ou fundamentar a decisão, o limite bastante imposto ao magistrado pela lei para impedir o seu arbítrio na decisão. Mais uma vez, aparece o dissenso entre a doutrina e a representação dos julgadores que descrevem sua prática decisória como logicamente precedente e independente da fundamentação da sentença.

“Ah, claro, Regina, vamos falar a verdade. Essas inferências... Eu até estou lendo um livro ótimo. Outro autor que eu descobri nos Estados Unidos espetacular é o Atienza. Você conhece? Espetacular. E eu estou lendo um livro maravilhoso dele, chamado “O direito como argumentação”, que é o que eu quero usar na minha tese, porque a minha tese é “O papel da argumentação na taxatividade”, essa nova ética procedimentalista, a argumentação jurídica... E aí, nesse livro ele vem demonstrando, na primeira parte, eu tô na página 100, ele vem demonstrando a insuficiência da lógica formal pra dar

⁵⁶ A bibliografia apresentada pelo autor não traz a referência completa da obra que encontrei nos arquivos virtuais da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: GIROLAMO, Bellavista. *Lezioni di diritto processuale penale Nuova ristampa della 3. edizione aggiornata / con due appendici.* Milano: A. Giuffrè, 1969.

⁵⁷ Girolamo Bellavista (Palermo, 1908 /1976) foi advogado e professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade de Messina. Foi diretor honorífico da Reconstrução Liberal, órgão da federação do Partido Liberal de Palermo.

⁵⁸ Impede que o livre convencimento torne-se arbítrio do juiz.

conta da argumentação, porque realmente tem muita coisa que a lógica formal não consegue traduzir na suas fórmulas. Então é óbvio que se você tem uma margem de discricionariedade na hora de decidir e essa margem existe na hora de valorar a prova, não é à toa que juiz A e juiz B podem valorar a mesma prova de forma diferente. Você tem essa margem de discricionariedade na hora de fechar conceitos genéricos, tipo garantia da ordem pública, enfim, conceitos abertos. Você tem margem de discricionariedade enorme na hora que você aplica pena, então nesses momentos, que não são poucos no direito, que são muitos, o que a J13 é como pessoa, qual é o histórico, quais são as vivências de J13 são fundamentais. Então, eu te digo o seguinte, e é bom que você não me identifique aí nessa fita, mas é uma verdade, eu sou uma pessoa que tem horror de corrupção. Eu tenho ódio de gente mau-caráter, corrupta, gananciosa, mas eu sou uma pessoa mais condescendente com alguém que tem dificuldades psiquiátricas e se envolva com drogas, entendeu? Eu sou mais condescendente com pobre que furta, com adolescente que se envolve com drogas. Isso faz parte do meu histórico? Talvez. Provavelmente. Então é óbvio que J13, com essa visão de mundo, na hora de julgar um corrupto vai aplicar uma pena muito mais alta, dentro das margens legais, do que alguém que tenha uma outra visão da corrupção no Brasil, entendeu? Ou da corrupção de forma geral, ou da ganância, ou desse defeito do ser humano, entendeu? Que eu tenho ojeriza, outras pessoas têm uma visão mais soft. Eu tenho horror, me enoja muito” (J13).

Este capítulo tratou do *princípio do livre convencimento* à luz da legislação e da doutrina, particularmente privilegiando dois porta-vozes reconhecidos no campo do direito brasileiro: Ovídio Baptista da Silva e José Frederico Marques. O trato da matéria destacou aspectos que podem ser vistos como inseparáveis na atualização do princípio estudado, tais como a questão da construção da verdade para a decisão judicial que será remetida no capítulo subsequente à iniciativa probatória do juiz. Antes, porém, passo a tratar da relação entre as categorias “justiça” e “verdade dos fatos”, que se apresentaram

inseparavelmente e de maneira recorrente nas entrevistas realizadas com magistrados dos tribunais do Rio de Janeiro.

CAPÍTULO II

SOLIDARIEDADE ENTRE AS IDÉIAS DE JUSTIÇA E DE “VERDADE DOS FATOS”

O segundo capítulo decompõe o *livre convencimento*, à luz da legislação, da doutrina e das representações dos julgadores outras categorias que lhe são solidárias a exemplo da de “justiça” e de “verdade dos fatos”.

“Essa é a função do juiz. A função do juiz não é simplesmente olhar pro papel e ver qual é a melhor peça produzida pelos advogados, quem escreveu melhor, quem é que produziu a melhor prova e dar a sentença com base nisso. É procurar a verdade dos fatos. É procurar fazer justiça. Isso, eu acho realmente, que é o papel do juiz. E se o juiz tiver que produzir uma perícia, por ordem sua, mesmo que as partes não tenham requerido, officiar quem quer que seja, descobrir o que realmente aconteceu, acho que deve fazer. O livre convencimento aqui funciona um pouquinho além. Quando chegam os autos, às vezes até pra dar a sentença, eu leio e vejo que está faltando uma prova, eu mando produzir” (J9).

II.1 JUSTIÇA E SABER LOCAL

A idéia de justiça é uma construção social que, portanto, varia no tempo e no espaço. Todavia, somos socializados de forma a naturalizar a “nossa” idéia de justiça e a tomá-la como única, imutável e natural. Trata-se de uma atitude etnocêntrica como muitas outras que acabam por constituir uma identidade cultural.

Entretanto, relativizar ambas as idéias, tanto a de justiça como a de direito, e tomá-las como saberes locais, construídos socialmente e que variam no tempo e no espaço, é exercício indispensável para refletir a respeito delas.

O caráter essencialmente convencional e precário da idéia de justiça faz com que o reconhecimento de uma solução como uma solução justa pelo grupo seja constitutiva da própria idéia de justiça. Em outras palavras, justa é a solução de um conflito quando é reconhecida como tal pelo grupo social que a adota.

Jacques Derrida, em *Força de lei*, ao comentar a expressão da língua inglesa “*to enforce de law*”, típica da língua inglesa, enfatiza que esta expressão idiomática remete por alusão direta e literal à força que vem do interior da própria lei e que lembra que o direito é sempre uma força autorizada, uma força que se justifica ou que tem aplicação justificada, mesmo que esta justificação possa ser julgada, por outro lado, injusta ou injustificável.

Segundo Derrida, Emanuel Kant lembrou com o maior rigor que não há direito sem força. Assim, segundo o autor, a força de lei ou “*enforceability*” não é uma força exterior ou secundária, que viria ou não juntar-se de modo suplementar ao direito. Ela é a força essencialmente implicada no conceito da justiça enquanto direito, da justiça na medida em que ela se torna lei, da lei enquanto direito. A palavra inglesa, segundo o autor, nos lembra literalmente que não há direito que não implique nele mesmo, que não implique, *a priori*, na estrutura analítica de seu conceito, isto é, na possibilidade de ser aplicado pela força⁵⁹ (DERRIDA, 2007).

Existem, segundo Derrida, leis não aplicadas, mas não há lei sem aplicabilidade, e não há aplicabilidade ou *enforceability* da lei sem força, quer esta força seja direta ou indireta, física ou simbólica, exterior ou interior, brutal ou sutilmente discursiva – ou hermenêutica –, coercitiva ou regulamentadora

Cumprir chamar a atenção para o fato de que o filósofo insiste em reservar uma possibilidade de justiça, ou de uma lei, que não apenas exceda ou contradiga o direito, mas que talvez não tenha relação com o direito, ou mantenha com ele uma relação tão estranha que pode tanto exigir o direito quanto excluí-lo.

A partir desta reflexão o autor propõe a seguinte questão: como distinguir entre esta força de lei e a violência que consideramos sempre injusta? Que diferença há entre a força que pode ser justa, julgada legítima, como a própria realização da essência do direito e, por outro lado, a violência que julgamos injusta? Em outras palavras, o autor pergunta: o que é uma força justa, uma força não violenta? (DERRIDA, 2007:8-9)

Prossegue a reflexão, dizendo que contra a força violenta, injusta, sem regra e arbitrária a primeira precaução consiste em lembrar o caráter diferencial da força, isto é, a força vista como diferença de força. Trata-se sempre de uma relação performativa, de

⁵⁹ É de se notar que quando Derrida chama a atenção para a diferença de significação das palavras usadas para designar o direito próprias da língua inglesa e da língua francesa, aponta para as diferenças e particularidades dos sistemas jurídicos inglês e francês. Esta percepção reforça a idéia de direito como um saber local, que na organização atual dos estados-nação pode ser tomado, a meu ver, como saber regional ou nacional.

uma relação entre força e forma, de força persuasiva e retórica e também, trata-se, sobretudo, das situações paradoxais onde a maior força e a maior fraqueza permutam-se estranhamente. A diferença é também o deslocamento do discurso oposicional que coloca, por exemplo, a natureza de um lado e a lei ou o contrato de outro (DERIDA, 2007:11).

A partir destas reflexões, Derrida passa a refletir sobre o próprio conceito de justiça, chamando a atenção para o fato de que o que se deve pensar é num exercício da força na própria linguagem, no mais íntimo de sua essência, como no movimento pelo qual ela se desarmaria, absolutamente, por si mesma. O autor remete a Pascal que explica a relação entre justiça e força da seguinte maneira: “É justo que aquilo que é justo seja seguido, é necessário que aquilo que é mais forte seja seguido.” Explica que retoricamente o fragmento de Pascal é extraordinário, já que demonstra que tanto o que é justo como o que é necessário devem ser seguidos, só que num caso porque é justo no outro porque é necessário.

Prossegue citando Pascal, dizendo que “a justiça sem força é impotente e a força sem a justiça é tirânica”. Em outras palavras, a justiça só é justiça se tiver a força para ser imposta, pois uma justiça impotente não é uma justiça no sentido do direito. A citação de Pascal continua com o seguinte trecho: “A justiça sem a força é contradita porque há homens maus; a força sem a justiça é acusada. É preciso, pois, colocar juntas a justiça e a força; e, para fazê-lo, é preciso que aquilo que é justo seja forte, ou que aquilo que é forte seja justo.” O autor lembra neste ponto que Pascal cita Montaigne sem nomeá-lo quando escreve que “um diz que a essência da justiça é a autoridade do legislador, outro, a comodidade do soberano, outro, o costume presente; e é o mais seguro: nada, segundo somente a razão, é justo por si; tudo se move com o tempo. O costume faz toda equidade, pela simples razão de ser recebida; é o fundamento místico da autoridade. Quem a remete a seu princípio a aniquila”. O autor continua citando Montaigne, quanto ao fundamento místico da autoridade das leis: “Ora, as leis se mantêm em crédito, não porque elas são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico de sua autoridade, elas não têm outro (...). Quem a elas obedece porque são justas não lhes obedece justamente pelo que deve” (DERIDA, 2007:18).

Segundo o autor, não obedecemos às leis porque são justas, mas porque têm autoridade. A autoridade das leis está no crédito que lhes concedemos. Acreditamos nelas e este ato de fé é o seu único fundamento ontológico ou racional. A justiça, no sentido jurídico, não está simplesmente a serviço de uma força, de um poder social,

econômico, político ou ideológico exterior a ela, ao qual ela deva se submeter ou se ajustar, segundo a utilidade. A operação de fundar e justificar o direito, fazer a lei, consiste num ato de força, numa violência performativa e, portanto, interpretativa que, em si mesma, não é nem justa nem injusta, e da qual nenhuma justiça e nenhum direito prévio e anteriormente fundador podem nem garantir nem contradizer ou invalidar. O discurso da lei encontra em si mesmo o seu limite. É a isto que Derrida chama de caráter místico da lei, uma vez que a origem da autoridade, a fundação ou o fundamento, a instauração da lei não pode, por definição, apoiar-se finalmente senão sobre elas mesmas, elas mesmas são uma violência sem fundamento, o que não quer dizer que sejam injustas em si.

Um ato de justiça é sempre singular, pois dirige-se a grupos, indivíduos e existências insubstituíveis: o outro, ou o eu como outro. Como conciliar este caráter singular do ato de justiça com a norma, o valor ou o imperativo de justiça que são genéricos por definição? Como conciliar se a norma tem necessariamente uma forma geral, mesmo que esta generalidade prescreva uma aplicação que é singular a cada vez? (DERRIDA, 2007:19 e 20)

O direito é um produto de cada sociedade e não é possível, portanto, pensá-lo como um saber composto por um conjunto de regras universais interpretadas também de forma universal, válido em qualquer parte do planeta e transmutável de uma sociedade para outra. Se o mesmo conjunto de normas for adotado em sociedades diferentes, certamente ganharão significações diferentes em cada um desses contextos sociais.

II.2 A VERDADE PROCESSUAL: UMA VERDADE CONTROVERTIDA

Ainda que doutrinas e teorias postulem procedimentos para a busca da verdade, nas representações dos juízes sobre sua prática ela aparece de um modo peculiar, a exemplo do depoimento de um juiz transcrito abaixo:

“Bom, Regina, no fundo você está me perguntando com eu faço pra analisar a prova, né; como se opera o princípio do livre convencimento? Que valor eu dou às provas? Como eu sopeso provas? É essa a idéia? Eu interpretaria assim a sua pergunta. Mas isso não tem uma regra geral. Cada prova, cada elemento de prova... Por exemplo, tipo de prova, prova

testemunhal, prova pericial, prova documental, cada uma tem um peso específico em certo tipo de crime, em certo processo. Então em alguns processos a prova pericial tem um papel menos importante do que a testemunhal. Isso varia muito. Eu realmente nunca parei pra pensar em que tipos de padrões de comportamento eu sigo pra valorar a prova testemunhal como mais importante num processo do que em outro. Isso eu não saberia te dizer assim, agora, quais são os padrões que você usa, ou os critérios, melhor dizendo, pra você escolher uma maior importância da prova testemunhal aqui, do que acolá. Não sei te dizer, mas eu saberia constatar, sem dúvida, de que isso varia de processo para processo e de caso para caso. Então, em alguns casos uma testemunha pouco importante, mesmo que a prova testemunhal pudesse, em tese, dizer alguma coisa ali, porque você tem do outro lado outra prova que te impressionou mais ou ao contrário a testemunha tem muito a dizer, ou te impressiona melhor e se revela mais importante do que outros tipos de prova dos autos. Mas eu não saberia te dizer exatamente, eu precisaria parar pra refletir, porque isso acontece nesses casos, porque a prova testemunhal em alguns casos é mais importante do que em outros e analisando esses vários casos poder extrair daí por indução qual é o critério que, na verdade, está por trás disso que parece a primeira vista intuitivo, entendeu?”

“Você acha que tem um critério?”

– “Eu acho. Talvez exista algum critério racional aí, entendeu. Não sei se isso é só intuição, sabe?” (J13)

Este depoimento representa uma concepção de *princípio do livre convencimento motivado*, que também é chamado, entre nós, do *princípio da livre apreciação da prova*. Parece necessário introduzir algumas considerações sobre o processo judicial de conhecimento e a construção da verdade jurídica no sistema processual brasileiro.

Em nosso sistema judicial, a construção da verdade jurídica ocorre no processo e pelo processo. Tomando o processo judicial como objeto de estudo, ele pode ser visto como uma forma de construção de verdade jurídica. Nesta perspectiva, o processo é uma representação da realidade relativamente aos fatos nele tratados. Não sendo uma

realidade, mas uma representação dela, ocorre necessariamente uma simplificação dos fatos e uma reedição dos acontecimentos.

Segundo Geertz, no processo ocorre “a descrição de um fato de tal forma que seja possível aos advogados defendê-lo, ao juiz ouvi-lo e aos jurados solucioná-lo, nada mais é que uma representação (...) o argumento aqui (...) é que a parte “jurídica” do mundo (...) é parte de uma maneira específica de imaginar a realidade. Trata-se, basicamente, não do que aconteceu, e sim do que aconteceu aos olhos do direito” (GEERTZ, 1998:259).

No Brasil, entretanto, o Estado toma para si o monopólio da atividade de administração de conflitos e exerce esta função por meio da jurisdição. A jurisdição, no Brasil, tem no processo judicial um instrumento de construção de verdade jurídica, pois é nele que o julgador vai tomar conhecimento do conflito levado a juízo, formar o seu convencimento sobre a questão e formular a norma jurídica particular e concreta disciplinadora do litígio. Para tanto é preciso que o conflito do mundo real seja reduzido a uma fórmula juridicamente expressa, na qual o conflito passa a ser denominado lide. Neste sentido, Kant de Lima esclarece “que o processo judicial trata essencialmente, não do que aconteceu, mas do que aconteceu sob o ponto de vista jurídico. O saber jurídico, como sistema de representações sobre a sociedade, produz conteúdos e orientações formais para as ações sociais, de modo que tenham sempre que adequar-se às formulações legais, aos artigos, regulamentos e leis para que se tornem eficazes e legítimos” (KANT DE LIMA, 1995).

O processo judicial quer civil, quer criminal, é um conjunto de atos preordenados do Poder Judiciário, quando provocado, que, pelo menos nominalmente, tem por finalidade conhecer a divergência de interesses exposto à sua apreciação e elaborar uma norma jurídica que venha a solucionar este conflito.

O conflito de interesses juridicamente relevante e que, por isto, pode ser levado à apreciação do Poder Judiciário resulta de determinados fatos que têm que ser provados para que seja possível a formulação de uma norma jurídica concreta e particular que é a decisão final de um processo judicial. Desta forma, os princípios e o método usados pelo juiz para a apreciação da prova são fundamentais para a construção da verdade jurídica processual (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1997).

Contudo, diferentemente do que diz a doutrina, o trecho a seguir demonstra que na representação do juiz entrevistado o processo decisório parte de uma pré-concepção

formada sobre o litígio pelo juiz, como base em que ele vai buscar, dentre as provas produzidas, aquelas que se conformam à sua idéia preconcebida.

“Na verdade eu saí de um extremo para o outro. Eu fui forjado, vamos dizer assim, no início da minha carreira, segundo orientação de alguns juízes de vara civil: Olha, você primeiro sente o processo, toma a decisão e depois procura elementos para sua decisão no processo. Se você achar os elementos para a decisão, então você confirma a sua tendência. Se você não achar, então você decide no outro sentido. Na prática, isso no direito criminal é muito comum porque na maioria dos casos hoje, a mídia acaba pré-condenando. Então o juiz fica com essa tendência de seguir a orientação da maioria, procurando no processo elementos que sigam essa tendência. Se não conseguir, ele acaba, então, absolvendo. Um exemplo mais clássico, de repente, pode ilustrar melhor. Um garoto condenado, quer dizer, um garoto acusado de um crime de homicídio a tendência, por ser um crime grave, é você acreditar que ele não está ali injustamente. Que ele praticou de fato o homicídio. Então você procura no processo provas que possam confirmar a participação dele no homicídio. Se você não achar você acaba absolvendo ele por falta de provas. Então a tendência do livre convencimento é sempre você decidir antes e ler o processo depois.”

“Deixa eu te perguntar uma coisa. Decidir antes como? Quer dizer, pegando o processo na sua mão”...

– “Geralmente o juiz já teve um contato anterior com o processo. Ele já fez a audiência, ele já ouviu a testemunha, ele já despachou. Porque, na verdade, quando você pega o processo para sentenciar, você já teve contato com ele... Estou no processo criminal, você tem o interrogatório, tem a prova da acusação, da defesa, a apresentação das alegações finais e a sentença. Quando o processo vai para as partes fazerem suas alegações finais, o juiz já teve o contato com ele. Então antes dele ver essas alegações finais ele já começa assim: ‘Esse processo eu me lembro. É aquele caso x’. Então, a minha

tendência, nesse processo, é um processo de raciocínio interno. Dialética interna. Então se você lembra do processo você já tem conhecimento prévio dele, e não parou ainda pra colocar no papel a sua impressão. Então aquela sua impressão inicial acaba, ou não, se confirmando dentro das provas que são registradas no processo. Normalmente o que acontece quando o juiz já tem conhecimento do processo é essa tendência dele buscar elementos no processo que confirmem a sua tendência inicial, justamente porque ele já teve contato prévio com esse processo. Porque aquela idéia de que o juiz lê o processo na hora da sentença era irreal. Não existe porque o juiz já passou por aquele processo pelo menos uma vez. Isso talvez seja muito claro pra quem tem ensino universitário em ensino jurídico. O juiz que vai decidir é aquele que colheu a última prova. Então ele teve contato com o processo. Essa é uma tendência mais conservadora, mais antiga e eu, como estava dizendo, fui forjado nessa idéia de você ler o processo buscando elementos pra formar a sua convicção e não ler o processo sem o compromisso, sem uma tendência. Não sei se eu estou sendo claro...” (J12)

De acordo com a doutrina de Marques, dada a relevância da produção de prova nas decisões judiciais, é importante que se analise os mecanismos de apreciação da prova pelo juiz, uma vez que, ainda segundo o mesmo autor: “Ante tais vicissitudes que a ordem processual impõe, o juízo lógico sobre os fatos do litígio recebe o influxo das limitações daí decorrentes, uma vez que a sentença tem de basear-se nas peças dos autos interpretadas *secundum legem*, para que cada *quaestio facti* seja subsumida nos preceitos legais adequados” (MARQUES, 1997:2º vol.).

Verifica-se, segundo o mesmo autor, “que, portanto, emerge do processo uma verdade condicionada, dependente das provas que as partes conseguiram ou puderam produzir, e ainda das presunções legais que a norma processual impõe em face do comportamento e atuação dos litigantes no curso do procedimento. E é a isto, segundo Frederico Marques, que se denomina *verdade processual*” (MARQUES, 1997:2º vol.).

A concepção de verdade jurídica que se depreende da leitura da doutrina processual brasileira se afasta muito da idéia de processo como forma de construção de

verdade. A doutrina brasileira insiste em pretender descobrir, pela via do processo, uma “verdade real”, absoluta, que deve estar em algum lugar esperando para ser descoberta.

Nosso sistema jurídico se afasta completamente do sistema dos EUA no que tange à forma de construção da verdade jurídica, pois os sistemas de *common law* tendem à construção de uma verdade processual consensual, livremente negociada pelas partes e, na maioria das vezes, apreciada e decidida consensualmente, por um órgão colegiado: o júri. Ao juiz, no sistema dos EUA, é atribuído um papel de guardião das regras do jogo processual e não de responsável pela descoberta da verdade. O que importa neste sistema é uma solução do conflito que atenda aos legítimos interesses das partes. Deste modo, não há um *tertius* que decida de maneira absoluta. (GARAPON e PAPADOPOULOS, 2003).

No sistema processual brasileiro, os fatos dos quais decorrem as decisões do juiz devem, segundo a lei e a doutrina, ser aqueles provados no processo e não os que o julgador considerou importantes para fundamentar uma decisão previamente concebida. A decisão judicial não decorre de uma construção demonstrativa e consensual da verdade jurídica processual na qual o juiz teria por função garantir a igualdade jurídica entre as partes, isto é, a igualdade de condições de manifestação em juízo e a observância das regras do jogo processual por ambos os envolvidos, mas decorre de uma escolha prévia determinada pela idéia de verdade preexistente ao processo (MENDES, 2005).

Coube a Foucault demonstrar que as práticas judiciárias são a maneira pela qual os erros e as responsabilidades são arbitrados entre os homens e que estas formas variaram consideravelmente na história do Ocidente nos diferentes momentos históricos. Elas representam, segundo o autor, o modo que se concebeu, na história da tradição ocidental, a maneira pela qual os homens podem ser julgados pelos erros cometidos, além da possibilidade de imposição da reparação dos danos causados por determinadas ações e da punição de outras. O autor demonstra que estas práticas regulares são incessantemente modificadas através da história, definindo diversas formas de construção de verdade jurídica (FOUCAULT, 2003).

Foucault (2003) demonstrou as diferentes formas de construção de verdade jurídica ao longo da história na tradição ocidental. Ele assevera, por exemplo, que a finalidade do sistema da prova judiciária feudal não trata da pesquisa da verdade e sim de uma espécie de jogo de estrutura binária: o indivíduo aceita a prova ou

renuncia a ela. Se renuncia à prova, perde o processo de antemão. Já, havendo a prova, vence ou fracassa.

O direito feudal apresenta, segundo Foucault (2003:61), quatro características para a prova, sendo a forma binária a primeira delas. A segunda característica é que a prova termina por uma vitória ou por um fracasso, define um ganhador e um perdedor. Não há uma sentença formulada por um terceiro que diz que quem disse a verdade tem razão. A terceira característica apresentada pelo autor é a da automaticidade da prova, que dispensa a presença de um terceiro para distinguir os dois adversários que serão distinguidos automaticamente pelas próprias aptidões. A autoridade, neste caso, já é denominada juiz, mas não está ali para dizer quem disse a verdade e sim quem tem razão. O juiz, aí, só funciona como guardião da regularidade do procedimento. A quarta característica da prova, neste sistema, é que ela serve para estabelecer quem é mais forte e por isto tem razão e não para quem disse a verdade. A prova judiciária feudal, segundo o autor, é uma forma de ritualizar a guerra (FOUCAULT, 2003:61).

O inquérito, por sua vez, de acordo com o autor, é uma forma de construção de saber produzida pelos gregos na Antiguidade e está baseado na lembrança, no testemunho. Esta forma de produção de verdade ficou esquecida durante séculos, e foi retomada na Europa dos séculos XII e XIII (FOUCAULT, 2003:61).

O sistema de inquérito, segundo Foucault, é um meio de construir a verdade através da fala das pessoas que tiveram conhecimento dos fatos que se pretende reconstruir: o testemunho. A Idade Média, pela prática de inquérito da Igreja Católica, denominada *visitatio*, atualiza esta forma de construção de verdade. A *visitatio* consistia em visitas periódicas que o bispo deveria fazer às paróquias de sua diocese, que tinha por finalidade verificar a observância das normas da Igreja e punir as heresias. A base da pesquisa era feita a partir da instauração na localidade da *inquisitio generalis*, oportunidade usada pelo bispo para entrevistar as pessoas mais reputadas (notáveis, sábios, mais idosos) sobre o que havia ocorrido na sua ausência, principalmente, se havia ocorrido algum crime, falta, etc. Se desse inquérito resultasse uma resposta positiva, passava-se à segunda fase: a *inquisitio specialis*, que nada mais era do que a apuração do ato e da sua autoria. O sistema de inquérito tem o objetivo de buscar a verdade de fatos pretéritos: qual foi o fato? Quem o cometeu? (FOUCAULT, 2003:70).

Segundo o autor, essa forma espiritual, essencialmente religiosa do inquérito eclesiástico, subsistiu durante toda a Idade Média, tendo adquirido funções

administrativas e econômicas. Quando a igreja se tornou o único corpo econômico-político coerente da Europa nos séculos X, XI e XII, a inquisição eclesiástica foi ao mesmo tempo inquérito espiritual sobre os pecados, faltas e crimes cometidos, e inquérito administrativo sobre a maneira como os bens da Igreja eram administrados e os proveitos reunidos, acumulados, distribuídos, etc. (FOUCAULT, 2003:71).

Segundo Foucault, o inquérito na Europa Medieval é, sobretudo, um processo de governo, uma técnica de administração, uma modalidade de gestão; em outras palavras, o inquérito é uma determinada maneira do poder se exercer. Estaríamos enganados se víssemos no inquérito o resultado natural de uma razão que atua sobre si mesma, se elabora, faz seus próprios progressos; se víssemos o efeito de um conhecimento de um sujeito de conhecimento se elaborando (FOUCAULT, 2003: 73).

Foucault argumenta que nenhuma história feita em termos de progresso da razão, de refinamento do conhecimento, pode dar conta da aquisição, da racionalidade do inquérito. Seu aparecimento é um fenômeno político complexo. É a análise das transformações políticas da sociedade feudal que explica como, por que e em que momento aparece esse tipo de estabelecimento da verdade a partir de procedimentos jurídicos completamente diferentes. Nenhuma referência a um sujeito de conhecimento e a sua história interna daria conta deste fenômeno. Somente a análise dos jogos de força política, das relações de poder pode explicar o surgimento do inquérito (FOUCAULT, 2003:73).

A verdade jurídica nem sempre foi, portanto, construída a partir do testemunho. Historicamente, o sistema de inquérito substituiu o sistema de provas do direito feudal, no qual os procedimentos eram elaborados não para provar a verdade, mas a força, a importância de quem dizia. O que caracterizava a ação penal era uma espécie de duelo, que consistia em uma oposição entre as partes. Vencer o duelo significava ganhar a causa por uma interferência da vontade divina (FOUCAULT, 2003:61).

Todavia, a verdade jurídica não é construída da mesma maneira em todos os sistemas jurídicos. No Brasil, por exemplo, a construção da verdade jurídica é feita por um sistema marcadamente inquisitorial, que dá ao juiz posição preponderante, uma vez que é ele o ator jurídico que, detentor do *livre convencimento*, vai formular a verdade processual.

A forma peculiar pela qual o campo jurídico brasileiro aplica o princípio do livre convencimento permite que a verdade jurídica seja construída pelos tribunais, na maior parte das vezes, de forma não consensual e autoriza o juiz, diante do litígio submetido à

sua apreciação, a decidir primeiro e depois buscar no processo as razões que fundamentam esta decisão. Kant de Lima, mais uma vez, ajuda a esclarecer o tema argumentando que “a construção da verdade jurídica processual, entre nós, não resulta de um raciocínio lógico-demonstrativo que parte dos fatos comprovados no processo, uma vez que o princípio em análise permite que o juiz escolha quais provas vai considerar mais na sua tomada de decisão” (KANT DE LIMA, 2004-a).

Em vários depoimentos de juízes, entretanto, aparece uma descrição de atividade decisória que não parte da prova dos autos, que é prévia a este exame e que procura nos autos uma justificativa para a decisão que já está tomada. Chama a atenção, contudo, o fato de haver também o oposto, isto é, os juízes que descrevem a formação de seu convencimento exclusivamente por aquilo que está nos autos. Estes não mencionam qualquer fator externo aos autos como concorrente na formação de sua convicção.

“Bom, como é que a gente decide? Eu tenho uma boa memória. Então eu vou lá na contestação. Pego a inicial, a contestação. Aliás, eu já fiz isso antes. Eu condicionei. Eu tomo o cuidado de afixar o ponto controvertido. Na prova você vê o que vai recair. Qual o fato? Na hora de decidir... O primeiro ponto da sentença que eu faço é focar o que é a controvérsia sobre a qual eu estou trabalhando. Eu tenho o fato. Separo o fato e a partir dele eu avalio a prova em relação a esse fato. Só depois é que eu parto para a apreciação do direito. Literalmente esse ordenamento. A prova vai trabalhar em cima dessa controvérsia. Fato incontroverso não depende de prova. A prova vai recair sobre os pontos controvertidos. A partir dali eu verifico qual é o fato, verifico a prova do fato pra sua defesa. É assim que nós trabalhamos. Isso em termos de decidir, né?!”
(J6)

“Eu acho que o princípio complementa a atividade do julgador. Faz parte da atividade. Você quer saber se eu, analisando a prova, amenizo a minha dor de julgar com as informações que eu recebo? Eu tenho que julgar com isso. Essa é a forma que eu tenho realmente de viver, né? O juiz vive convencido pelas outras partes. Se não, ele não vive. O juiz não pode sair por aí se convencendo. É complicado demais. Aí você

não dorme. Eu já durmo pouco, aí então é que eu não dormiria nada. Eu, desde os 14 anos eu durmo 3 horas por dia, 4 horas... Sempre foi assim. Aliás, 4 horas. 5 horas excepcionalmente. A minha temperatura gira em torno de 37°. Neurologistas já me reviraram. Nada. É assim mesmo.” (J6)

Parece-me que o ideal do “dever-ser” incorporado pelo Direito como um dogma causa certo torpor filosófico e ético no campo que acaba angustiando, inquietando e, eventualmente, até mesmo amargurando alguns de seus operadores (LUPPETI, 2007).

A doutrina de Ovídio Baptista da Silva apresenta outra categoria conexas à categoria do *princípio do livre convencimento do juiz: o princípio da identidade física do juiz*⁶⁰. Segundo o autor, “o princípio determina que a colheita de prova vincule o juiz a proferir a sentença, isto é, o juiz que colhe a prova é o que deve prolatar sentença, uma vez que o *princípio da oralidade* tem a finalidade de aparelhar o juiz para decidir. Segundo o autor, este princípio serve para dar consistência e tornar efetivos os *princípios da oralidade e da imediatidade*” (SILVA, 1996:53).

O *princípio da identidade física do juiz*, apesar de não ser adotado pelo ordenamento processual civil brasileiro, é bastante valorizado por alguns dos juízes entrevistados. O que notei foi uma estreita relação entre a valorização do contato com a parte como elemento importante para formação de convicção e a valorização do *princípio da identidade física do juiz*.

“A livre convicção é um instrumento importante. É fundamental. E acho que deveria haver a vinculação do juiz que colhe a prova à sentença, só que seria administrativamente um caos. Mas quando você colhe a prova você decide aquilo de outra forma do que quando você não colhe. Você olha no olho do sujeito. A forma como você interroga... Tudo isto facilita a formação do convencimento.” (J4)

⁶⁰ Código de Processo Civil. Art. 132 - O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Parágrafo único - Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

O trecho da doutrina de Frederico Marques transcrito abaixo é importante, a meu ver, porque vincula o sistema de prova tarifada a um sistema de construção de verdade jurídica cuja finalidade é a reconstituição de fatos. Todavia, não menciona quando e onde este sistema foi adotado⁶¹.

Vejamos o que afirma Frederico Marques: o autor afirma no seu *Elementos de Direito Processual Penal*, “que o *princípio do livre convencimento* (ou da livre convicção) situa-se entre o sistema da *certeza legal* e o sistema do julgamento *secundum conscientiam*”. Neste último, diz o autor, “pode o juiz decidir com a prova dos autos, sem a prova dos autos e contra a prova dos autos: é a chamada *convicção íntima*, em que ‘a verdade jurídica reside por inteiro na consciência do juiz’, que julga os fatos segundo sua impressão pessoal, sem necessidade de motivar sua convicção. Pelo princípio da *certeza legal*⁶², ao contrário, os elementos probatórios têm valor inalterado e prefixado, que o juiz aplica quase que mecanicamente. Já o *livre convencimento* leva o juiz a pesar o valor das provas segundo o que ele deve expor na decisão. Frederico Marques explica que a regra da *livre convicção* não desvincula o juiz das provas dos autos: *quod non est in actis non est in mundo*⁶³. No entanto, a apreciação dessas provas não fica dependendo de critérios legais discriminados *a priori*. O juiz só decide com a prova dos autos, mas avaliando-as segundo o critério da **crítica sã** e racional⁶⁴” (MARQUES, 1997-b:v 2, 275) (grifo meu).

II.3 SISTEMA ACUSATÓRIO E INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

Ovídio Baptista da Silva revê a matéria relativa aos princípios que norteiam a matéria processual, sustentando que a doutrina processual costuma indicar certos princípios informadores do direito processual que, segundo o autor, com maior ou menor intensidade, ocorrem em todos os sistemas legislativos, sejam eles inquisitoriais, sejam eles acusatórios.

O autor apresenta o *princípio do dispositivo*, *princípio da demanda*, *princípio da oralidade*, *princípio da imediatidade*, *princípio da identidade física do juiz*, *princípio da concentração*, *princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias*, *princípio*

⁶¹ No entanto, Foucault, nos seus estudos históricos sobre os diferentes métodos de construção de verdade jurídica no Ocidente, não menciona este sistema, como já ficou demonstrado neste trabalho.

⁶² Esta expressão é usada pela doutrina como sinônimo de prova legal.

⁶³ O que não está nos autos, não está no mundo.

⁶⁴ Mais uma vez, Frederico Marques não esclarece o que entende por crítica sã e racional.

do contraditório e princípio do livre convencimento do juiz. Em seguida, passa a expor o conceito de prova e sua classificação e apresenta os princípios relativos ao direito probatório especificamente, que são: o princípio do ônus da prova, o princípio da necessidade da prova e o princípio da verdade real.

Ponto importante de se notar na descrição da doutrina é que, em momento algum, qualquer dos autores faz menção às características dos sistemas acusatório e inquisitorial, nem localizam tais sistemas processuais no tempo e no espaço, fato que gera inúmeras possibilidades de superposições paradoxais de ambos os sistemas no sistema brasileiro, conforme se demonstrará adiante.

Tem-se afirmado no curso deste trabalho que o direito é um saber local, contextualizado em diferentes culturas e tradições jurídicas, com semântica própria em cada uma delas e fortemente internalizado pelos agentes que atuam em cada campo jurídico específico, a ponto de levá-los a perceber um sistema diferente do seu, avaliando-o de acordo com a cultura jurídica própria do campo no qual atuam. Exemplo disto é a representação que um juiz entrevistado tem do sistema acusatório dos EUA.

“Foi um programa oferecido pelo Departamento de Estado Americano. Isso foi um convite do Consulado Americano. O Departamento de Estado Americano tem um projeto que eles convidam pessoas. Por exemplo, eles estavam interessados em convidar uma pessoa do Judiciário Federal, aí eu fui convidado. Então pode fazer isso se eles estão interessados em convidar pessoas da área de química, aí convidam uma pessoa da área de química. Porque a idéia é que essas pessoas tenham uma visão da *expertize* americana no que essas pessoas fazem, entendeu? Então a idéia, na minha visão, é que você que vai lá a convite deles, conhece o sistema deles, seja aqui um agente multiplicador, em termos ideológicos. Entendeu? Eu suponho que seja isso. Então eles convidam. No meu caso foi um programa só pra mim, mas pode ser pra um grupo de promotores, por exemplo”. O Consulado faz o convite aqui. Fez através do meu Tribunal. Convidou a minha pessoa através do meu Tribunal, meu Tribunal me liberou e eu fui. Passei 15 (quinze) dias. Foi muito bom. Eu gostei bastante Foi muito interessante em termos comparativos. Eu acho que

poderia ter escolhido melhor as pessoas que eu entrevistei. Porque fica muito a critério deles, mas você pode escolher as pessoas e as instituições que você quer ver lá. Mas eu como estava muito enrolado aqui com o mestrado, eu nem tive tempo de me preparar pro negócio. Então eu deixei pra eles decidirem, então algumas entrevistas não foram muito interessantes, agora outras foram muito, sabe? Outras foram muito boas. Fiz uns contatos lá com umas procuradoras de Nova York. Foi muito bom. Estive em Miami, Nova York e Washington. Três cidades. Foi legal.”

“No entanto, eu não concordo com o sistema dele. Eu não concordo porque eu estive nos EUA agora fazendo uma visita, pra conhecer o sistema judiciário americano e, na verdade, os jurados lá decidem em matéria fática. Essa questão de interpretação da lei é tarefa do juiz. Isso é matéria do magistrado lá. Eles (os jurados) decidem a matéria fática, que não é pouca coisa, não. É muita. Os caras decidem se você cometeu um crime ou não, mas interpretação é coisa para o juiz. Competência de jurado é matéria fática. Então realmente o senhor da interpretação é o judiciário, mesmo. É o juiz. É interessante porque essa matéria fática ela sequer é revista em segundo grau. Eu estive conversando com um juiz lá (EUA) e ele estava me dizendo que em 10 anos de magistratura só duas apelações foram providas discutindo matéria fática. Você acredita? Incrível, né? Interessante, né? Então, na verdade, julgamento lá (EUA) é em primeiro grau. Eu até, Regina, posso te dizer que eu não importaria para cá a justiça americana. Não acho que a gente deva importá-la. É impossível, não dá, é outra tradição, mas abstraindo isso, se fosse possível importar o modelo dessa forma, abstraindo a existência de tradições diversas, enfim, eu não importaria esse modelo. Eu acho que eles são extremamente rigorosos no crime. Tudo é o *bargain*. Só 1% vai a julgamento, o resto tudo é barganha e na barganha o pobre se lasca. Porque os caras não têm advogado bom. Detalhe, quando você faz a barganha... É o negócio mais esquisito. Eu assisti lá um prejulgamento, porque essa barganha é feita na frente do juiz, então... Depois eu conversei com o

advogado, porque eu fui visitar uma juíza federal em Miami, ela está com um caso rumoroso desse Fadilha, que é um suposto terrorista da Alcaida. Aí, ela muito simpática, uma juíza negra, muito simpática e fez a gentileza de quando eu fui visitá-la ela chamar um advogado atuante lá e o procurador. E aí o advogado ia me dizendo umas coisas que eu ia abrindo a boca: “Meu Deus...” Coisas assim, por exemplo, a barganha, o *bargain*, quando você faz, você advogado, não tem acesso às provas que foram colhidas contra o seu cliente. Você faz no escuro. Então vai muito da intuição do advogado. Se você pode pagar um advogado experiente, o cara vai fazer a barganha certa. Se você é pobre, ferrou.”

“O acusador não mostra as provas que tem, não. Não mostra. Ele só é obrigado a mostrar em alguns lugares. Porque varia muito de Estado pra Estado. Em alguns estados, ele é obrigado a mostrar mais coisas do que em outros, mas não é obrigado a mostrar tudo o que ele tem, e por isso o poder da barganha. O que os caras querem? Como eles têm uma justiça penal muito abrangente, muito controladora da população de forma geral, não interessa a eles julgar tudo. Eles não têm estrutura pra julgar isso tudo no chamado “*grand jury*”. Não tem condição. Não revelar as provas é uma forma de pressionar o acusado a aceitar a barganha e não ir a julgamento. Entendeu? Eles lidam com o medo, mesmo e também faz parte do sistema a utilização de penas muito desproporcionais. Por exemplo, eu assisti a um julgamento dessa mesma juíza, uma barganha. O rapaz estava sendo processado por um roubo. O rapaz tinha participado nas seguintes circunstâncias. Ele foi órfão... Porque também o interessante lá, (EUA) é que uma Assistente Social faz todo o levantamento da vida da pessoa antes da audiência de barganha. Então a juíza leu o que foi apurado sobre ele. A Assistente Social faz um levantamento conversando com ele (acusado), com os familiares etc. É bacana, sabe? Uma coisa que a gente não tem aqui. Na hora de

you use 59⁶⁵, you don't know anything. You only see the evidence from the car, but you don't know exactly who you are judging. Besides that, you know nothing. There, (EUA) no. There is a survey even of the person's life. Then that guy, up to 11 years, or 8 or 9 years, he had been an orphan. He has an institution that shows. And there, in that era, they found the father in Miami. There the father was looking for him and he lived with the father. He lived very well with the father until 17, but at 17 the father died in a car accident. Look at the luck of the kid! And there the kid became an orphan again and decided to do a lot of nonsense. He got into trouble, had several passages in court and then was arrested, it was the third time for him. There he could have three passages without being arrested. It was the third time for him with the court, this time robbing a house. Robbing a house of a trafficker. Because he is very smart. What was he doing? He was robbing the house of the traffickers, robbing the drug or the money, because the trafficker doesn't know how to do a news-crime in the delegation. He will say: "Dude, the guy stole my drug." Understood? Only that at the moment he was leaving he was arrested. Good, but the fact was that. Know what the penalty is, there (EUA), if he were to be judged and sentenced? Dude, a robbery. Let's talk the truth, a robbery that here is from 4 to 10 years. There is life imprisonment, because it was the third time that he was involved. The second time the prosecutor didn't know how to explain the law that was. He didn't have a sentence. He doesn't need a sentence, it's life imprisonment. And there, the deal was offering him 20 years in prison. 20 years. The defense didn't want him to accept. He was a combative public defender, because obviously the accused was black and poor, understood? And the defense didn't want him to accept, but the judge called for attention: 'Look, if you don't accept you can get a life sentence. Think about it.' And the guy (accused), well, 22 years,

⁶⁵ CÓDIGO PENAL - Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

começou a chorar. Queria aceitar. Aí o advogado (defensor) pediu uma nova audiência pra tentar conversar com o cliente. O rapaz estava apavorado. Claro, ele tinha que decidir se queria arriscar pegar 20 anos ou prisão perpétua. Eu voltei de lá com a impressão ruim do sistema deles.” (J13)

Retomando a doutrina de Ovídio Baptista da Silva, “a inércia é uma das características peculiares da atividade jurisdicional do Estado, que determina que esta só deve se movimentar se for provocada e na medida exata desta provocação. Assim, juízes e tribunais só apreciam os conflitos que são levados ao seu conhecimento pelas partes e devem atender e apreciar estritamente os pedidos deduzidos em juízo pelas partes. O princípio dispositivo é conseqüência lógica e imediata da inércia da jurisdição. Este princípio, segundo o autor, traz a idéia de que o juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes (*iudex iudicare debet allegata et probata partium*), sendo-lhe vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes. Tal princípio vincula duplamente o juiz aos fatos alegados, impedindo-o de decidir a causa com base em fatos que as partes não hajam afirmado; e obrigando-o a considerar a situação de fato afirmada por todas as partes como verdadeira” (SILVA, 1996:48).

Embora sejam muito fortes os traços dos discursos doutrinários analisados que remetem a semelhanças do sistema brasileiro com os sistemas inquisitoriais, existem também expressões fortes e recorrentes que apontam para características de um sistema acusatório, nos quais os juízes não têm poderes probatórios. Assim, aparecem também os discursos que dizem que o livre convencimento do juiz se limita à atividade de apreciação da prova e que a decisão resulta de uma operação racional que parte da análise de provas apresentadas pelas partes e chega a uma conclusão na sentença.

No entanto, o mesmo discurso doutrinário valoriza a prova indiciária no processo penal, afirmando que ela é muito mais segura, em alguns casos, do que qualquer outra e que possibilita condenação penal. É bom frisar que este entendimento afasta o princípio da presunção de inocência, garantida constitucionalmente em nosso ordenamento, uma vez que produz condenação sem que a culpa dos acusados esteja provada nos autos, a não ser por indícios.

Um dos juízes criminais entrevistados, (J2), colocou-me o valor dos indícios, dizendo que o *princípio do livre convencimento* está na justificação da sentença, pois o

trabalho do juiz parte das premissas da acusação e tem que chegar a uma conclusão na sentença. Esta conclusão, a seu ver, é o resultado do confronto que o juiz tem que fazer dos fatos alegados com as provas dos autos, para saber se os fatos são verdadeiros ou não. Às vezes chega-se à conclusão que o réu é culpado, mas não tem prova no processo para condenar e explicou que aí está a diferença entre *livre convencimento* e *íntima convicção*. Disse-me, ainda, que este tipo de situação é muito comum nos casos de estelionato. Explicou que são situações nas quais só uma pessoa poderia ter acesso aos meios fraudulentos, mas não se consegue demonstrar no processo que ela efetivamente praticou esta fraude. A íntima convicção é da culpa porque o juiz tem certeza que só aquele sujeito poderia ter tido acesso ao meio fraudulento.

Deu o exemplo do filho que saca o dinheiro da conta da mãe idosa. Neste caso, há a certeza na íntima convicção da culpa do sujeito, mas o acesso dele aos meios fraudulentos não fica comprovado no processo e a condenação não teria justificativa.

Neste ponto passou a me explicar a afirmação, usando um modelo do tipo de Caio *versus* Tício, muito usado no mundo do direito, especialmente nas escolas, para formular hipóteses nas quais sejam discutidos direitos subjetivos. Disse então: “Vamos trabalhar com um exemplo prático: suponha que Tício, um romano (acho que se referia a um romano antigo, do Império Romano), seja casado com Mévia e se mudou para Roma para estudar, não tendo voltado a sua cidade nem uma vez durante 4 (quatro) anos. Quando retornou, 4 (quatro) anos depois, encontrou a esposa grávida. Concluiu: “Não há dúvida que ela cometeu adultério, tendo em vista que a inseminação artificial era impossível naquela época. Daí se vê que a prova indiciária pode ser muito mais segura do que qualquer outra!”

O entrevistado enfatizou que, muitas vezes, os indícios são muito mais seguros que as provas. Para falar de um exemplo de sua prática, mencionou que foi o que aconteceu num caso recente de crime de corrupção por ele julgado, dizendo o seguinte: “Os fiscais públicos tinham doze milhões de dólares na Suíça; este fato estava comprovado. Não tinham rendimentos que justificassem este patrimônio, não receberam herança ou doações que justificassem a quantia, não podiam receber honorários que justificassem estes valores, já que tinham impedimentos legais para o exercício da consultoria. Pelo livre convencimento, estas premissas me levaram à conclusão que aquele dinheiro depositado no exterior só poderia ser produto de corrupção. Foi por isto que os condenei. De mais a mais, se eles tivessem como comprovar a origem do

dinheiro teriam feito durante a instrução criminal. Se não fizeram é porque o dinheiro era fruto da corrupção.”

Perguntei se ele achava que o *livre convencimento do juiz* poderia justificar um julgamento contra a prova feita no processo. Ele respondeu que o juiz não pode jamais deixar de se manifestar sobre as provas produzidas no processo, a não ser que entenda que a prova tenha sido conseguida por meios ilícitos. Enfatizou, porém, que “prova mesmo é a prova documental, esta é a que não deixa dúvida”.

É nítido na descrição deste juiz que seu raciocínio presume a culpa do acusado, contrariando a garantia constitucional da presunção de inocência e transformando indícios em provas irrefutáveis, assim como fica claro que a sua representação é de que as verdadeiras provas são as provas documentais. Todavia, a condenação com base em indícios aparece como prática aceitável, ainda que contrarie a garantia constitucional da presunção de inocência. Outro ponto que chama a atenção é que o juiz justifica a sua decisão com base em indícios no fato da defesa não ter comprovado fato negativo.

Pelo exposto, ainda que parte da doutrina processual brasileira assegure que a Constituição de 1988 adotou o sistema acusatório de processo que, entre outras características, separa os órgãos de acusação e de julgamento e atribui às partes o ônus da prova, vemos que a representação dos juízes entrevistados aponta para a naturalização das características inquisitoriais do ordenamento jurídico brasileiro e de nossas práticas judiciárias.

II.4 SISTEMA INQUISITORIAL E INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

Amplios poderes probatórios são atribuídos ao juiz nos sistemas jurídicos da Europa continental. Nestes sistemas tais poderes são competência de um juiz de instrução, que preside o inquérito na busca de provas que vão instruir o processo. Entretanto, o juiz de instrução, a quem estes poderes são atribuídos, não é o mesmo juiz que vai julgar a causa. Nos sistemas continentais europeus, os juízes têm atribuição de instrução e de julgamento, podendo exercer as duas funções, embora em processos diferentes. Nos sistemas acusatórios de processo, próprios das nações de *common law*, os poderes instrutórios são atribuídos ao acusador público, representante da sociedade em juízo, nos casos de jurisdição criminal. Nestes sistemas, o juiz não tem poderes probatórios, tendo que ficar adstrito às provas trazidas pelas partes ao processo (GARAPON e PAPADOPOULOS, 2003).

Segundo doutrina brasileira, *princípio do dispositivo* deriva da regra da inércia, segundo a qual a jurisdição só deve atuar quando provocada. O princípio dispositivo determina que o ônus da prova é de quem alega o fato. O *princípio dispositivo* é característico dos sistemas acusatórios de processo nos quais o juiz fica adstrito à iniciativa probatória das partes. Entretanto, no sistema brasileiro, o juiz tem ampla iniciativa probatória, vinculada à formação de seu convencimento, o que faz a doutrina preconizar que adotamos um sistema processual misto: acusatório/inquisitório. Há, entretanto, uma incompatibilidade lógica entre os dois princípios, uma vez que um atribui poderes probatórios ao juiz e outro não. Porém, a doutrina brasileira, como fica demonstrado adiante, busca justificativa para a incompatibilidade, na classificação de nosso sistema processual como sistema misto. Esta justificativa é mais explícita na doutrina de processo penal, embora não fique afastada da doutrina de processo civil.

De acordo com a doutrina de Ovídio Baptista da Silva, processualista civil, “o *princípio dispositivo* costuma se contrapor ao chamado *princípio inquisitório*, segundo o qual compete ao juiz o poder de iniciativa probatória, para a determinação dos fatos postos pela parte como fundamento de sua demanda. Segundo o autor, estes princípios não ocorrem de modo exclusivo em nenhum sistema processual, sendo normal que o legislador de ambos se utilize, dando prevalência ora a um ora a outro. Desta forma, de acordo com o doutrinador, mesmo naqueles sistemas mais comprometidos com o *princípio dispositivo*, onde o juiz tenha limitados poderes de iniciativa probatória, encontram-se exemplos de aplicação do princípio inquisitório⁶⁶” (SILVA, 1996:48).

O mesmo autor prossegue afirmando “que a legislação processual adota esta “mistura de princípios”, uma vez que são bastante amplos os poderes de produção de prova do juiz no sistema brasileiro, tanto no processo civil como no processo penal, conforme os art. 157 do Código de Processo Penal⁶⁷ e o art. 330 do Código de Processo Civil⁶⁸” (SILVA, 1996:48).

⁶⁶ O autor não especifica qualquer exemplo, embora sua proposição seja extremamente generalista, sem evidências de que em todos os sistemas ocorra esta concepção mista.

⁶⁷ Código de Processo Penal Art. 156 - A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Código de Processo Penal. Art. 157 - O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

⁶⁸ Código de Processo Civil. Art. 330 - O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença; I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II - quando ocorrer a revelia (art. 319). Art. 330 com redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.73.

Assim, ainda que a Constituição da República de 88 e parte da doutrina classifiquem o sistema processual brasileiro como um sistema acusatório pelo fato de as funções de acusação e julgamento estarem entregues a órgãos diferentes para garantir a imparcialidade do juiz, os poderes probatórios do juiz dão ao sistema brasileiro cores inquisitoriais bastante fortes⁶⁹ tanto no âmbito do processo penal como no âmbito do processo civil.

Outro ponto a ser destacado é o de que o princípio em análise tal como é descrito por alguns dos julgadores faz com que a atividade decisória seja prévia à análise das provas: o juiz decide antes e busca os elementos probatórios que sirvam para justificar sua decisão num momento lógico posterior, o da fundamentação da decisão. Muitas vezes, estas provas são produto da atividade probatória do julgador, que já a dirige, como se vê no depoimento abaixo transcrito, para que ela sirva de premissa e elemento justificador da decisão que já está previamente tomada.

“O livre convencimento faz a decisão vir antes. Tanto é assim que na hora que eu faço as perguntas, eu direciono para justificar a minha decisão que já foi tomada” (J4).

É possível admitir, com base em representações mentais expressas pelos juízes entrevistados e com base nos depoimentos transcritos neste trabalho, que existem procedimentos mais ou menos regulares, permitindo indicar etapas seguidas nas decisões judiciais. Uma possível visão fenomenológica sobre o livre convencimento e a iniciativa probatória do juiz indica que, mentalmente, primeiro o juiz decide e depois seleciona, no processo, as provas que sirvam para fundamentar a sua decisão. Desta forma, é possível admitir um método destinado a construção da decisão.

Este método aproxima a atividade de julgamento descrita das práticas dos juízes dos sistemas inquisitoriais, os quais dão aos juízes amplos poderes de atividade probatória e a função de descobrir a “verdade dos fatos”, ou o que “de fato aconteceu”.

São representações que apontam, ainda, para a decisão judicial como fruto de uma escolha aleatória e subjetiva do juiz e não como produto de uma operação neutra e imparcial.

⁶⁹ Vale lembrar que o princípio inquisitório traz características ao processo, além da separação dos órgãos de acusação e julgamento. As principais são o sigilo da acusação e a forma escrita do processo. Nesse sentido, ver (LIMA, 1996).

Nota-se, também, que os parâmetros de justiça são orientados por uma tradição que não se manifesta de forma consciente, uma vez que aparecem de forma particularizada, como se dependessem da concepção particular de justiça de cada julgador.

“É curioso essa questão do livre convencimento. Curiosamente, coincidentemente, ontem eu conversava com a defensora pública que saiu daqui agora, porque eu estava fazendo uma brincadeira na sala de audiência e coloquei uma moeda na mão e disse: “Agora eu tô decidindo assim: Se cair cara, eu condeno, se cair coroa, eu absolvo! Brincando com ela! E aí a conversa continuou e ela me perguntou: “Como é que faz? Como é que você faz as suas conclusões? Eu faço o seguinte exercício: eu vejo o que eu quero dar, vejo como eu quero prover e adequo à lei. A lei entra num momento posterior pra mim. Quando eu formo, eu formo primeiro o meu convencimento, esqueço todo o resto. O que é justo pra mim naquele momento, é o que vale. O que vale é o que me parece justo” (J4).

“O princípio da livre convicção do juiz traz, ao mesmo tempo, uma liberdade e uma responsabilidade. Liberdade de decidir como eu achar melhor e a responsabilidade de decidir bem. Tirando os casos mais banais que ficam resolvidos com a fórmula simples de se A é, então B é, o princípio do livre convencimento é fundamental. Ele serve para os casos para os quais há várias soluções possíveis. Trata-se de um exercício de autoconhecimento do juiz. O juiz pode, pelo livre convencimento, escolher a solução que achar melhor e esta escolha é feita por várias motivações internas, culturais e pessoais do juiz. Depois que decido qual a melhor solução para o caso vou à lei e ao processo procurar uma fundamentação razoável. Tirando os casos mais óbvios, eu decido primeiro e depois vou buscar a fundamentação para a decisão” (J3).

Como se vê nos depoimentos acima existe uma tendência que poderia configurar um método usado na decisão judicial que é bastante conhecido dos julgadores que realizam operações mentais similares de busca da confirmação de uma decisão prévia tomada com base numa verdade a eles revelada, o que se aproxima bastante suas formas de decisão de características inquisitoriais.

Em contraste, algumas considerações de Garapon e Papadopoulos (2003) acerca da primazia e da anterioridade do direito no sistema da *common law* merecem destaque, por assinalarem as diferenças mais marcantes entre os sistemas acusatórios e inquisitórios. Ao comentar a expressão *rule of law*, característica do sistema anglo-saxão, eles explicam que esta expressão encerra dois sentidos: o de regra e o de regularidade. Chamam a atenção para a importância, naquele sistema, de que toda ação, pública ou privada, seja inscrita numa forma previamente definida, que a purga assim de seu caráter arbitrário. Neste sentido, dizem os autores, nos sistemas de *common law* é preferível uma regra injusta mas previsível, do que uma justiça dependente da personalidade do juiz, pois a injustiça seria menos grave se fossem respeitadas as exigências do Estado de direito (GARAPON e PAPADOPOULOS, 2003).

Além da ocorrência de uma decisão prévia à análise das provas, é recorrente também a referência à intuição nos processos decisórios, o que, a meu ver, aponta, mais uma vez, para uma experiência de acesso a um saber revelado, conforme ilustram o trechos de entrevista, a seguir transcritos:

“Você quer saber como é que eu decido, mesmo? Vou te dizer: Eu leio a inicial e mais especificamente o pedido, e por ali já tenho uma idéia do que a pessoa quer. Depois leio os fatos. Se for um tema desconhecido que eu nunca tenha decidido, aí eu vou à contestação para ver qual é a questão que vai ser discutida. Se for um tema que eu já conheço eu nem vou à contestação, ou, no máximo vou à contestação para não ter problemas com embargos de declaração por ter deixado alguma coisa de fora. Agora, nas questões novas, depois de ler a inicial e a contestação, já se tem uma idéia de qual é o recorte daquele debate e aí já se tende a resposta. Eu acho que a decisão não é um processo racional. É uma escolha sentida, intuitiva, chame como quiser. Depois de decidir, eu vou buscando como justificar a minha escolha. Eu acho que o juiz sente, intui, sei lá

como é que se pode chamar isto. Eu acho que o juiz não decide, acho que ele escolhe, aí decide e depois justifica (J10).

“Apreciação da prova é o momento que vamos avaliar o fato. Isso vai muito do dom de cada juiz. Da forma e da conduta de trabalho de cada um” (J5).

“O juiz que está no processo normalmente ele já sabe o que vai fazer. Ele busca, então, elementos seguros de convencimento para aquilo que ele já resolveu fazer. Se ele não encontrar, após a decisão, ele confirma a sua tendência. Modernamente, com essa questão até um pouco mais globalizada, a ideologia dos juízes foi se ajustando para algumas tendências. Então nós temos grupos de juízes que se afirmam na ideologia mais democrata. Temos então um grupo de juizes que segue uma tendência religiosa e um outro grupo de juízes que segue uma tendência mais voltada para as ciências sociais. Então os juízes mais modernos estão se ajustando por ideologias e aí que eu penso que é um risco muito grande porque a isenção do juiz passa a ser comprometida com sua idéia preconcebida do contexto social. Então nós temos juízes, por exemplo, que são a favor da redução da maioria penal e que, portanto, não aplicam o Estatuto da Criança e do Adolescente nas suas denúncias porque eles são a favor de que o estatuto não se aplique naquele caso” (J12).

Bárbara Lupperti, em sua investigação sobre o princípio da oralidade, afirma que “o direito brasileiro, assumindo a idéia de que a verdade jurídica é transcendente, internaliza a concepção de que as soluções também o são e, portanto, em algum momento deverão ser reveladas magicamente. Ocorre que, de fato, as soluções do Judiciário não serão reveladas se os próprios operadores do campo não se utilizarem de outros (novos) mecanismos para, ao menos, refletirem sobre a sua atividade e, com isso, aprimorá-las” (LUPPETI, 2007).

II.5. O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL COMO REITOR DA CONSTRUÇÃO DA VERDADE JURÍDICA

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 seu respeito, uma vez que, como já foi visto no capítulo anterior, na nossa sensibilidade jurídica a realização da justiça depende da descoberta da “verdade real”. Todavia, esta concepção do campo jurídico sobre a “verdade real” preexistente está em contradição com as formas de construção de verdade nas ciências, tanto nas ditas ciências naturais como nas ciências sociais, uma vez que toda a 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 uma verdade que não precisa ser investigada, porque é real (BOURDIEU, CHAMBOREDON E PASSERON, 2004:45-48 e 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 segundo 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 afirma, baseado em FENECH⁷⁰ (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 lãs partes que aparescan realizados.*”⁷¹ 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 que lhe

⁷⁰ *Apud* (MARQUES, 1997-b:v2, 255). Frederico Marques não cita a referência completa da obra. Em consulta à biblioteca virtual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, encontrei a referência completa da obra, a saber: FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. 2. Ed, 2 v. Barcelona: Editorial Labor, 1952.

⁷¹ O julgador deve chegar à verdade dos fatos, tal como eles ocorreram historicamente, e não como as partes querem que eles pareçam ter acontecido.

pareça dúbio ou suspeito. Neste ponto o autor cita novamente VINCENZO MANZINI⁷² in *O Trattato di Diritto Processuale Penale* de 1932 (MARQUES, 1997-b:v2, 255).

Kant de Lima, ao estudar a construção da verdade jurídica no sistema processual penal brasileiro, considera que: “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 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*’ (GRINOVER, 1999, pp. 78-79, grifo do autor)” (KANT DE LIMA, 2004 – a:8).

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. Frederico Marques segue, citando a sua própria obra *Instituições de Direito Processual Civil* (1959)⁷³, dizendo que essa regra geral está, no entanto, sujeita a algumas exceções.

⁷² *Apud* (MARQUES, 1997-b: v2, 255). Frederico Marques não cita a referência completa da obra. Em consulta à biblioteca virtual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo encontrei a referência completa da obra, a saber: MANZINI, Vincenzo, 1872-1957. **Trattato di diritto processuale penale italiano, secondo il nuovo Codice / con prefazione di Alfredo Rocco**. Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1931-32.

⁷³ *Apud* (MARQUES, 1997-b:v 2, 254). Frederico Marques não cita a referência completa da obra. Em consulta à biblioteca virtual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, encontrei a referência completa da obra, a saber: MARQUES, José Frederico. **Instituições De Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

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, 1997-b:v 2, 254).

Retomando a doutrina de Frederico Marques, 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.

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, depois de formar sua convicção, aplica os mandamentos legais adequados aos fatos assim esclarecidos, desobrigando-se, desta forma, do cumprimento da prestação jurisdicional consistente em julgamento da pretensão punitiva (MARQUES, 1997-b:v 2, 258).

Afirma Frederico Marques, 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 que se contém na acusação. E isto só acontece quando emergem da instrução de maneira fiel e real os acontecimentos que motivaram a acusação. Para tanto, necessário é, também, 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. De tudo se segue que a prova atinge seu objetivo de restauração de um acontecimento pretérito, à primeira o procedimento probatório, e à segunda, a valoração dos elementos que este procedimento obtém e fornece. 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, 1997-b:v 2, 259).

Frederico Marques continua, afirmando 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 lei⁷⁴ 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 exploração das fontes de prova. O autor continua, afirmando 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*. Neste ponto o autor cita ETTORE DOSI⁷⁵, in *Sul principio del Libero Convincimento del Giudice nel Processo Penale* de 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, 1997-b: v 2, 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, com base nisto, 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.

Entretanto, a visão de Frederico Marques não é suficiente para uma percepção hegemônica do campo do direito brasileiro. Exemplo disto é a criação dos Juizados Especiais, instituídos pela Constituição da República de 88⁷⁶, que implanta a possibilidade de transação penal e valoriza a construção consensual de verdade jurídica. Esta última possibilidade é característica do sistema processual das tradições de *common law*, especialmente do direito estadunidense. Ambos os sistemas – o da justiça comum e o dos juizados – convivem atualmente no nosso sistema processual, o que causa consideráveis distorções quanto a sua unidade lógica interna, uma vez que o

⁷⁴ Trata-se, mais uma vez, das questões suscitadas pela representação doutrinária do sistema de provas tarifadas que já foram tratadas no capítulo anterior.

⁷⁵ *Apud* (MARQUES, 1997-b:v 2, 259). Não há qualquer referência nem da obra nem do autor na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, assim como não encontrei referências em pesquisa realizada na *internet*.

⁷⁶ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Art. 98** - A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes 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 sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

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, paradoxalmente, acaba por minimizar tais distorções (AMORIM, 2006:149-174).

Os trechos das entrevistas apresentados abaixo demonstram esta sobreposição de lógicas, quando o julgador afirma que tem função de conciliação e, ao mesmo tempo, que busca a *verdade real* para o julgamento. Ora, os sistemas jurídicos que constroem a verdade processual pela produção de consensos sucessivos — conciliações — não privilegiam a verdade real, neles a verdade processual é construída. Por outro lado, os sistemas que privilegiam a descoberta da verdade real descartam a conciliação.

A iniciativa probatória do juiz aparece nitidamente naturalizada, sem que haja qualquer alusão à incompatibilidade desta 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, uma vez que, como já foi discutido no capítulo anterior, as categorias justiça e “verdade dos fatos” estão permanentemente associadas no discurso dos juízes quando descrevem suas práticas de julgamento.

Por outro lado, Geraldo Prado 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 afirmando que “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. Afirma, ainda, que no modo inquisitorial de processo, o que prevalece é o objetivo de realização do direito penal material, enquanto que 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, 2006:104).

Continua a distinção, afirmando que “no processo acusatório o direito de ação tanto como o de defesas, 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 causa⁷⁷” (PRADO. 2006:114).

As representações expressas a respeito da iniciativa probatória do juiz no sistema processual brasileiro, no entanto, não aparecem 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 transcritos.

“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

⁷⁷ Por justa causa o autor entende indícios de autoria e da existência da infração penal.

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 o senhor preside esses acordos?”

“Claro. Quando eu não presido o conciliador preside. O conciliador faz o acordo e a gente só homologa. Hoje, por causa da Maria da Penha⁷⁸, 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, em briga de marido e mulher acaba ou em separação ou em reconciliação. Ontem..., 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\$ 700,00, quando chegaram os dois abraçados aqui, reconciliados” (J5).

Vale aqui chamar a atenção, mais uma vez, para a representação da concepção de verdade que prepondera no campo jurídico brasileiro. Esta concepção é afirmada por José Frederico Marques em sua doutrina. Diz o autor que, “*ex vi*” do disposto no art. 131 do Código de Processo Civil⁷⁹, vigora, entre nós, para valoração da prova, o *princípio do livre convencimento*.

⁷⁸ Lei Maria da Penha - **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

⁷⁹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - 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.

Nos trechos de entrevistas que se seguem, nota-se que é pacífico no campo jurídico brasileiro a concepção de *verdade real*, como uma verdade absoluta, colocada em algum lugar misterioso à espera de 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*.

Analisando o mesmo trecho, nota-se claramente que também é pelo canal da prova que os fatos criam situações jurídicas, e cabe ao juiz, pelo seu *livre convencimento*, atribuir esta condição aos fatos que restarem provados, estando obrigado, não a considerar todos os fatos que tenham sido demonstrados no processo, mas sim 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 157⁸⁰ me dá essa brecha de buscar provas quantas vezes eu quiser. Eu posso, por exemplo, interrogar uma testemunha 10 vezes. Faço sempre. Principalmente quando a prova é conduzida por outro” (J4).

“Por exemplo, posso citar que tem desembargadores aqui e colegas juízes 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? Se ele chama e ouve essa testemunha ele poderia ter uma visão totalmente diferente

⁸⁰ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL Art. 157 - O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

daquilo. É uma forma, inclusive, de você, não explorando as probabilidades probatórias que tem, estar contribuindo para a impunidade. Esse é um entendimento meu. Que não é absoluto. Tem muita gente que pensa o contrário. É o que está escrito, pronto e acabou. Você deve ter encontrado muita gente que pensa assim. Se não encontrou, vai encontrar” (J4).

Assim, 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 estas não servirem, “a seu sentir”, para fundamentar a decisão que está previamente concebida. Assim, no sistema processual brasileiro, em vez do 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. Pó, 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 9099 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, que explicita na sua representação 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, que deixa clara a concepção de verdade atualizada no campo jurídico brasileiro. Ele afirma que, “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, por exemplo” (SANTOS, 1996, v. I).

O mesmo autor prossegue dizendo que “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” (SANTOS, 1996, v. 1).

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 ou a 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.

O trecho 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.

“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 ele 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 idéia 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 o autor cita o autor

italiano FLORIAN⁸¹. Segue citando outro autor italiano, CAPAGRASSI, in *Giudizio, Processo, Cienza, Verità*, de 1950⁸², que 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, 1997-b:v. 1, 254).

A descrição do discurso doutrinário brasileiro, quer no campo do processo civil ou no do processo penal, demonstra a nitidez das características inquisitoriais do nosso sistema processual. O sistema de inquérito não se restringe ao processo penal brasileiro. As características inquisitoriais nos 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 do professor Ernâni Fidélis dos Santos, 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” (SANTOS, 1996).

A doutrina de Moacyr Amaral Santos, processualista civil igualmente consagrado no campo jurídico brasileiro, afirma em seu *Primeiras Linhas de Processo Civil* que “não se encerra o ciclo probatório com a produção das provas. 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

⁸¹ A obra citada foi *Elementos de Derecho Procesal Penal* de Eugênio Florian, pp308-309, de 1934. Não há na bibliografia qualquer referência à editora da obra.

⁸² Não há na bibliografia apresentada no final do volume qualquer referência a este autor nem à sua obra ou à editora dela.

persuadir-se da verdade com referência à relação jurídica controvertida: está fornecida a prova no sentido de *elemento de prova*”. (SANTOS, 1995: vol. II, 377 e seguintes).

É de se notar que nos dois trechos doutrinários citados acima 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, mas é concepção reitora do processo judicial civil ou trabalhista. A concepção de verdade prévia e absoluta a ser descoberta orienta, assim, todo o sistema processual brasileiro.

Amaral dos Santos cita MALATESTA⁸³, processualista italiano, que 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 continua dizendo que “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 dos 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, 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” (SANTOS, 1995:vol. II, 377 e seguintes).

Segundo Ovídio Baptista da Silva, 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 se dá ao

⁸³ *Apud* (SANTOS, 1995: vol. II, 377 e seguintes). Amaral dos Santos não cita a referência completa da obra. Em consulta à biblioteca virtual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, encontrei a referência completa da obra, a saber: MALATESTA, Nicola Framarino de. *Lógica das provas em matéria criminal*. [Trad] João Alves de Sá; [Pref.] Emílio Brusa. Lisboa: A M Teixeira, 1911.

papel do julgador, que é justificado pela missão que lhe é atribuída de descobridor da *verdade real*. Fica claro que o processo é concebido, no sistema brasileiro, como poder do juiz e não direito do cidadão, uma vez que o juiz tem a função, ou talvez a missão, de descobrir a real “verdade dos fatos” para poder realizar a justiça.

A representação dos doutrinadores sobre a verdade processual não encontra grande discrepância entrevistas feitas com os julgadores, como ilustra o trecho a seguir, onde 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. É de se notar no trecho a seguir apresentado, que o julgador, para “se inserir na realidade deles” – dos jurisdicionados – cidadãos – parte de seus próprios preconceitos e não dá voz aos jurisdicionados.

“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” (J9).

“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 do julgador “descobrir” a verdade. Tratando-se da descrição de uma causa civil, é a idéia 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 do juiz não se deixar levar pela retórica dos advogados. Há, portanto, na representação deste julgador a atribuição de importância à presença da parte no processo. No entanto, esta 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.

“Então 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 errar 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 a uma única, onde sejam feitos a instrução da causa e seu julgamento, para que o princípio da oralidade seja observado, segundo Ovídio Baptista da Silva.

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 tempo⁸⁴ (SILVA, 1996:53).

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 este princípio. Em outras palavras, como na representação dos julgadores a finalidade do processo é descobrir a verdade 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.

⁸⁴ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - DA INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Código de Processo Civil Art. 450 - No dia e hora designados, o juiz declarará aberta a audiência, mandando apregoar as partes e os seus respectivos advogados.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL Art. 451 - Ao iniciar a instrução, o juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 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.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 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.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 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 convencionarem 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.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 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.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL Art. 456 - Encerrado o debate ou oferecidos os memoriais, o juiz proferirá a sentença desde logo ou no prazo de 10 (dez) dias⁸⁴.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 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 - Subcreverão 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.

No trecho a seguir transcrito, 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 verossimilhança⁸⁵ 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 esta redução torna menor o número de oportunidades de se chegar à verdade. Vale pontuar também que, a meu ver, o julgador representa esta problemática como se ela fosse só dele. Vejamos:

“Então 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? Quanto 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 a nossa verdade com base naquelas verdades apresentadas e isso a gente sabe que gera uma série de variantes”. Primeira variante: Será que 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.⁸⁶ Cansei de ouvir a parte chegar pra mim e dizer: “Pôxa! 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).

O entendimento afirmado por Theodoro Júnior, processualista civil brasileiro, em seu *Curso de Direito Processual Civil*, corrobora a mesma visão. O autor afirma que

⁸⁵ Segundo o Dicionário Novo Aurélio da Língua Portuguesa, verossimilhança é qualidade ou caráter de verossímil. Verossímil, segundo o mesmo dicionário, é aquilo que parece verdadeiro, aquilo que é provável.

⁸⁶ Esta passagem do discurso deixa claro que o julgador representa a verdade como valor absoluto, representando que é possível a parte não ver a verdade.

a prova se destina a produzir a certeza ou convicção do julgador a respeito dos fatos litigiosos. (THEODORO JÚNIOR, 1995: vol. I).

Fidélis dos Santos, doutrinador de processo civil, afirma, por sua vez, 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 CPC⁸⁷), e, sendo necessário, ou, pelo menos, de evidente utilidade, determinar, de ofício, provas técnicas e de observação pessoal, hipótese de perícia (art. 420⁸⁸) e da inspeção judicial (art. 440⁸⁹) (SANTOS, 1996:vol. I).

No trecho da doutrina de processo civil apresentado acima, 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 conseqüente realização da justiça. Desta forma, em última análise, o que justifica o caráter marcadamente inquisitorial da atividade judicante, entre nós, é a solidariedade entre as idéias de verdade e justiça, verdade esta que é revelada pela formação do *livre convencimento do juiz*.

Tratando das limitações do livre convencimento do juiz, Frederico Marques afirma que ainda limita o livre convencimento o princípio de que o juiz, na sentença, tem de cingir-se à imputação contida na denúncia. Donde, segundo o autor, ser-lhe inadmissível condenar alguém por fato não descrito na acusação, muito embora as provas dos autos demonstrem a existência do novo fato delituoso. Outras questões, diz o autor, de ordem processual, como, por exemplo, a coisa julgada, também condicionam a decisão segundo o livre convencimento. O repúdio ao formalismo (que está inerente à verdade real e ao livre convencimento) não vai a ponto de admitir-se *tabula rasa* dos

⁸⁷ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 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.

⁸⁸ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 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.

⁸⁹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 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.

preceitos que disciplinam a relação processual. Não pode o juiz dar sentença de mérito ante a ausência de pressupostos processuais, pois a livre convicção não se confunde com a liberdade de formas no processo, e tampouco desvincula o juiz da obediência aos mandamentos legais do Direito Processual (MARQUES, 1997-b:v 2, 277).

A doutrina de Ovídio Baptista da Silva, no entanto, apresenta o princípio da verossimilhança que relativiza a verdade processual, tendo em vista que, segundo o autor, o estabelecimento dos fatos através das provas colhidas num determinado processo judicial e a convicção que sobre eles formamos jamais poderão afastar a possibilidade de que o contrário possa ter ocorrido. Assim, a verdade dos fatos processuais, segundo a doutrina examinada, não passa de simples verossimilhança. O princípio da verossimilhança domina literalmente a ação judicial. É com base nele que o juiz profere a decisão de recebimento da inicial, dando curso à ação civil (SILVA, 1996:55).

Já para Frederico Marques existe uma aproximação linear entre o princípio da verdade real e princípio do livre convencimento e ambos informam o processo brasileiro, quer em matéria civil ou trabalhista. Este autor, considera ainda o princípio do livre convencimento como a mais recomendável das formas e sistemas de valoração da prova (MARQUES, 1997-B, v2:277).

II.6 A VERDADE E A MENTIRA NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

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 mentira a de uma das partes deveria estar na esfera de preocupação da parte contrária. Deveria competir a cada parte comprovar e desacreditar as alegações da outra parte, uma vez que este exercício faz parte da 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 que transcrevo a seguir.

“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 era 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. Comprova, sei lá. Tava duro, foi arrumar um dinheiro. O tráfico penaliza com 15 anos, no Brasil. Eu vou dar 5 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 prende 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 sejam aquele entendimento 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 TJ” (J10).

A doutrina postula que o *princípio do contraditório* é uma regra que impõe a possibilidade de manifestação da parte adversária todas as vezes que uma parte comete um ato processual. Segundo a doutrina, a regra é a de que ninguém deve ser condenado com base em provas sobre as quais não teve oportunidade de manifestar. Assim, o princípio do contraditório impõe, antes de tudo, a ciência dos atos processuais à parte contrária e a abertura de prazo para que esta se manifeste relativamente a ele (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1997).

Entretanto, o contraditório, em fase judicial, não implica necessariamente a manifestação direta das partes e sim de seus representantes legais: os advogados. Estes, por sua vez, lançam mão de quaisquer argumentos que sirvam para defender seus representados. Neste afã defensivo, costumam usar falsos argumentos destinados a produzir efeitos favoráveis a seus clientes. São as chamadas “mentiras técnicas”, muitas vezes difíceis de serem contentadas pela parte adversária, pois fazem analogias com leis e com doutrinas que reforçam sua discutível veracidade. Eis a que se resume o rito do

contraditório no processo, segundo a doutrina. Porém, os elementos resultantes do rito contraditório entre as partes não têm validade absoluta no processo brasileiro, uma vez que a iniciativa probatória do juiz permite que ele interfira no exercício contraditório disponibilizado obrigatoriamente para as partes no curso do processo judicial.

Por outro lado, a pluralidade de interpretações legais admitidas no direito brasileiro, dado o dissenso existente no campo jurídico, permite que o contraditório se estabeleça para discutir qual o “melhor direito” aplicável ao caso. Parte da doutrina chega a mencionar que a decisão judicial deve prolatar um “direito justo”, o que supõe a existência de um direito injusto (DINAMARCO). Assim, de maneira peculiar, o convencimento do juiz é possível, no direito brasileiro, tanto em matéria de fato como em matéria de direito.

O contraditório entre as partes é visto, no campo jurídico brasileiro, como procedimento democrático e que permite acesso das partes ao processo, entretanto, ao mesmo tempo, entendido como uma luta de armas entre as partes, lembrando os duelos tradicionais, em que a verdade e a justiça estavam ao lado daquele que sobrevivesse à prova. Todavia, a lógica do contraditório parece ter influência mais destacada no direito brasileiro.

Maria Stella de Amorim traz uma contribuição importante a respeito do tema afirmando que “entendimentos dissonantes na doutrina sobre um mesmo texto legal levam o magistrado a enfrentar dois níveis de conflito para decidir: primeiro, ele precisa resolver conflitos de interpretação, para depois sentenciar sobre o conflito material em apreço. Tal situação sugere a presença predominante da lógica do contraditório em todo o Direito Brasileiro, abrangendo tanto a dimensão chamada teórica como a doutrinária e a prática. Assim sendo, a lógica do contraditório vai para além da fase processual assegurada às partes, o que dificulta firmar consensos sobre os valores sempre envolvidos nas apreciações judiciais e que também estão presentes na sociedade. Neste sentido, a lógica do contraditório é um tipo de lógica sem fim, em que a argumentação dos participantes do cenário comunicativo só é interrompida pela autoridade. Nesta tradição, seguida pela justiça brasileira, sem a intervenção de um *tertius* para interromper o contraditório, ele poderia prosseguir até o infinito. Do mesmo modo, entre operadores e doutrinadores, o papel da autoridade, concebida como independente e livre para decidir, põe fim ou interrompe a contradita, sem que seja socializado entre os interlocutores algum consenso judicial sob a matéria em apreço. O contraditório

difere de outras lógicas abertas, em que a argumentação visa a obter consenso entre os participantes da questão, sejam eles autoridades ou não” (AMORIM, 2006:149-174).

II.7 SUSPEIÇÃO E PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Se o nosso sistema processual associa as categorias de *verdade e justiça*, o juiz tem sempre que desconfiar para estar seguro de que chegará à verdade para poder fazer justiça. Para tanto, nota-se que há preocupação recorrente entre os julgadores de assegurar que a parte ou a testemunha não estão mentindo, o que os faz suspeitos de culpa de antemão.

Assim, o *princípio da presunção de inocência*, tido pela doutrina como garantia constitucional, é nominal em nosso sistema processual uma vez que faz dos cidadãos – tanto réu, como autor, como testemunha – atores presumidamente suspeitos de não estarem dizendo a verdade.

Nota-se que há constante preocupação entre os juízes, que chegaram a manifestar tal preocupação e demonstram desenvolver “técnicas especiais” de inquirição para prevenirem a mentira.

No próximo trecho transcrito, o julgador descreve sua técnica de interrogar as testemunhas para ter certeza de que elas não estão mentindo, o que demonstra a presunção de suspeição.

“Então, eu não permito nunca que a testemunha conte a história. Não existe essa possibilidade. Então 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 quê, 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, 1993:25).

Como já vimos, a finalidade do processo brasileiro é revelar a verdade, uma vez que sem a verdade, não se pode fazer justiça. Com isto, 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 esta 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 abaixo, o julgador explicita que a suspeição se estende, inclusive, sobre o próprio livre convencimento.

“É. Olha lá, tá 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 idéias 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).

CAPÍTULO III

O DIREITO PROBATÓRIO. ÔNUS E NECESSIDADE DA PROVA

Esse capítulo tratará da produção probatória no processo judicial brasileiro, destacando o poder dos julgadores sobre a iniciativa probatória das partes e da importância da sentença em fase conclusiva do processo. Visa-se demonstrar que, ainda que a maior parte dos julgadores entrevistados atribua ao sistema processual brasileiro uma natureza acusatória e ainda que haja regras explícitas sobre o ônus das partes de produzir as provas que vão instruir o pedido deduzido em juízo, nenhum deles acha possível julgar sem poderes probatórios próprios, uma vez que segundo o que justificam, não teriam instrumentos necessários para chegar à “verdade dos fatos” e assim fazer justiça.

III.1 O DIREITO PROBATÓRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ÔNUS DA PROVA E NECESSIDADE DA PROVA

III.1.1 AS REGRAS SOBRE O ÔNUS DA PROVA: A QUEM CABE A PRODUÇÃO PROBATÓRIA NO SISTEMA BRASILEIRO?

A legislação processual brasileira, segundo Ovídio Baptista da Silva, adota uma “mistura de princípios” inquisitórios e acusatórios, uma vez que são amplos os poderes de probatórios do juiz no sistema brasileiro, tanto no processo civil como no processo penal, conforme os arts. 156 e 157 do Código de Processo Penal⁹⁰ e o art. 330 do Código de Processo Civil⁹¹.

A legislação processual civil brasileira disciplina a matéria relativa ao ônus da prova, deixando sempre para o julgador extensos poderes de produção de prova conforme os seguintes dispositivos legais que tratam da matéria:

⁹⁰ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL Art. 156 - A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução, ou antes, de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ART. 157 - O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

⁹¹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art. 330 - O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença; I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II - quando ocorrer a revelia (art. 319). Art. 330 com redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.73.

Código de Processo Civil Art. 333 – O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único – É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Código de Processo Civil Art. 342 – O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Código de Processo Civil Art. 343 – Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento.

A regra fundamental no direito probatório brasileiro, segundo a doutrina Ovídio Baptista da Silva, é aquela que confere expressão legal ao princípio dispositivo. Está no artigo 333 do Código de Processo Civil, segundo o qual o ônus da prova incumbe às partes, cabendo ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova de algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Tal princípio, porém, é afastado inúmeras vezes, nas quais o juiz não fica na dependência da iniciativa probatória das partes na investigação dos dados da causa. Eis algumas delas: o juiz, segundo dispõe o artigo 342, pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa; entre outras (SILVA, 1996:48).

No trecho da doutrina acima descrito, o autor valoriza o princípio dispositivo, dizendo que ele é a base do direito probatório. Ora, se o princípio é de tamanha importância, os poderes probatórios do juiz deveriam ser diminutos ou sequer deveriam existir. No entanto, no mesmo parágrafo, o autor apresenta as exceções, sem problematizar a interferência que a possibilidade de produção probatória do juiz pode ter sobre sua imparcialidade.

Ao explicar o objeto da prova, a doutrina de Ovídio Baptista da Silva faz menção à regra do ônus da prova e dá a impressão de que só às partes incumbe provar o alegado, no sistema processual brasileiro. É curioso notar que o autor não noticia os amplos poderes probatórios atribuídos ao juiz pela lei, que, nos discursos analisados,

aparece como o mais importante instrumento de formação do convencimento do juiz e de sua decisão sobre as provas.

“Trabalho com matéria civil e aqui é uma comarca tranqüila. É muito tranqüilo, pra quem já trabalhou em certos lugares bem mais complicados. Então até dá pro juiz realmente presidir o processo. Ver qual é a prova, qual a prova que está faltando, pedir a prova que está faltando pra buscar realmente a verdade real. A gente aqui sempre busca, não é só uma questão processual. Eu realmente não utilizo o livre convencimento, como alguns utilizam. Não é ler o que está no processo, se resolver, resolveu; se não resolveu, paciência. Eu realmente procuro a verdade dos fatos. Então realmente o livre convencimento aqui, eu posso dizer que ele é meio relativo em relação a isso. Ele não é uma questão só processual” (J8).

O doutrinador em tela afirma que, segundo um princípio elementar de direito probatório, apenas os fatos devem ser objeto de prova, tendo em vista que a regra de direito presume-se conhecida pelo juiz. O art. 332 do Código de Processo Civil⁹² confirma esta regra ao dispor que a atividade probatória das partes dirige-se a estabelecer a veracidade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa. A regra, porém, diz o autor, admite uma exceção, conforme dispõe o art. 337 do Código de Processo Civil⁹³. Sempre que a parte alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, cabe-lhe o ônus de provar tais regras de direito, a não ser que o juiz, por conhecê-las, a dispense da prova (SILVA, 1996:287).

No entanto, o autor não menciona que a matéria de direito também está exposta ao princípio do livre convencimento, tendo em vista que, devido ao dissenso existente no campo quanto às várias interpretações possíveis da lei, o juiz vai ter que decidir, além dos fatos, o melhor direito a ser aplicado ao caso, conforme trecho de entrevista transcrito a seguir.

⁹² CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ART. 332 – Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

⁹³ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ART. 337 - A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.

“Bom, eu entendo o seguinte. O juiz, eu acho que quando ele dá a sentença, a palavra já diz, a sentença é um ato de sentir, né? Eu tenho que sentir o que está no processo. Eu estou aqui há 15 anos. Vamos lá, o que eu acho que é, basicamente o juiz deve sentir o que está no processo. É claro que aquela coisa acadêmica que você tem que só se restringir às provas dos autos, funciona, mas você traz uma carga do seu conhecimento externo do processo. É claro isso. Sentir é você ler o que está ali, e ali você conseguir tentar imaginar o que efetivamente ocorreu. Porque tudo aqui na área criminal a gente tem que procurar buscar a verdade do fato, o que é impossível. Não tem como. Você tem que tentar buscar... É isso que eu tento fazer em cada processo que eu pego, tentar buscar o que realmente aconteceu ali, naquele momento” (J10).

O trecho da doutrina de Ovídio Batista da Silva que transcrevo a seguir dá a impressão de que o doutrinador estaria fazendo menção às implicações das regras referentes ao ônus da prova na caracterização do sistema processual adotado. Pareceu-me que ele se refere aos contrastes existentes entre o sistema inquisitorial característico dos países da Europa continental e ao sistema acusatório, característico dos países que adotam a *commom law*⁹⁴. No entanto, o tema não é aprofundado por Ovídio Baptista da Silva.

Ele afirma que, embora a questão sobre quem deva provar não integre os chamados princípios fundamentais, parece-lhe “lícito (sic) incluí-lo ao lado destes para simplificar a exposição, mesmo porque, se o estudo do ônus da prova não revela, à primeira vista, uma implicação imediata com qualquer dos princípios de direito probatório, pode-se dizer, sem medo de errar, segundo o autor, que as questões a ele pertinentes decorrem da adoção, por parte do respectivo sistema processual, de certos institutos e princípios formadores das estruturas elementares de qualquer ordenamento processual” (SILVA, 1996:289).

⁹⁴ Sobre o tema, ver: (GARAPON E PAPADOPOULOS, 2003).

O autor prossegue dizendo que “como todo direito sustenta-se em fatos, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça. Pode-se, portanto, estabelecer como regra geral dominante de nosso sistema probatório, o princípio segundo o qual à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito, incumbe o ônus de demonstrar a sua existência. Em resumo, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes” (SILVA, 1996:289).

É necessário enfatizar que *o princípio do livre convencimento do juiz* deve orientar o juiz, segundo o que prega o discurso legal e doutrinário, na apreciação das provas dos fatos trazidos ao processo para que, a partir do seu convencimento, ele possa elaborar a decisão, que nada mais é do que uma norma jurídica dirigida a destinatários específicos e que trata de fato concreto e passado.

Ovídio Baptista da Silva prossegue citando LEO ROSENBERG⁹⁵, in *La carga de la Prueba*, tradução espanhola feita em 1956, da 3ª edição alemã, da qual o autor não menciona a data de publicação, afirmando “que este autor mostra que a necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre de um princípio geral vigente no direito moderno⁹⁶, segundo o qual ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as conseqüências de tal insuficiência probatória”⁹⁷ (SILVA, 1996:290).

Como o trecho acima demonstra, a indeclinabilidade da jurisdição aparece, pois, no discurso doutrinário, como justificativa para a iniciativa probatória do juiz, isto é, pelo fato de não ter possibilidade de se recusar a decidir, o juiz tem que estar aparelhado de amplos poderes probatórios para poder formar sua convicção a respeito dos fatos, da “verdade dos fatos”, e baseando-se nela, poder decidir, fazendo, assim, justiça.

⁹⁵ Rosenberg, Leo, 1879-1963, *Tratado de derecho procesal civil* / Leo Rosenberg; traducción de Angela Romera Vera; supervisión de Eduardo B. Carlos y Ernesto Krotoschin Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.

⁹⁶ Vale ressaltar que Ovídio Baptista da Silva não explica o que quer dizer com a expressão direito moderno. O doutrinador não localiza este direito nem no tempo nem no espaço. Esta prática, entre outras, é um habitus recorrente no campo, que contribui para o hermetismo do saber nele vigente.

⁹⁷ O autor não explica como esta hipótese é disciplinada no Brasil, o que leva a entender que a doutrina espanhola retrocitada é aplicável aqui.

Baptista da Silva continua a exposição de sua doutrina, afirmando que “o nosso Código de Processo Civil (art. 333) mantém-se fiel à regra de que o ônus da prova incumbe a quem alega o fato”. O doutrinador cita Amaral dos Santos, para quem, segundo ele, “o ônus da prova é consequência do ônus de afirmar. O autor só poderá dar consistência objetiva à sua pretensão fazendo afirmações sobre a existência ou inexistência de fatos e a pertinência deles como elementos constitutivos do direito cujo reconhecimento o mesmo pretenda. De igual modo se o réu, ao defender-se, tiver necessidade de fazer afirmações em sentido contrário. Em determinadas circunstâncias, poderá o réu limitar-se a negar os fatos afirmados contra si pelo autor e esperar que este tente demonstrar sua veracidade. Se o réu limitar-se à simples negativa, sem afirmar, por sua vez, a existência de outros fatos que possam elidir as consequências pretendidas pelo autor, nenhum ônus de prova lhe caberá; se, no entanto, também ele afirmar fatos tendentes a invalidar os fatos alegados por seu adversário, então incumbir-lhe-á o ônus de prová-los” (SILVA, 1996:290).

Ovídio Baptista da Silva afirma que “o rígido princípio romano sobre o ônus da prova, segundo o qual invariavelmente este cabe a quem alega e nunca a quem nega (“*actore non probante réus absolvitur*”), sem a menor consideração quanto à maior ou menor verossimilhança dos fatos alegados; sem que ao juiz se permita decidir com base na normalidade do que acontece, segundo experiência comum, mantém um grave e profundo compromisso com a estrutura e os princípios formadores do procedimento ordinário, derivado do procedimento da *actio* do direito privado romano”. O autor afirma que, “ao contrário do direito inglês⁹⁸, que dá notável relevo às provas *prima facie*, liberando o autor do *onus probandi*, quando ele tiver provado a mera verossimilhança dos fatos fundadores de sua pretensão, os sistemas processuais que dependem do sistema romano canônico impõem ao julgador o dever de somente decidir através de critérios objetivos de veracidade e não de verossimilhança⁹⁹. O que o impede o juiz de emitir uma *decisão provisória*, que é uma categoria ignorada pela nossa

⁹⁸ O direito inglês é, por excelência, uma forma usual de solução de conflitos e não um ideal a ser seguido tal como se coloca na tradição romano germânica. Num sistema de common law o direito é produto da atividade de solução de conflitos pela sociedade, enquanto que no sistema de tradição romano-germânica, o direito aparece como um ideal regulador da sociedade (GARAPON, PAPADOPOULOS, 2003).

⁹⁹ *Apud* (SILVA, 1996: 29). Neste ponto o autor cita o autor espanhol Micheli. Ovídio Batista da Silva não cita a referência completa da obra. Em consulta à biblioteca virtual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, realizada em 5 de outubro de 2007, encontrei a referência completa da obra, a saber: Micheli, Gian Antonio. *Carga de la prueba*. PP. 19,2-3, e 488. Buenos Aires: Ejea, 1961. <http://dedalus.usp.br:4500/ALEPH/por/USP/USP/DEDALUS/start>

doutrina, para a qual somente haverá decisão jurisdicional quando o provimento for final e determinante do encerramento do litígio”¹⁰⁰ (SILVA, 1996:29).

De tudo que foi dito sobre o discurso doutrinário a respeito do ônus da prova, depreende-se que ao juiz não é permitido ele próprio por sua atividade produzir prova, mas esta é uma idéia errônea em nosso sistema, uma vez que a lei atribui expressamente ampla capacidade probatória ao juiz.¹⁰¹

Esta contradição está expressa em vários depoimentos colhidos sobre o *livre convencimento* e a *iniciativa probatória do juiz*. Nos discursos transcritos, por sua vez, é recorrente a idéia de que o “juiz moderno”, dos dias atuais, tem que ter um papel ativo no processo e produzir prova para descobrir a “verdade dos fatos” e assim poder fazer justiça. Ora, se a descoberta da verdade dos fatos é pressuposto lógico para a realização da justiça, no discurso dos julgadores, a *iniciativa probatória do juiz* aparece como um instrumento indispensável à atividade decisória e a conseqüente concretização da justiça.

“Como é que a iniciativa probatória influi na formação do convencimento?”

“Eu tenho uma opinião contrária à do pessoal mais garantista. Eles defendem a tese de que o juiz não pode ter iniciativa probatória, porque o processo no Brasil é acusatório, então cabe às partes produzirem as provas. Se o juiz produz prova, ele vai estar tomando partido de alguém. Eles partem por esse entendimento. Eu parto de outro. A minha questão aqui é de descobrir a verdade. Tentar, pelo menos... Então, nesse caminho eu acho que eu posso sim ter iniciativa de produzir provas. Posso sim! Porque a minha busca aqui é descobrir a verdade do fato e não a verdade processual, a verdade que os autos me revelam. Se eu não estou convencido

¹⁰⁰ Estranho a observação do autor, pois as medidas de antecipação de tutela são decisões provisórias muito freqüentes na disciplina processual brasileira, tendo sido generalizadas com a recente modificação do Art. 273 do Código de Processo Civil. Art. 273 - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

¹⁰¹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL Art. 130 - Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

do fato, eu não vou me ater só àquilo que está ali. Eu quero me convencer. Então, eu vou produzir prova: vou pedir perícia; ouvir testemunhas que não foram ouvidas; marcar audiência; interrogar os acusados. Não vejo nenhum problema, acho que posso fazer isso. Alguns garantistas acham que não, que eu estaria invadindo a área das partes. Eu acho que posso. A minha busca aqui é produzir a verdade. Na área civil não. Na área civil, eu não faço isso. É diferente” (J10).

Nesse depoimento aparece a tensão existente na doutrina do campo entre os que acham que o princípio acusatório não admite a iniciativa probatória do juiz e os que acham que a iniciativa probatória do juiz é atributo indispensável para a atividade judicante no nosso sistema processual. O depoimento demonstra que a tensão doutrinária se reflete na atividade dos juízes.

A capacidade probatória do juiz que enfatiza o caráter inquisitorial do sistema processual é muitas vezes mencionada nos discursos dos julgadores entrevistados, como justificativa desta atividade na sua função de descobrir “a verdade”, o que “de fato” aconteceu, como demonstra o depoimento que se segue.

“Eu trabalho em Vara Civil e sou um juiz que me preocupo muito com o convencimento. Eu me preocupo muito em ter o material e convencer as partes de que o que eu estou fazendo está, pelo menos, dentro da lei. Tenho a consciência de que não hei de convencê-las de que eu vou dar a elas aquilo que elas querem, mas eu vou dar aquilo que o direito determina que eu dê. Vou fazer isso de uma forma bem exposta. Eu valorizo todas as provas que eu tenho à minha disposição. Eu uso muito o artigo 130 do código¹⁰². Tem muita diligência que eu determino a realização da prova e acho que o juiz tem que participar da instrução da prova. Na parte criminal, alguns não vêem com bons olhos essa intervenção do juiz. Há um colega nosso, Geraldo Prado, que tem um livro sobre o sistema acusatório que entende que o juiz tem que ser totalmente

¹⁰² Código de Processo Civil – Art. 130 – Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

imparcial. O juiz não deve se atirar na produção das provas. Até mesmo a verdade real dá ao advogado e ao Ministério Público um aparelhamento pra que eles trabalhem. Eu não penso dessa forma. Eu acho que o juiz tem que ser participativo na construção da prova. Ele não pode se convencer, ou convencer as partes, sem estar com o processo devidamente instruído. É isso que eu tenho em mente na hora de compor. E hoje você tem uma gama enorme de instrumentos legais para isso, o próprio artigo 130 que libera o juiz na investigação probatória. Alguns sustentam que é de forma complementar” (J6).

A matéria relativa ao ônus da prova também é tratada na doutrina de processo penal. Nesta matéria, é bom lembrar que o Ministério Público é o autor da ação, em regra, conforme disposição expressa da Constituição da República de 1988, que atribui a ele expressamente a titularidade da ação penal de iniciativa pública¹⁰³. Assim, se o ônus da prova incumbe a quem alega, fica, pelo menos em tese, o Ministério Público encarregado, pela Carta Constitucional de 88, de produzir a prova sobre a materialidade do crime, seu autor e a prova do nexos de causalidade entre a conduta e o resultado típico.

Frederico Marques, citando CHIOVENDA¹⁰⁴ in *Instituições de Direito Processual Civil*, tradução portuguesa de 1943, afirma que “a disciplina legal e jurídica do *onus probandi* se situa entre os problemas vitais do processo”. A seguir, o autor cita LEO ROSENBERG in *Tratado de Derecho Procesal Civil de 1955*¹⁰⁵, afirmando que

¹⁰³ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 - ART. 129 - São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

¹⁰⁴ *Apud* (MARQUES, 1997-b:v. 2, 262). Em consulta à biblioteca virtual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, realizada em 5 de outubro de 2007, encontrei a referência completa da obra, a saber: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*; [Trad] J. Guimaraes Menegale. 2. Ed, 3v. São Paulo: Saraiva, 1943. <http://dedalus.usp.br:4500/ALEPH/por/USP/USP/DEDALUS/start> Giuseppe Chiovenda (Premosello-Chiovenda, 1872 - Novara, 1937) foi um conhecido jurista italiano, autor de diversos livros. Iniciou sua carreira de jurista ensinando nas Universidades de Parma, Bolonha, Nápoles e Roma. Sua contribuição deu-se principalmente na área do Direito Processual, sendo conhecido como um dos maiores expoentes da doutrina jurídica italiana. Seus pensamentos foram referências importantes na elaboração do Código de Processo Civil italiano de 1940. Informação colhida na internet no endereço http://pt.wikipedia.org/wiki/Giuseppe_chiovenda Consulta feita em 05 de novembro de 2007.

¹⁰⁵ *Apud* (MARQUES, 1997-b:v. 2, 262). Em consulta à biblioteca virtual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, realizada em 5 de outubro de 2007, encontrei a referência completa da obra, a saber: ROSENBERG, Leo, 1879-1963. *Tratado de derecho procesal civil*; traducción de Angela Romera Vera; supervisión de Eduardo B. Carlos y Ernesto Krotoschin. 3 v. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955. <http://dedalus.usp.br:4500/ALEPH/por/USP/USP/DEDALUS/start>

“em se tratando de lides de direito privado o ônus da prova constitui ‘a coluna vertebral do processo’”(MARQUES, 1997-b:v. 2, 262) ¹⁰⁶.

Em seguida, o autor sustenta que, “apesar da afirmativa em contrário de grande número de processualistas e penalistas, não há diferença substancial entre as regras que norteiam tão importante problema no processo civil e no processo penal”. O autor continua, afirmando que “a descoberta da verdade, que é a *causa finalis* da instrução processual, está sujeita a limites e restrições no desenvolvimento da atividade processual. A regulamentação formal a que o processo obedece (e sem a qual não se compreenderia a sua existência), de par com as naturais dificuldades que se antolham ao juiz e às partes para que se elucide cabalmente o *factum probrandum*, impedem que a reconstrução dos fatos e acontecimentos, em que se configuram as *quaestiones facti* do litígio, seja realizada com a perfeição que seria de desejar-se” (MARQUES, 1997-b:v. 2, 262).

É bom lembrar que existem muitas posições doutrinárias que divergem da aproximação que Frederico Marques faz entre o processo civil e o processo penal no que tange à iniciativa probatória do juiz, enquanto característica inquisitorial do processo judicial brasileiro. É voz corrente no campo, entretanto, uma usual classificação do processo civil como acusatório, e do processo penal como inquisitório, quando muito como “misto” (acusatório/inquisitório). Esta classificação se baseia na crença de que no processo civil, o ônus da prova incumbe à parte que alega o fato e, no processo penal, a fase do inquérito policial corre a revelia do acusado, razão pela qual ele não apresenta provas, que ficam a cargo da atividade policial. Esta visão é recorrente nos manuais usados na formação dos bacharéis. Todavia, a mesma doutrina não diz que os poderes probatórios do juiz em processo civil são tão amplos que dão ao processo civil brasileiro caráter inquisitorial equivalente ao que é atribuído ao processo penal.

¹⁰⁶ A doutrina de Frederico Marques é anterior ao advento da Constituição da República de 1988, que adotou, segundo parte da doutrina contemporânea, o sistema acusatório de processo, que pressupõe a distinção entre as figuras do acusador e do julgador. Neste sentido, ver (PRADO, 2006).

“Em matéria civil não tem jeito. Você tem que decidir de acordo com o que está escrito e apresentado pelas partes. Então você tem que se limitar ao pedido. Olha como é doloroso! No processo civil, você tem que se limitar ao pedido da parte. Então, você olha aquela prova. Vê tudo direitinho: essa pessoa tinha razão nisso. Porque ela não pediu isso? Isso era o que ela deveria ter feito. Então, você dá uma sentença contrária ao interesse de alguém, quando o bom direito dele seria, se fosse de outra forma” (J5).

Na doutrina, é usual a classificação dos procedimentos penais em inquisitivos, mistos ou acusatórios. No Brasil o processo criminal não é apenas público, mas estatal, o que confere condição bastante restritiva para o acusado, desde o inquérito policial. Desse modo, a garantia do devido processo legal não é do acusado, ou seja, ela não é disponível para ele, pois é regida pelo estado, modalidade que vem sendo abolida nos processos penais, desde o início século XIX, embora antes já invocada por vários pensadores (FERREIRA, 2004). Entende-se aqui que sistemas processuais reúnem um conjunto de regras positivadas e de princípios constitucionais que podem variar de acordo com o Estado e com a época em que estão vigentes.

Como diz José Frederico Marques a respeito de processos penais atuais “o Estado, no processo, torna efetiva, através dos órgãos judiciários, a ordem normativa do Direito Penal, com o que assegura a aplicação de suas regras e preceitos” (MARQUES, 1997-b:v. 1:60).

Complemente-se que, segundo a doutrina processual brasileira, o processo deverá sempre estar norteado pelos princípios e regras constitucionais, adequados ao Estado em que vigoram, desenvolvendo-se de determinado modo, seguindo, em suma, determinado sistema processual. De acordo com a forma de organização estatal, tais regras e princípios podem estar organizados em sistemas diferentes, encontrados no estudo do Processo Penal, quais sejam, o inquisitivo, o misto e o acusatório. No entanto, nem sempre em todos os Estados as regras e princípios estão organizados em etapas necessariamente evolutivas, pode uma das fases sobreviver e até predominar em outra.

No entanto, usualmente se difunde uma classificação de sistemas processuais em etapas, o que leva alguns juristas a concluir que o processo penal brasileiro tem

caráter acusatório. Porém, essa discussão continua aberta e a classificação usual serve como ponto de partida, na forma em que a reproduz a seguir (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1997).

O sistema inquisitivo caracteriza-se por ser chamado de antidemocrático, desumano e discriminatório, pois os princípios que asseguram um julgamento de justa proteção ao réu são afastados. O acusado está sempre sujeito às arbitrariedades de seus julgadores, sendo tratado como objeto do processo, sem direitos subjetivos assegurados, como o direito à defesa, ao contraditório, à oralidade, à publicidade, bem como às demais garantias individuais do acusado são inexistentes ou bastante fragilizadas. Os processos são iniciados de ofício, após denúncias anônimas, e passam de imediato para a fase do julgamento. O procedimento é secreto e escrito, porém não são registradas as palavras do acusado e sim as que a autoridade interpreta e dita para o escrivão. Em razão da busca da verdade real permite-se a tortura, não só do réu, como também das testemunhas. A confissão, enquanto rainha das provas, costuma ser considerada inútil, porque fica submetida a procedimentos previamente concebidos no processo. O magistrado não forma seu convencimento com as provas trazidas aos autos pelas partes, durante o processo, mas passa a convencer as partes ou seus representantes de sua íntima convicção, ou seja, predispõe-se a formar um juízo de valor prévio, muitas vezes, no início da ação penal, e a leva até a proferir sua sentença (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1997).

Na forma com que é usualmente descrito, o sistema inquisitivo foi e continua sendo arma poderosa a serviço de governos não-democráticos, e afastados de modelos de Estados de Direito plenos, uma vez que as garantias e direitos individuais ficam bloqueados para os cidadãos acusados e permanecem na esfera do Estado.

O processo no sistema misto divide-se, geralmente, em três etapas distintas, embora em sua essência continue sendo uno, segundo o paradigma difundido de classificação de procedimentos processuais. A primeira etapa consiste na investigação preliminar desenvolvida de forma sigilosa, a cargo de um magistrado, comprometendo seriamente sua imparcialidade, o chamado juizado de instrução. A segunda fase, nem

sempre existente, consiste na análise de admissibilidade da acusação¹⁰⁷”(CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1997).

A relevância concedida ao sistema misto no processo penal encontra-se na terceira fase, denominada fase judicial. Entretanto essa fase está conjugada com as duas que lhe antecedem. Assim sendo, haveria a presença do magistrado revestido de poderes absolutos e do julgamento, presente neste um órgão acusador independente. Nesta terceira fase do tipo misto, seria garantido o direito à defesa pública e oral ao acusado, de modo a caracterizar a garantia dos direitos fundamentais dos acusados.

Por fim, o sistema acusatório, segundo a doutrina brasileira, em grande parte apoiado na manutenção da integridade da terceira fase do processo misto, caracteriza-se por uma série de princípios inerentes ao processo concebido na atualidade. Tais princípios derivam da ordem constitucional e infraconstitucional vigentes e são chamados de princípios garantistas, ou seja, buscam a assegurar a vigência de garantias individuais dos acusados. São assim entendidos como asseguradores de maior humanização e democratização do processo penal, por afastar resquícios inquisitoriais, dentro dos parâmetros constitucionalmente defendidos.

O processo penal passa então a ser difundido na perspectiva evolutiva usual, enfatizando o tipo acusatório como o mais avançado, pois manteria a defesa do acusado e relativizaria a idéia simplificada de efetivação plena do direito penal material. Adauto Suannes afirma que “o processo penal moderno consiste em “actum trium personam, porém sob a ótica de quem dele precisa, que é o titular do direito público à liberdade” (SUANNES, 1999:139).

Dentre os princípios do sistema acusatório, o essencial consiste naquele batizado com o mesmo nome: “princípio acusatório”. Segundo Geraldo Prado, existe relevante diferenciação entre o que se tem chamado sistema acusatório e o que seja princípio acusatório, mostrando que não se confundem o princípio e o sistema. Sistema acusatório, segundo o autor, é um conjunto de princípios, como publicidade, oralidade,

¹⁰⁷ A segunda fase consistia em uma apreciação, por magistrados, das provas colhidas na fase inicial, o objetivo era de permitir a continuação da persecução penal; a decisão da segunda fase autorizava a acusação em juízo, terceira e última fase do sistema misto. Tal fase pode ser comparada ao que atualmente se pretende com a implantação de um juízo de admissibilidade da acusação, denominado juízo de suficiência de provas, exercido por juiz diferente do que julgará a ação penal. Parece que a idéia não é de todo má, porém, a análise que se deseja desenvolver pode, e deve, ser feita pelo próprio juiz do processo, quando do recebimento da denúncia, incluindo entre as condições para o regular exercício da ação a *justa causa*, entendida como suporte probatório mínimo para a continuidade do processo. A doutrina do processo penal no Brasil já vem abordando nos trabalhos científico-jurídicos a adoção de tal condição, inicialmente defendida, em especial por Afrânio Silva Jardim (JARDIM, 1999).

contraditório, ampla defesa, paridade de armas e, principalmente, isolamento das atividades da acusação, defesa e julgamento, sendo conjunto de princípios, logo, segundo o citado autor, não poderia nunca ser um princípio (PRADO, 2005).

Desta forma, segundo a doutrina de processo penal, o sistema acusatório é um conjunto de princípios, já o princípio acusatório, estrutura essencial do sistema, é a distinção entre as três tarefas do processo, quais sejam, acusar, defender e julgar; o denominado *actum trium personam*. Portanto, característica predominante do sistema acusatório é a separação entre acusador e julgador. As palavras de Teresa Armenta Deu demonstram este entendimento quando a autora afirma que não só a necessidade de separação de função caracteriza o sistema acusatório, mas, também, a essencialidade da acusação prévia, impedindo o desencadeamento de ofício do processo penal, ratificando a posição de expectador do juiz: “*la esencia del acusatorio reside, pues, en primer término, no tanto en la estricta separación entre quien juzga y acusa, sino en la necesidad ineludible de una acusación previa*”¹⁰⁸ (DEU, 1995:31).

O mister do sistema acusatório é, portanto, segundo a doutrina, não só a existência de acusação e defesa contrapostas, e mas a separação total entre a acusação, defesa e o órgão julgador, no intuito de preservar a imparcialidade desse último no julgamento, e também a existência de uma acusação prévia e pública para que o acusado possa se defender.

Carnelutti também afirma que deste distanciamento entre as três “partes” do processo é que surge a possibilidade de o juiz escolher entre as duas soluções apontadas para o conflito concreto. O sistema acusatório é preponderantemente demonstrativo, permitindo às partes a demonstração dos fatos ocorridos, visando convencer o juiz (CARNELUTTI, 1994:302).

Nota-se, portanto, que, segundo a doutrina, para a plena vigência do sistema acusatório, tornar-se-ia essencial a existência da imparcialidade do juiz. Este deve se distanciar da acusação e da defesa para chegar à conclusão final, ou seja, a sentença.

No sistema acusatório de processo, o julgador não deveria participar da colheita de provas, nem ter acesso ao material da investigação preliminar, ou seja, em resumo, o magistrado só deveria conhecer o que as partes, acusação e defesa, lhe trouxerem, sem que para isso tenha que quebrar sua inércia na busca de provas que corroborem quaisquer das versões, sob pena de ver maculada a imparcialidade do ato decisório.

¹⁰⁸ A essência do acusatório está, em primeiro lugar, não tanto na estrita separação entre quem julga e que acusa, mas na necessidade inafastável da acusação prévia.

O trecho a seguir transcrito explicita a atuação do livre convencimento do juiz em matéria de direito, fato que justifica soluções completamente diferentes para casos semelhantes, fato completamente naturalizado no discurso do juiz. O mesmo trecho explicita a influência de fatores subjetivos, externos ao processo, na solução dos casos, além do caráter punitivo do Direito Brasileiro.

“Na questão do convencimento. Por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente diz lá que o jovem tem que ter internação com prova suficiente de autoria. Então, basicamente, você não precisaria da prova da materialidade do fato típico. Mas os juízes que acham que tem que reduzir a maioria penal trazem o Código de Processo Penal pra dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente. Então, o que acontece é que a proposta do estatuto que seria ressocializar foi comprometida com essa transversalidade da punição. Você trouxe para dentro de uma idéia ressocializadora princípios que são ligados à punição. Temos juízes que aplicam o Estatuto da Criança e do Adolescente com uma veia ressocializadora e outros que aplicam a veia punitiva. Nitidamente a gente vê isso. Então o livre convencimento aí saiu daquela esfera evidentemente processual e passou a ser, digamos assim, contaminado com a sua ideologia e ser a favor ou contra determinada lei. Essa idéia do livre convencimento, vamos dizer assim, amplo, incluindo ideologia, regras de experiências, aliás, que o código de processo civil fala isso, né? Regra de experiência. O juiz pra julgar vai precisar da sua experiência, da sua vivência, essa coisa toda. Então você trazendo a sua vivência, a sua experiência de vida, a sua trajetória profissional pra dentro do processo, é quase que impossível você se limitar ao processo. Você quer colocar dentro do processo fatores externos. E por isso o termo “decisões contraditórias”. Interpretações divergentes. Isso tem um lado bom, que é a oxigenação dos entendimentos e, conseqüentemente, a construção de várias tendências, e o lado ruim que é você não ter aquela segurança jurídica de um entendimento bom ou ruim, mas que se repete ao longo do tempo. Então gera aquela

sensação de que a justiça está vulnerável a outros fatores por causa da ideologia. Se duas pessoas têm o mesmo direito e têm soluções diferentes é natural que elas pensem, ou a que foi mais desfavorecida, pense que houve alguma coisa estranha com o seu processo, já que o caso do seu vizinho que é semelhante teve um julgamento diferente do dele. Essa diferença normalmente ocorre por conta dos fatores ligados ao livre convencimento. Não sei se estou me fazendo claro” (J12).

No trecho da doutrina que transcrevo a seguir, a indeclinabilidade da jurisdição e a solidariedade entre justiça e “verdade dos fatos” aparecem como argumentos justificadores da iniciativa probatória do juiz no processo brasileiro.

Frederico Marques afirma que “é por isso que LEO ROSENBERG, na obra já citada, filia o problema do *onus probandi* a essas deficiências naturais para uma completa e satisfatória investigação da verdade. Diante das falhas e omissões que apresenta, muitas vezes, a prova dos fatos, impossível será ao juiz tirar do *nom liquet* em matéria de fato um *nom liquet* em questões jurídicas, uma vez que ao magistrado sempre incumbe o indeclinável dever de julgar. As regras sobre o ônus da prova, em casos tais, fornecem-lhe, no entanto, indicações úteis sobre o conteúdo da sentença a ser proferida” (MARQUES, 1997-b:v 2, 262).

A seguir, Frederico Marques cita WILHELM KISCH in *Elementos de derecho procesal civil* de 1940, dizendo que, “além disso, os princípios sobre ônus da prova orientam a atividade processual das partes, visto que lhes mostra a ‘necessidade jurídica de atuarem com diligência, se pretendem evitar prejuízos e inconvenientes’” (MARQUES, 1997-b:v 2, 263).

Frederico Marques prossegue dizendo que “o art. 156 do Código de Processo Penal¹⁰⁹ dispõe taxativamente¹¹⁰ que ‘a prova da alegação incumbirá a quem a fizer’. Essa passagem, segundo afirma o autor, “é mais do que suficiente para mostrar que existe, em nosso Processo Penal, um *onus probandi*” (MARQUES, 1997-b:v 2, 263).

¹⁰⁹ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 156 - A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

¹¹⁰ O termo *taxativamente*, em linguagem jurídica, deve ser lido como sinônimo de estritamente. Assim, quando um rol legal é taxativo, ele só pode ser ampliado por expressa previsão legal, isto é, por força de lei, ao passo que se o rol é exemplificativo pode ser ampliado por analogia.

Vale ressaltar, ainda, Frederico Marques não associa o tratamento da matéria relativa ao ônus da prova com a matéria relativa à iniciativa probatória do juiz de decisão da causa. Entretanto, na prática, a iniciativa probatória do juiz anula o ônus da prova, pois aquilo que não for provado pela parte poderá ser sempre matéria de prova produzida pelo juiz. O ônus implica necessariamente um prejuízo imposto a quem não cumpre sua obrigação. Ora, se a parte não vai arcar com prejuízo algum se deixar de produzir prova, porque o juiz vai acabar por fazê-lo, a iniciativa probatória do juiz anula as regras relativas ao ônus da prova.

Frederico Marques, no entanto, não deixa de apontar a divergência existente na doutrina a respeito da matéria sobre o ônus da prova. O autor chama a atenção “de que na doutrina estrangeira, mestres autorizados fazem afirmativas no sentido da existência do ônus da prova concomitante à iniciativa probatória do juiz de instrução, o que influi no pensamento de alguns eminentes cultores do direito processual pátrio, que, no entanto, não se apercebem que, entre nós, os poderes probatórios são atribuídos ao juiz que vai decidir a causa. Frederico Marques cita os seguintes autores da doutrina estrangeira que não vêem incompatibilidade entre a iniciativa probatória do juiz de instrução e o ônus da prova: ERNST BELLING *in Derecho Procesal Penal*, de 1943; EBERHARD SCHMIDT *in Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*, de 1957; E. FLORIAN *in Prove Penali*, de 1921; e, por fim, GIOVANNI CONSO *in I Fatti Giuridici Processuali Penali*. Cita, ainda, autores brasileiros que não concordam com a existência do ônus da prova no direito brasileiro: LOURIVAL VILELA VIANA *in A Liberdade de prova em Matéria Penal*, de 1955¹¹¹ e FERNANDO DE ALBUQUERQUE PRADO *in Estudos e Questões de Processo Penal*, de 1954 (MARQUES, 1997-b:v 2, 263-264).

Frederico Marques sustenta “que não devemos, porém, nos orientar pelo entendimento de processualistas cuja doutrina se assenta em sistemas processuais de estrutura diversa da que apresenta o nosso procedimento”. Entre nós, afirma o autor, “não existe o juiz de instrução ou jurisdição instrutória. Com a citação do réu tem início a instância de conhecimento, no processo penal brasileiro. Não se forma escalonadamente a relação processual, tal como acontece no direito europeu. Abolido o

¹¹¹ *Apud* (MARQUES, 1997-b:v 2, 263-264). Em consulta à biblioteca virtual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, realizada em 5 de outubro de 2007, encontrei a referência completa da obra, a saber: VIANA, Lourival Vilela. *A liberdade de prova em matéria penal*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1955. <http://dedalus.usp.br:4500/ALEPH/por/USP/USP/DEDALUS/start>

juízo de formação de culpa ou *judicium accusationis*, a instrução probatória se integra no *judicium causae*, exceto em se cuidando de processo de competência do júri. Compreende-se que, na jurisdição instrutória, o magistrado tenha poderes amplos e quase ilimitados de pesquisa, participando a fundo da investigação da verdade e atuando, por isso, com desenvoltura, para a elucidação ampla do *tema probandum*". Cita os espanhóis NICTEO ALCALÁ-ZAMORA e CASTILHO E RICARDO LEVENE, in *Derecho Procesal Penal* de 1945¹¹², que afirmam, segundo o autor, "que os poderes inquisitivos do juiz na jurisdição instrutória são quase ilimitados e sua função é eminentemente instrutória" (MARQUES, 1997-b:v 2, 263-264).

É curioso notar que o doutrinador não chama a atenção para a existência do inquérito policial em nosso sistema processual penal como fase preliminar de formação de culpa.

Frederico Marques continua, afirmando "que a circunstância descrita acima não ocorre, porém, com o juiz que preside a instrução e depois deve proferir sentença definitiva sobre a acusação deduzida na denúncia. Se ele entregar-se à instrução da causa com o ardor de um detetive diligente, estará quebrada a garantia da defesa plena e comprometida toda a estrutura acusatória do processo penal" (MARQUES, 1997-b:v 2, 263-264).

Do trecho doutrinário descrito acima, depreende-se que Frederico Marques admite uma estrutura acusatória no processo brasileiro, no entanto, a iniciativa probatória não é afastada.

Na mesma direção de Frederico Marques está o depoimento a seguir transcrito.

“É uma coisa que eu estou descobrindo, o princípio da verdade real informa todo o processo brasileiro, não é só o penal, não. Não é mesmo. A idéia é que o processo tem a finalidade de elucidar a verdade dos fatos para que a partir daí se possa fazer justiça. Então tem um link, um elo indissolúvel entre a idéia do que de fato. A gente põe este aconteceu e a idéia de justiça e o instrumento para isto é o processo.”

¹¹² *Apud* (MARQUES, 1997-b:v 2, 263-264). Em consulta à biblioteca virtual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, realizada em 5 de outubro de 2007, encontrei a referência completa da obra, a saber: ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. *Derecho procesal penal*. 3 v. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1945. <http://dedalus.usp.br:4500/ALEPH/por/USP/USP/DEDALUS/start>

“Você não fica nas mãos do que as partes produzem, só. É claro, Regina, eu acho o seguinte, principalmente aqui no crime, essa atuação é acessória [o entrevistado se refere à atividade probatória do juiz]. Você não pode como juiz querer produzir toda a prova que o Ministério Público não produziu. Você não deve. Eu não faço assim. É, eu acho que não deve, porque aí você já rompe um pouco aquela barreira da imparcialidade, você entendeu? Você fica um pouco entre a cruz e a caldeirinha, você juiz penal. Porque ao mesmo tempo em que você tem um compromisso com a verdade, você tem que continuar sendo imparcial, entendeu? Então a partir do momento em que você deixa de simplesmente complementar alguns furos das partes e assume uma busca da verdade como principal produtor da prova que depois você vai julgar, você entendeu? Eu acho que fica um pouco exagerado. Eu acho que você pode complementar, você tem um papel acessório de complementar a prova que as partes produziram. Pra formar o meu convencimento... Por exemplo, aqui eu estou com essa dúvida que eu posso sanar dessa forma, entendeu? Por aí. Ah, o contato com as partes é muito importante. Muito bom. O interrogatório é muito importante. Porque eu tenho essa coisa do *feeling*, da intuição, que com os anos a gente vai melhorando. No começo não funciona tanto, mas os anos vão melhorando, né? Aí você tem essa coisa de ouvir a pessoa e aí você... É muito importante, principalmente quando você decreta prisões, sabe? A pessoa está presa e depois vem a hora de interrogar. Aquele cara que quer esclarecer, sabe? É uma coisa que eu não saberia te explicar, mas que é fundamental pra você valorar a prova, esse contato pessoal, e é importante pra você apreciar a conveniência dessas medidas cautelares. Principalmente da prisão, porque as outras você já vê na fase do inquérito, mas esse contato pessoal com o acusado, com as testemunhas... O processo que você sentencia, tendo colhido a prova, é muito diferente do processo que você pega pronto, só o papel pra você sentenciar. É muito diferente” (J13).

Neste ponto, o autor admite claramente que a iniciativa probatória do juiz é incompatível com o sistema acusatório de processo que, atualmente, tem fundamento constitucional, para parte da doutrina. Sendo assim, num ousado exercício hermenêutico poderíamos concluir que a adoção expressa do sistema acusatório pela Constituição da República de 1988 teria revogado a iniciativa probatória do juiz do processo judicial brasileiro.

Segundo Frederico Marques, “na instrução processual que se realiza no *judicium causae*, não pode imperar, para a pesquisa probatória, o *fiat justitia pereat mundus*. O magistrado tem de manter-se sereno, imparcial, comedido, equilibrado e superposto ao litígio, para decidi-lo com a estrita exação de tudo quanto deva imperar na excelsa função de dizer o direito e dar a cada um o que é seu. Pensar que o juiz precise descer à arena das investigações, como se fosse um policial à procura de pistas e vestígios, seria tentar a ressurreição das devassas, do procedimento inquisitorial e criar o risco e perigo de decisões parciais e apaixonadas, com grande prejuízo, sobretudo, para o direito de defesa”. Por outro lado, continua Frederico Marques, “se temos um Ministério Público adestrado e bem constituído não se compreende que ele figure no processo como quinta roda do carro, ali permanecendo em posição secundária ou simplesmente decorativa. Os interesses da repressão ao crime, ele os encarna, não só para movimentar inicialmente a ação penal, como ainda para atuar, com energia e dinamismo, durante instrução e demais fases do processo” (MARQUES, 1997-b:v 2, 264).

Como se vê, Frederico Marques preconiza uma atividade probatória comedida para o juiz, sem, no entanto, esclarecer o limite do comedimento. Não cogita, também, da incompatibilidade entre a iniciativa probatória do juiz e o sistema acusatório de processo, nem do comprometimento da imparcialidade do juiz pela atividade probatória deste.

A seguir, Frederico Marques preconiza “que se adote no processo penal (como também se faz no processo civil) o princípio da verdade real, e dê-se ao juiz um papel ativo na prática dos atos procedimentais: esta é, sem dúvida, a diretriz mais acertada para que se atendam aos interesses de uma justa aplicação da lei pelas vias jurisdicionais. Mas o que não se pode olvidar é que tudo isso se passa no processo, que é forma de solução de litígios e pendências em que se procuram resolver as questões e controvérsias dentro da mais estrita imparcialidade. O sistema acusatório trouxe a *processualização da persectio criminis*. Inadmissível é, portanto, que revivescências

do procedimento inquisitivo venham a imperar na relação processual, subtraindo o juiz de sua posição de árbitro imparcial e sereno (MARQUES, 1997-b:v 2, 264).

O trecho doutrinário acima explicita que o princípio da verdade real informa não só o processo penal, mas também o processo civil. Esta concepção está de acordo com as representações dos juízes que entrevistei, conforme vem sendo demonstrado no curso do trabalho.

Frederico Marques diz que ROBERT VOUIN, in *Manuel de Droit Crimine*¹¹³ “ensina com clarividência e acerto, que adágios do processo civil sobre o ônus da prova (*actori incumbit probatio e reus in excipiendo fits actor*) ‘s’apliquent également au droit pénal, mais avec quelques particularités’ advindas, sobretudo, da chamada *presunção de inocência* do acusado e dos meios de defesa.” Neste ponto o autor, em nota de rodapé, esclarece que este é o entendimento que prevalece entre os autores franceses e cita quatro obras (MARQUES, 1997-b:v 2, 265).

Frederico Marques continua, afirmando que “este, aliás, é o sistema adotado em nosso Código de Processo Penal, como se vê da análise do artigo 156¹¹⁴, em combinação com o que consta do artigo 386¹¹⁵”. O autor afirma que “segundo estatui o texto legal por último citado, o réu será absolvido quando não *houver prova da existência do fato* (artigo 386, nº. II), ou quando *não existir prova de ter concorrido para a infração penal* (artigo 386, nº IV). Deduz-se de ambos os preceitos que à parte acusadora incumbe fornecer os necessários meios de prova para a demonstração de existência do *corpus delicti* e da *autoria*. Daí se segue que todos os elementos constitutivos do tipo devem ter sua existência provada, ficando o *onus probandi*, no caso, para a acusação. Cabe a esta demonstrar, não só a chamada materialidade do crime (o que é a função do auto de corpo de delito), como ainda os elementos subjetivos e

¹¹³ *Apud* (MARQUES, 1997-b:v 2, 265). Em consulta à biblioteca virtual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, realizada em 5 de outubro de 2007, encontrei a referência completa da obra, a saber: VOUIN, Robert. *Droit pénal et criminologie*. Paris: Presses universitaires de France, 1956. <http://dedalus.usp.br:4500/ALEPH/por/USP/USP/DEDALUS/start>

¹¹⁴ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 156 - A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

¹¹⁵ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 386 - O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; V - existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1º, do Código Penal); VI - não existir prova suficiente para a condenação. Parágrafo único - Na sentença absolutória, o juiz: I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade; II - ordenará a cessação das penas acessórias provisoriamente aplicadas; III - aplicará medida de segurança, se cabível.

normativos do tipo. Provar o fato típico implica demonstrar a relação de causalidade entre o resultado e a conduta que dele é *prius* e antecedente, pois de outra forma não se realiza a adequação típica. É evidente que se o crime for de mera conduta, ou de conduta específica, a questão da causalidade perde todo seu relevo. Ainda incumbe ao órgão da acusação fornecer meios probatórios para demonstrar que a conduta delituosa teve por sujeito ativo o réu. Ou então, se há algum réu a quem se impute a participação no crime, na qualidade de co-autor, ainda é ônus da acusação demonstrar essa participação. Se o tipo contiver a descrição de um *nom facere quad debeatur* (Código Penal, artigos 135¹¹⁶, 244¹¹⁷, 246¹¹⁸ etc.), indubitável é também que o *onus probandi* esteja a cargo da acusação, pouco importando que se trate da prova de conduta negativa (MARQUES, 1997-b:v 2, 265-266).

Ao tratar do ônus probatório da acusação, uma vez que a prova dos fatos cabe a quem os alega, mais uma vez o doutrinador não faz relação entre as regras da iniciativa probatória do juiz e da garantia *do in dubio pro reo*, pois se a dúvida beneficia o réu por determinação constitucional e se o juiz é garantidor da observância dos direitos fundamentais, produzir prova seria, em vez de garantir, desrespeitar o direito à dúvida que deve beneficiar por garantia constitucional.

Frederico Marques afirma que “o artigo 386, nº. I, do Código de Processo Penal¹¹⁹, manda que se absolva o réu quando estiver *provada a inexistência do fato*. O

¹¹⁶ CÓDIGO PENAL – ART. 135 – Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa. Parágrafo único – A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

¹¹⁷ Código Penal - Art. 244 – Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. Parágrafo único – Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada. Entrega de filho menor a pessoa inidônea.

¹¹⁸ CÓDIGO PENAL – ART. 246 – Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

¹¹⁹ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - ART. 386 - O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; V - existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1º, do Código Penal); VI - não existir prova suficiente para a condenação. Parágrafo único - Na sentença absolutória, o juiz: I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade; II - ordenará a cessação das penas acessórias provisoriamente aplicadas; III - aplicará medida de segurança, se cabível.

ônus dessa prova pertence ao acusado. Certo é que o Ministério Público deve demonstrar a existência do fato; mas, por isso mesmo, o artigo 386, n.º. II fala em absolvição por ‘não haver prova da existência do fato’. Desde que, porém, o réu pretenda a absolvição com base no citado artigo 386, n.º. I, que grandes reflexos têm sobre a responsabilidade civil (Código de Processo Penal, artigo 66¹²⁰), dele é o *onus probandi*. Verifica-se pertencer, também, o *onus probandi* ao réu no que tange, com as justificativas penais, à exclusão da imputabilidade e à existência de condições anormais que tornaram inexigível outra conduta. Com efeito, o artigo 386, n.º. V, do Código de Processo Penal, faz menção à absolvição decorrente de quaisquer dessas causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, limitando-se a falar no reconhecimento da existência de cada uma delas. Mas o artigo 156 do estatuto de processo penal dispõe, por outro lado, que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, e é mais do que lógico que só à defesa caiba alegar e invocar causas de exclusão de crime ou dirimentes” (MARQUES, 1997-b:v 2, 266).

Neste ponto, Frederico Marques cita autores franceses e italianos (GASTON STEFANI E GEORGES LEVASSEUR *in Procédure Pénale* de 1959 e GIUSEPPE GUARNERI *in Libertà di nel Processo Penale e suoi limiti* de 1956) que entendem, segundo o autor, “que o Ministério Público deve provar todos os elementos do crime, porque só então estará demonstrada cabalmente a imputação da peça acusatória. Este, porém, não é o sistema adotado em nosso ordenamento processual penal”, diz Frederico Marques, conforme ele acabou de expor. Não se segue daí, porém, explica o autor, “que não se desincumbindo o réu satisfatoriamente do ônus que lhe é imposto, deva ser condenado. Se dúvida houver quanto à ilicitude ou quanto à culpabilidade de sua conduta, cumpre ao juiz absolvê-lo por *não existir prova suficiente para a condenação*, nos termos do que estatui o artigo 386 n.º. 6 do Código de Processo Penal. Só se verifica haver prova suficiente para a condenação quando se demonstra a existência do crime na integridade de todos os seus elementos constitutivos” (MARQUES, 1997-b:v 2, 266-267).

Segundo a doutrina de Frederico Marques, “o Ministério Público deve provar a prática do fato típico. Feita essa demonstração fundamental, segue-se o juízo de valor sobre a ilicitude da conduta tipificada. Existindo uma causa excludente de antijuridicidade, o fato típico não será ilícito. Ao réu, porém, incumbe provar a

¹²⁰ CÓDIGO PENAL ART. 66 – A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

existência desta causa excludente de ilicitude, para que demonstre ter agido *secundum jus*". O autor recorre à doutrina do francês ROBERT VOUIN, na obra já citada, para afirmar "que não cumpre ao réu trazer 'uma prova plena e completa em apoio de sua defesa', porquanto a prova insuficiente pode mostrar ser provável a existência da causa excludente e justificar assim a absolvição '*pour la raison que le doute profite à l'inculpé*',¹²¹, ao reverso do que se dá com a acusação que somente pode ser procedente com provas decisivas, '*pour la raison que l'inculpé est presumé innocent*'¹²². Frederico Marques diz "haver idêntico fenômeno com o ônus da prova no tocante às causas de exclusão da culpabilidade mencionadas no artigos, 386, nº. V, do Código de Processo Penal" (MARQUES, 1997-b:v 2, 267).

Prossegue o autor perguntando o seguinte: "*quid inde* em relação aos nexos subjetivos, isto é, ao dolo e a culpa?" "Prossegue respondendo que quando se trata de culpa, a sua inserção no tipo, por força do que dispõe o artigo 15, parágrafo único do Código Penal • Após a Reforma Penal de 1984, artigo 18, parágrafo único¹²³. •¹²⁴, faz com que o *onus probandi* seja do Ministério Público, quer se trate de imperícia, de imprudência ou de negligência." Neste ponto, novamente o autor recorre à citação dos autores franceses retromencionados. Indo adiante e, usando a mesma fonte, o autor afirma "que a prova do dolo incumbe também à acusação, citando as seguintes palavras de ROBERT VOUIN: '*l'élément intentionnel se laisse, en fait, assez facilement présumer. Et pratiquement c'est le plus souvent la défense qui s'efforce de convaincre le juge du défaut d'intention ou de liberté*'" (MARQUES, 1997-b:v 2, 267).

Frederico Marques prossegue citando LEO ROSENBERG *in La carga de la prueba* de 1956 e LEONARDO PIETRO CASTRO *in Questiones de derecho procesal* de 1947, que, segundo o autor, "afirmam que de um modo geral, o *onus probandi* é repartido, também no processo penal, segundo a regra de que 'incumbe a cada uma das partes alegar e provar os fatos que são a base da norma que lhes é favorável, tanto quando se trate de norma jurídico penal, como de norma processual'" (MARQUES, 1997-b:v 2, 268).

¹²¹ Pela razão de que a dúvida aproveita ao acusado.

¹²² Pela razão que o acusado é presumidamente inocente.

¹²³ CÓDIGO PENAL – ART. 18 parágrafo único – Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

¹²⁴ Nota inserida pelo Dr. Victor Machado da Silveira para a atualização da obra em 1997, conforme nota do editor.

Quanto ao ônus da prova relativo à extinção de punibilidade, Frederico Marques afirma “que o problema é algo sutil e complexo porque as causas extintivas podem ser encaradas como condições do direito de punir, e nesse caso o *onus probandi* será da acusação, ou como fato que elide o *jus puniendi*, então, o ônus da prova pertence ao acusado. Quer parecer-nos ser imprescindível uma distinção entre as diversas causas extintivas da punibilidade para situar-se bem o problema do *onus probandi*” (MARQUES, 1997-b:v 2, 268).

Frederico Marques afirma “que são condições prévias do *jus puniendi* ou da persecução penal, como aquelas que exige o artigo 5º do Código de Processo Penal¹²⁵, para ser punido, no Brasil, o crime praticado *aliunde*¹²⁶, constituem ônus do acusador no tocante à prova. E é o que, *mutatis mutandis*, também acontece com as causas extintivas da punibilidade que são impostas como condições negativas de direito de punir, no limiar da instância. Quem tem de provar que não houve decadência é o órgão da acusação. Da mesma forma, a não-ocorrência de prescrição e a ausência, até o momento de ser iniciada a ação penal, de qualquer ato de retratação. Tanto isso é exato que o artigo 43¹²⁷, n.º. II do Código de Processo Penal, manda que se rejeite a renúncia ou queixa quando “já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa” (MARQUES, 1997-b:v 2, 268).

¹²⁵ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - ART. 5º - Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício; II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. § 1º - O requerimento a que se refere o n.º II conterà sempre que possível: a) a narração do fato, com todas as circunstâncias; b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer; c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência. § 2º - Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia. § 3º - Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito. § 4º - O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado. § 5º - Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

¹²⁶ O doutrinador não esclarece, mas crime praticado em aliunde quer dizer crime praticado fora do país.

¹²⁷ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - ART. 43 - A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - o fato narrado evidentemente não constituir crime; II - já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III - for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. Parágrafo único - Nos casos do n.º. III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.

III.1.2 A REGRA DA NECESSIDADE DA PROVA

Toda a atividade probatória tem o objetivo de formar o convencimento do juiz a respeito daquilo que se pleiteia e daquilo que se alega para que, desta forma, a atividade probatória, seja da parte, seja do juiz, esteja voltada para a formação do convencimento do julgador. Sendo assim, fica ao alvedrio do julgador aceitar ou não a produção da prova conforme entenda que esta prova seja necessária para a formação do seu convencimento. Portanto, provar não é um direito da parte, mas um ônus, que tem a finalidade de formar o convencimento do juiz.

Ovídio Baptista da Silva afirma que de certo modo as regras relativas à necessidade da prova são um reflexo das regras sobre o ônus da prova, os fatos afirmados pelas partes não de ser suficientemente provados no processo, não sendo legítimo que o juiz se valha de seu conhecimento privado para dispensar a produção de prova, de algum fato de cuja existência ou veracidade esteja ele ciente por alguma razão particular (SILVA, 1996:291).

“A maioria dos processos que herdei da Vara que foi extinta, é isso: deferimento de provas que não têm a menor necessidade, ou então, realmente provas que são necessárias e não foram deferidas. Questões que vão passando por cima porque realmente o processo vai se avolumando, às vezes o juiz não lê ou passa por cima. Isso acontece realmente. Eu tive, por exemplo, uns que vieram que eu indeferi de perícias que já tinham sido deferidas, só que eu peguei o processo... era uma coisa assim...” (J8).

“Por exemplo, teve uma rescisão contratual que o cara queria o terreno de volta e a parte ré pediu indenização por benfeitorias. Todo direito. Vamos olhar o que são realmente as necessárias, as úteis, mas tinha uma balança industrial e isso não é benfeitor de ninguém. Isso não vai ser indenizado. Então tinha uma perícia que ia custar R\$40.000,00 pra apurar o valor dessa balança. Aí ia ter que fazer uma perícia de R\$40.000,00 a troco de nada porque aquela balança não ia ser indenizada, é uma

questão de reintegração de posse, não ia ter a menor chance de ser indenizada, digamos assim, ela poderia ser levantada...” (J8).

Ovídio Baptista da Silva explica que o princípio segundo o qual o juiz pode valer-se de fatos de seu conhecimento privado foi defendido calorosamente por BENTHAM in *Tratado de las pruebas judiciales*, cap. XVIII¹²⁸. Segundo o célebre jurista e filósofo inglês, diz o autor, o juiz não pode pronunciar uma decisão sobre uma determinada questão de fato que não esteja estabelecida por escrito ou provada por testemunhas, assegurando o princípio do contraditório. Há dois aforismos latinos que sustentam a regra da necessidade da prova: um deles afirma que o juiz só deve decidir com base nos fatos alegados e provados pelas partes (*iudex secundum alligata et probata a partibus iudicare debet*); o outro declara que o que não está no processo não está no mundo. (*Quod non est in actus, non est in hoc mundo.*) (SILVA, 1996:291). Vale lembrar que o festejado jurista inglês viveu na Inglaterra do século XVIII.

Ovídio Baptista da Silva ressalva que o princípio que veda a utilização do conhecimento privado do juiz sofre, no direito moderno, grandes restrições, particularmente depois da obra fundamental de FRIEDRICH STEIN in *El conocimiento privado del juez*¹²⁹ (sic), 1893, tradução espanhola de 1973. Ovídio Baptista da Silva ensina que segundo nosso Código de Processo Civil, o juiz poderá aplicar as chamadas *regras de experiência comum*, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (art. 335)¹³⁰. Certamente, diz o autor, está facultado ao juiz valer-se destas regras da experiência comum e mesmo, em muitos casos, como diz este dispositivo legal, poderá prescindir até de prova de certas regras técnicas, ressalvada a necessidade de prova pericial (SILVA, 1996:291).

¹²⁸ *Apud* (SILVA, 1996:291). Em consulta à biblioteca virtual do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, realizada em 5 de outubro de 2007, encontrei a referência completa da obra, a saber: BENTHAM, Jeremy, 1748-1832. *Tratado de las pruebas judiciales*. TRAD. DEL FRANCES POR MANUEL OSSORIO FLORIT. 2v. Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-America, 1959. <http://www.tj.rj.gov.br/>

¹²⁹ *Apud* (SILVA, 1996:291). Em consulta à biblioteca virtual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, realizada em 5 de outubro de 2007, encontrei a referência completa da obra, a saber: STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez: investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*; Trad y notas de Andrés de la Oliva Santos. 2. ed. Santa Fé de Bogotá, Colombia: Editorial Temis, 1999. <http://dedalus.usp.br:4500/ALEPH/por/USP/USP/DEDALUS/start>

¹³⁰ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ART. 335 - Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

Causa estranheza o fato de o autor não esclarecer qual é o significado de direito moderno neste contexto, tendo em vista que os vários sistemas existentes contemporaneamente obedecem a lógicas completamente diferentes que só poderiam ser comparadas por contraste. A idéia da unidade de um “direito moderno” não só se comprova empiricamente. O que é direito moderno? Direito moderno de onde?

Ovídio Baptista da Silva continua dizendo que de todo o modo, segundo o que MOACYR AMARAL DOS SANTOS in *Prova Judiciária*¹³¹, I no. 248 denomina *sociabilidade da convicção judicial* peculiar ao sistema conhecido como *persuasão racional da prova*, deverá o juiz, ainda quando se valha de tais regras de experiência, expor os motivos que lhe formam a convicção (SILVA, 1996:291).

O trecho apresentado a seguir menciona que muitos fatores influenciam a formação de convicção do juiz, além daqueles estritamente processuais.

“O convencimento do juiz não é tão livre assim, pois que muitos fatores, diversos do próprio mérito da questão, influenciam na formação da convicção do julgador. Posso destacar, entre outras, razões de administração da vara e do cartório, uma vez que a mudança de um entendimento pode implicar o processo de produção em série já estabelecido no cartório. Existe ainda a influência que a gestão do acervo, que é o conjunto de processos da Vara, tem sobre a decisão do juiz, o que quer dizer que o juiz avalia qual a consequência que esta ou aquela mudança em uma decisão teriam sobre o acervo e como uma eventual mudança na decisão poderia influir na gestão da Vara, por possíveis modificações das práticas cartorárias. A mudança de uma linha numa decisão modifica toda uma dinâmica cartorária, que é uma dinâmica de produção em série. Assim, se uma determinada mudança numa decisão vai importar em modificações em muitos processos, o julgador prefere não fazê-la para não interferir a gestão da Vara. “Há também muitas contingências práticas e de política institucional que influenciam ou limitam o livre convencimento do juiz” (J10).

¹³¹ *Apud* (SILVA, 1996:291). Em consulta à biblioteca virtual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, realizada em 5 de outubro de 2007, encontrei a referência completa da obra, a saber: SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. São Paulo: M. Limonad, 1952. <http://dedalus.usp.br:4500/ALEPH/por/USP/USP/DEDALUS/start>

Quanto à regra da necessidade da prova, Frederico Marques afirma que, no âmbito do processo penal, as diligências probatórias podem dizer respeito a quaisquer das fontes de convicção admitidas na instrução criminal. O essencial é que sejam necessárias ou úteis ao esclarecimento da verdade. O juiz, ao “tomar conhecimento do que tiver sido requerido pelas partes” (art. 499), deve sopesar os pedidos de prova com bastante equilíbrio e critério, a fim de evitar procrastinações e alicantinas, e tutelar, por outro lado, os direitos de defesa. Necessária ou útil a produção de qualquer das provas requeridas, cumpre ao magistrado mandar efetuar-se sem ater-se a questões de ordem formal que, em outras fases, poderiam limitar o seu pronunciamento. Assim é que não importa, segundo a doutrina de Frederico Marques, nesse instante, a regra do art. 398 do Código de Processo Penal¹³², sobre o número de testemunhas a serem ouvidas na instrução: desde que, apesar de esgotado aquele número, o juiz entender que mais outras pessoas devam ser ouvidas, na instrução complementar, nada há que lhe impeça ordenar a inquirição. Com maior razão, ainda, quando tratar-se de prova do réu, em face da garantia constitucional da defesa plena” (MARQUES, 1997-b:v2 252).

“Eu leio. Eu leio a inicial, leio a contestação, leio a réplica, vou lendo tudo pra poder fazer realmente um acareamento. Ver qual é a prova que realmente é necessária, qual é a prova que não é necessária. É que é muito comum eu indeferir perícia porque não precisa. Eu já vi qual é o direito na parte na inicial, na contestação e eu não preciso de uma perícia quando eu já sei que eu vou julgar improcedente. Porque realmente muitas vezes você lê a contestação, lê a inicial e você já sabe qual é o direito, porque as partes já disseram. Eu não preciso de testemunha pra dizer uma coisa que é questão jurídica. Eu preciso de testemunhas, claro, pra questões fáticas. Então realmente como é que eu leio? Eu acompanho todo o processo, quando chega o final e eu vejo que mesmo assim surgiu alguma coisa, — às vezes faltou um ofício pro Detran, pra uma delegacia de polícia, alguma coisa, eu peço. — Porque

¹³² CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - ART. 398 - Na instrução do processo, serão inquiridas no máximo oito testemunhas de acusação e até oito de defesa. Parágrafo único - Nesse número não se compreendem as que não prestaram compromisso e as referidas.

o que acontece? Hoje o Tribunal tem muita estatística, então eles querem que a gente julgue rápido. Acho importantíssimo o Juizado. A eficiência é muito importante no juiz, sem dúvida. É aquela história: A Justiça rápida às vezes tem lá seus defeitos, mas é melhor. Até concordo, também acho que a Justiça tem que ser rápida, mas se você pode atrasar um pouquinho pra dar a melhor sentença, pra procurar a melhor verdade, realmente, pra apurar o que realmente aconteceu e julgar com base nisso eu acho que o juiz deve fazer” (J8).

O trecho da entrevista acima exposto demonstra a tensão existente no campo entre a segurança jurídica, isto é o bom direito, e a celeridade, que é atualmente a grande meta das políticas judiciárias. É como se valesse a pena sacrificar o acerto e a justiça da decisão para andar mais rápido.

Objeto *in concreto* da prova, segundo Frederico Marques, são os *factos relevantes* para a decisão do litígio donde excluir-se do procedimento instrutório toda a prova impertinente ou irrelevante. Prossegue afirmando que factos que não pertencem ao litígio e que relação alguma apresentam com o objeto da acusação, consideram-se factos sem pertinência, e que, portanto, devem ser excluídos do âmbito da prova *in concreto*. Inadmissíveis também são como objeto de prova, segundo o autor, os factos que não influem na decisão da causa, embora a ela se refiram. Para que indagar, por exemplo, diz o autor, da roupa que envergava o homicida ao praticar o crime, se dúvida não há a respeito da pessoa que cometeu o crime, sendo assim prescindível qualquer prova ou sinal exterior para identificação do acusado? Neste ponto, Frederico Marques cita MANZINI in “*Trattato di Diritto Processuale Penale*”¹³³, de 1932, que diz que os factos evidentes não precisam, também, ser provados. Para MANZINI, segundo o autor, a evidência é a própria prova, pelo que “*provare l’evidente é empresa da idioti*”¹³⁴ (MARQUES, 1997-b: v2 255).

Este trecho da doutrina de Frederico Marques que explicita a representação de evidência, entre nós, é tido como fato não comprovado. Sendo assim, o que se nota é o

¹³³ *Apud* (MARQUES, 1997-b:v2 255). Em consulta à biblioteca virtual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, realizada em 5 de outubro de 2007, encontrei a referência completa da obra, a saber: MANZINI, Vincenzo, 1872-1957. *Trattato di diritto processuale penale italiano, secondo il nuovo Codice*. 4 v. Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1931-32.

<http://dedalus.usp.br:4500/ALEPH/por/USP/USP/DEDALUS/start>

¹³⁴ A representação de evidência aqui apresentada é inversa àquela que existe no direito anglo-saxão. Tendo em vista que naquele sistema evidência é justamente aquilo que precisa ser comprovado.

inverso daquela que existe no direito anglo-saxão, uma vez que naquele sistema evidência é justamente aquilo que precisa ser comprovado.

Frederico Marques que no processo penal, não se exclui do objeto da prova o afirma chamado *fato incontroverso* ou *fato admitido*. Neste ponto o autor cita Fenech, que diz, no *Derecho Procesal Penal* de 1952¹³⁵, que na investigação criminal “*el julgador debe llegar a la verdad de los hechos tal como ocurrieran historicamente, y no tal como quieran lãs partes que aparescan realizados*”. 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 que lhe pareça dúbio ou suspeito. Neste ponto, o autor cita novamente o *Trattato di Diritto Processuale Penale* de Vincenzo Manzini (MARQUES, 1997-b:v2 255).

¹³⁵ *Apud* (MARQUES, 1997-b: v2 255). Em consulta à biblioteca virtual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, realizada em 05 de outubro de 2007, encontrei a referência completa da obra, a saber: FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. 2. Ed. 2 v. Barcelona: Editorial Labor, 1952. <http://dedalus.usp.br:4500/ALEPH/por/USP/USP/DEDALUS/start>

CAPÍTULO IV

O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO, IMPARCIALIDADE E INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

O quarto capítulo destaca a esfera de liberdade que envolve o julgador na produção de prova no processo e acolhe discussões explícitas e implícitas no campo acerca da imparcialidade e a iniciativa probatória do juiz.

IV.1 PROVA – UMA CATEGORIA MULTIFACETÁRIA

O direito estatal contemporâneo é um instrumento de controle social cujo objetivo é normatizar a vida social pela imposição de normas ditadas pelo Estado, que impõe uma sanção a quem não as obedece. Assim, o saber jurídico divide os eventos do mundo entre os que estão de acordo com o direito e os que não estão. Deste modo, funciona também como uma forma de construir a realidade e de ver o mundo, como mecanismo que operacionaliza categorias, formas de interpretação e sistemas de classificação, todos muito específicos, com o objetivo de dar respostas às questões reguláveis pelo direito.

Segundo Luiz Figueira, o “olhar” jurídico seleciona, nos múltiplos eventos, aquela parte suscetível de produzir efeitos jurídicos. O direito é um mecanismo de leitura do real; e nesse processo de leitura – que é também um processo de decodificação lingüística – o direito constrói a realidade por meio de sua linguagem. Ingressar no mundo jurídico é submeter o acontecimento a diversos filtros que vão produzindo uma versão normativa do evento. E o primeiro filtro ou processo de decodificação coloca em operação duas categorias centrais de estruturação simbólica do campo jurídico: lícito e ilícito. O direito opera a divisão do mundo – do seu próprio mundo – em eventos lícitos ou ilícitos. E, assim, sucessivamente, diversos processos de decodificação vão, gradualmente, construindo juridicamente o acontecimento. O fato se jurisdiciza. Esta jurisdicialização é o que possibilita que o evento seja apropriado e reconstruído no âmbito do campo jurídico em condições de ser operacionalizado pelos profissionais do direito – por meio da linguagem jurídica (FIGUEIRA, 2007:22).

Prova é uma categoria relevante para o mundo jurídico, tendo em vista que dela depende a classificação de determinado evento como lícito ou ilícito. Todavia, a

doutrina jurídica aproxima a significação jurídica do termo de sua significação vernacular, ainda que admita os importantes efeitos jurídicos produzidos pela prova.

Como observou Luiz Figueira em sua pesquisa sobre o significado da prova no Tribunal do Júri, “em matéria probatória, pelo ‘princípio do contraditório’, toda ‘prova’ admite a ‘contraprova’, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte. O “contraditório” é um princípio que estabelece parâmetros jurídico-normativos de elaboração das “provas” no processo penal. Conseqüentemente, a ação social do advogado e do promotor no âmbito das práticas judiciárias de produção da verdade encontra-se submersa numa lógica calcada nesse princípio. O campo jurídico e o seu respectivo ordenamento jurídico estatal apresenta-se como uma estrutura que remete os atores – advogado e promotor – para um contexto de oposição ‘enunciativa’ (FIGUEIRA, 2007). Esta oposição tem a finalidade de permitir que o juiz, a partir do conhecimento da “verdade dos fatos”, forme livremente seu convencimento e assim faça justiça. No campo brasileiro, quem tem a posição “enunciativa” são os juízes.

“Então o contraditório tem a ver com o livre convencimento?”

“Ah, óbvio.”

“Como?”

“Lógico, porque até você ouvir a parte contrária, você tem um sentimento em relação à prova que pode ser modificado radicalmente diante de uma nova versão que faça mais sentido. Entendeu? Então, na verdade, o contraditório tem a ver com o momento em que você submete a prova a uma nova versão da parte contrária e, obviamente, em relação ao livre convencimento. Esse processo dialético é importante porque além de você permitir uma nova versão, é fundamental também que a outra parte produza as provas que vão compor, junto com as provas da acusação, o contexto probatório todo de onde você vai extrair a sua síntese, entendeu? É muito interessante isso. Então, o que a gente costuma fazer aqui no processo de réu preso? Como você tem um prazo e nossos processos são complexos, a gente costuma ir adiantando no computador as provas que a gente acha importantes e que vai

usar na sentença. Então o processo está correndo e você vai já adiantando algum relato daquilo que se está fazendo, pra você poder cumprir o seu prazo. Uma sentença de 300 páginas você não faz em 15, 20 dias. Então você vai adiantando. E aí vem uma manifestação nova e você tem uma visão diferente, como é que faz?”

“Dos fatos ou do direito?”

“Da valoração dos fatos. Isso. Do direito pode até ser também, mas eu acho que principalmente”...

Lógico que a manifestação da defesa tem que ser sempre a última. Se você der outra oportunidade para a acusação, você tem que dar outra para a defesa também e aí não termina, né? A única coisa que acontece é a seguinte, se a defesa junta documentos com as alegações finais, aí você tem que dar vista ao autor desses documentos antes de sentenciar, entendeu?”

“E normalmente com essas duas coisas você se convence?”

“Sim.”

“Você se lembra de algum caso de dúvida cruel?”

“Mas a gente aqui, Regina, é muito bom, porque dúvida cruel você absolve, entendeu? Eu quando tenho dúvida aqui, não tenho dor na consciência e absolvo. Indubitavelmente, a forma como você valora provas, e como se posiciona diante da aplicação do direito, quer dizer, tem toda uma influência do seu histórico de vida, né, Regina. Então, sem dúvida que o que você é, as ideologias que você abraça, enfim, elas têm uma influência fundamental dentro da aplicação daquela margem de discricionariedade que existe na valoração da prova, na aplicação do direito. Isso é indubitável” (J13).

Para tratar do conceito de prova na doutrina e na representação dos julgadores, temos que considerar que, no Brasil, como já foi mencionado, o campo jurídico se insere numa tradição jurídica inquisitorial, que se aproxima dos sistemas processuais derivados da tradição romano-germânica, na qual a descoberta da verdade é representada como fim último do processo judicial e como, em nosso direito, sinônimo

de justiça. Assim, em nossa tradição jurídica, o processo serve para descobrir a verdade dos fatos e, desta forma, fazer justiça.

Uma tradição jurídica, de acordo com MERRYMAN, não é simplesmente um conjunto de normas, regras, leis, procedimentos e instituições jurídicas. Trata-se, isto sim, de um conjunto de atitudes e representações profundamente arraigadas e historicamente condicionadas sobre a natureza do direito, sobre o papel do direito na sociedade, sobre a organização de um sistema legal. Enfim, a idéia de tradição jurídica relaciona o ordenamento jurídico, seus procedimentos e instituições com a cultura, da qual é uma expressão parcial (MERRYMAN, 1969). Este trabalho entende a tradição jurídica como parte da cultura da sociedade em que esta tradição jurídica se insere. Assim sendo, a cultura jurídica é apenas parte da cultura de uma sociedade, já a tradição jurídica é aqui entendida no sentido referido por Merryman. Entretanto, este trabalho em inúmeros momentos se utiliza da noção de campo jurídico, sem, contudo, procurar abraçar todo o sentido que lhe pode ser atribuído. A rigor, um campo reúne um saber próprio, atores que nele ocupam posições estratificadas, mas que podem mover-se na hierarquia em que está estruturado. Saberes e técnicas próprios de cada campo são internalizados em seus atores como *habitus* que permitem a comunicação, a interlocução e a identidade entre eles cuja mobilidade é influenciada por lutas internas no campo. Neste sentido, o campo é sempre um espaço de poder. Entretanto, a noção de campo é tomada como um recorte em que foi eleita uma categoria das mais relevantes na sua constituição interna, qual seja o *princípio do livre convencimento do juiz*, a qual é atribuída aos atores que efetivamente detêm maior parcela de poder neste campo e, através dela, dispõem da capacidade de administrar os conflitos que são levados ao campo para serem apreciados.

“Descobrir a verdade” do que ocorreu; de fato, é o propósito dos julgadores, tanto quando tratam de matéria penal como quando tratam de matéria civil, no sistema judicial brasileiro. Nossa sensibilidade jurídica (GEERTZ, 1997) valoriza a “descoberta da verdade” por uma autoridade superior que sabe mais e em nome da sua função tudo pode, inclusive punir os culpados. Este sistema é denominado *sistema de inquérito*. Trata-se de uma forma de construção de saber – e, conseqüentemente, de exercício de poder: poder de “descobrir a verdade.”

O Judiciário brasileiro, como já ficou demonstrado até aqui, por meio do processo, seja em matéria penal, seja em matéria civil ou trabalhista, quer descobrir a “verdade dos fatos” que fundamentam o pedido deduzido em juízo e que merece uma

manifestação judicial. Assim, em nossa tradição jurídica, descobrir a verdade é um dos pressupostos necessários para realização da justiça. A descrição do discurso doutrinário demonstra mais uma vez que o mesmo está completamente apoiado em fontes doutrinárias estrangeiras e que nem sempre o princípio do contraditório apresenta-se como pressuposto da atividade probatória.

Segundo Ovídio Baptista da Silva, “a palavra *prova* tem inúmeros significados, tanto na linguagem vulgar quanto no uso que os cientistas e, particularmente, os juristas fazem do vocábulo. As ciências experimentais geralmente valem-se da expressão para significar o ensaio, a verificação ou a confirmação pela experiência, de um dado fenômeno, objeto de investigação científica” (SILVA, 1996:283).

O trecho doutrinário já demonstra a imprecisão do conceito de prova no campo jurídico. Segundo sugere o doutrinador, prova, em direito, tem um significado específico e, inclusive em depoimento já citado, o juiz explicita que, em alguns casos, o indício é mais seguro do que a prova, o que não ocorre nas ciências experimentais nas quais indícios indicam suposições que ainda precisam ser provadas.

Não obstante o discurso doutrinário adote um significado específico relativo à prova, isso não se confirma nos discursos dos operadores do direito. Luiz Figueira, na pesquisa já citada, investigou o tema e traz importante contribuição. Diz o autor: “No início do trabalho de campo, enquanto percorria atento os corredores do Fórum, ouvi um comentário de um juiz com outra pessoa. Dizia esse magistrado: “A prova é o coração do processo.” Fiquei durante várias horas repetindo essa frase mentalmente. A partir desse fragmento de discurso, resolvi mapear o que os profissionais do direito – particularmente os que atuam na área criminal – entendem por ‘prova’; como eles utilizam essa categoria em suas práticas discursivas. Iniciei minha pesquisa pelos livros doutrinários – utilizados nas faculdades de direito e na preparação para concursos públicos – e por meio de entrevistas e conversas informais com promotores, juízes, advogados criminais. Procurei, também, observar o contexto de utilização da categoria “prova” nos autos dos processos criminais que analisei e durante as sessões de julgamento no plenário do tribunal do júri” (FIGUEIRA, 2007)

O autor enfatiza “que essa categoria que é central na estruturação simbólica do campo jurídico (“prova”) não possui uma estabilidade semântica, diferentemente, por

exemplo, da categoria *apelação*¹³⁶. No contexto das práticas discursivas dos oficiais do direito, percebi que a categoria ‘prova’ possui variações de sentido. Talvez a diferença mais expressiva nesses usos do termo ‘prova’ esteja, por um lado, na afirmação unânime de que os discursos, na forma de depoimentos ou confissões na fase do inquérito policial, não podem ser considerados provas e, por outro lado, que esses mesmos profissionais do direito, quando estão apresentando as provas para os jurados no plenário do júri – durante a sessão de julgamento –, referem-se aos depoimentos e às confissões em sede policial como sendo provas: ‘só há prova produzida em sede policial’; ‘a única prova que temos é a confissão extrajudicial do réu¹³⁷’. Por outro lado, ora os profissionais do direito dizem que prova e indício são coisas diferentes; ora dizem que são a mesma coisa, apenas que o indício seria uma espécie de ‘prova fraca’ ou ‘tênue’” (FIGUEIRA, 2007).

Luiz Figueira traz, ainda, com sua pesquisa, importante contribuição para esclarecer o que é, na prática jurídica brasileira, o objeto da prova. Segundo o autor, “o objeto da ‘prova’ é um discurso. Mas não é um discurso qualquer. Trata-se de um discurso qualificado pela autoridade interpretativa como sendo capaz de produzir efeitos jurídicos”. Produzir provas significa, no contexto do campo jurídico, segundo o autor, “elaborar discursos que tenham aptidão para formar a convicção – ou o convencimento – das autoridades interpretativas e das autoridades enunciativas (da verdade jurídica). A prova é um elemento de persuasão num campo de disputas argumentativas e de atribuição de sentidos, ou seja, num campo de relações de poder, cuja estratégia central é construir um discurso eficaz para obter – daquele que julga, que dá o veredicto – uma decisão judicial favorável” (FIGUEIRA: 2007:20).

Ainda segundo o mesmo autor “com base no exposto, podemos concluir que uma das primeiras operações que é realizada nas práticas judiciárias é a produção de conhecimento acerca dos denominados ‘fatos’. Os fatos precisam ser apresentados, descritos, expostos, provados, classificados juridicamente. Faz-se necessária a ‘descoberta da verdade dos fatos’. ‘Fatos’ e ‘prova dos fatos’ estão interligados numa profunda comunhão. Por fim, os ‘fatos’ (...) tais quais apresentados nas práticas

¹³⁶ *Apelação*. “Termo originado do latim *appellatio*, que é utilizado no mesmo sentido originário: recurso interposto de um juiz inferior para superior. Mantém, ainda, a *apelação* a mesma significação: designa um dos recursos de que se pode utilizar a pessoa prejudicada pela sentença, a fim de que, subindo a ação à superior instância, e, conhecendo esta de seu mérito, pronuncie uma nova sentença, confirmando ou modificando, a que se proferiu na jurisdição de grau inferior” (Silva, 2002, p. 69).

¹³⁷ Estas frases são recorrentes nas práticas discursivas da defesa, conforme pude observar.

judiciárias criminais são uma construção discursiva do campo jurídico” (FIGUEIRA: 2007:20).

Empregando-se o vocábulo *prova* para significar os meios de prova, segundo a doutrina de Ovídio Baptista da Silva, é possível classificá-las segundo inúmeros critérios. Veremos brevemente os mais comumente seguidos pelos doutrinadores. a) O autor cita o “célebre jurista italiano MALATESTA¹³⁸ em seu clássico tratado de direito probatório, classifica as provas, segundo seu objeto, em *diretas e indiretas*; quanto ao sujeito de que provêm, ou conforme outros preferem, quanto às fontes de que promanam, em *pessoais e reais*; finalmente quanto à forma, em prova testemunhal, prova documental e prova pericial (SILVA, 1996:285).

MOACYR AMARAL SANTOS¹³⁹ dá os seguintes exemplos de provas diretas e indiretas da classificação de MALATESTA: “Se uma testemunha vem a juízo e depõe que viu o automóvel de Tício dobrar a esquina na contramão e chocar-se com a carroça de Caio; ou se a corrida daquele automóvel estava sendo cinematografada e o aparelho cinematográfico o colheu dobrando a esquina na contramão, verificam-se provas tipicamente diretas. Mas se uma testemunha vem a juízo e narra apenas a posição e o estado em que ficaram o automóvel e a carroça após o acidente, por ela visto; ou se é exibida fotografia referente à posição e ao estado desses veículos depois do choque, tais provas são indiretas, porque não se referem diretamente ao *fato probando*, isto é, como se deu o acidente.” “O exemplo clássico de prova indireta são os indícios”, segundo Ovídio Baptista da Silva, “que muitos juristas não consideram um meio de prova capaz de ser comparado, por exemplo, aos documentos” (SILVA, 1996:285).

Ovídio Baptista da Silva continua citando MALATESTA, dizendo que quanto ao sujeito de que a prova emana, dizem-se *pessoais* aquelas que consistem na *revelação consciente* de um fato por uma pessoa, tal como a prova testemunhal; e *reais* as provas que são produzidas pelas coisas ou pelas pessoas inconsciente ou involuntariamente, como as modificações corpóreas e psíquicas causadas na testemunha por ocasião de prestar o depoimento, e que servirão de subsídios para demonstrar a probabilidade da existência de algum fato ou indicar determinado estado de espírito (MALATESTA, 241). (SILVA, 1996:286).

¹³⁸ In *Lógica de las pruebas en materia criminal*, tradução espanhola da edição italiana de 1894, pp. 98-99.

¹³⁹ In *Prova judiciária no cível e comercial*, vol. I, n° 28.

Nota-se, portanto, ainda que a doutrina presente a matéria relativa de forma uniforme, que os operadores, segundo os dados apresentados por Luiz Figueira, não apresentam um consenso quanto à significação da categoria “prova”.

IV.2 A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

No sistema processual brasileiro, o juiz tem um lugar central e de certa forma, autônomo, uma vez que seus amplos poderes probatórios tanto no processo civil como no processo penal e ainda no processo trabalhista fazem com que, na prática, ele não dependa das partes para formar seu convencimento. As regras a respeito do ônus da prova tornam-se praticamente sem sentido, uma vez que o juiz não depende das provas produzidas ou sequer requeridas pelas partes, tendo em vista que pode e deve ele próprio produzir o que achar conveniente. O processo judicial brasileiro, como já foi demonstrado até aqui, tem o objetivo de “descobrir a verdade dos fatos”, a “verdade real”, e assim fazer justiça.

A figura do juiz, nesse contexto, torna-se absolutamente central, pois, afinal, como representante “imparcial” do Estado a quem a lei atribui amplos poderes probatórios, o juiz pode, de ofício, produzir as provas necessárias para formar o seu convencimento acerca da verdade. De acordo com os atores do campo, o juiz utiliza os seus “poderes instrutórios” para realizar uma operação de reconstituição histórica dos fatos (FIGUEIRA, 2007).

É importante esclarecer que, dentre os juízes que entrevistei, nenhum demonstrou qualquer incômodo com os amplos poderes probatórios que lhes são atribuídos e não vêem em que medida tais poderes poderiam abalar a imparcialidade do órgão julgador, ou enfrentar o sistema acusatório de processo, segundo alguns, eleito como sistema processual a ser adotado no Brasil por determinação da Constituição da República de 1988.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Neste sentido (PRADO, 2005).

“O que significa a iniciativa probatória do juiz para a observância do princípio da verdade real?”

“É a carga dinâmica da prova. Hoje, no processo civil moderno, isto se chama o princípio da carga dinâmica da prova. Quer dizer, como se distribuem os ônus da produção desta prova? Eles são distribuídos para todo mundo. O juiz também acaba interferindo na produção da prova, e isto definitivamente não é ideal no processo penal. No processo penal, numa visão garantista. Perdão! Numa visão constitucional, isto não é ideal porque a Constituição de 1988 prevê um órgão com atribuição típica para perseguir a condenação em juízo. Quer dizer, o Estado-juiz, no processo penal, ele é garante do indivíduo, antes de ser garante da sociedade. Parece uma contradição, mas não é. No processo penal, a coisa se inverte”.

“Quer dizer, nós temos uma distribuição mais marcada com relação à distribuição dos ônus. Eu não gosto da participação pró-ativa do juiz na produção da prova no processo penal. Não me agrada. Acho que é figura de juiz inquisidor. O juiz, no processo penal, tem realmente que ser inerte. As partes é que devem produzir a prova. Esta é a minha visão, porque adoto uma concepção garantista. É uma concepção de garantia individual. O juiz, no processo penal, é garantidor do indivíduo, do acusado. Porque toda a atividade de investigação e de acusação é coercitiva. Então, o juiz é o contraponto. Por isso, a Constituição e a Lei Nacional do Ministério Público conferem tantos poderes ao Ministério Público. Como o tal poder de requisição. O Ministério Público pode requisitar. A quebra de sigilo e de interceptação telefônica é uma forma escancarada de pró-atividade do juiz na produção da prova” (J7).

“Com relação à questão da iniciativa probatória, nessa história da verdade real, como é a coisa?”

“Bom, é exatamente isso. A iniciativa probatória também é uma outra parceira do livre convencimento. É que o juiz disse assim: ‘Bom, eu só posso decidir com aquilo que está dentro do processo, mas isso que está aqui deveria estar processo.’ Então ele toma a iniciativa de trazer para dentro do processo aquilo que as partes não pensaram em trazer’ (J12).

“O senhor usa isso?”

“Às vezes sim, quando a lei permite, e às vezes não, porque quando a lei não permite que traga para dentro do processo, eu tenho que julgar aquilo que está dentro do processo. Então eu digo: ‘Olha, dentro do que consta nos autos, a solução é essa’. Agora se isso aqui constasse nos autos, a solução seria outra. Às vezes você pode até dizer isso, mas normalmente você não diz. Agora o curioso é que essa pergunta tem a ver com outro extremo. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, o juiz não tem iniciativa probatória. Lá tem o que eles chamam de *trial*, em que as partes perguntam. O juiz apenas controla os abusos das partes, mas o juiz não pode nem interrogar as testemunhas” (J12).

Importante também aprofundar a discussão desta matéria, especialmente no que concerne ao processo penal, que diz respeito à necessidade de poderes probatórios atribuídos ao juiz, diante de um Ministério Público tão bem preparado para produzir a prova de acusação, uma vez que cercado de garantias constitucionais de inamovibilidade, independência funcional e irredutibilidade de vencimentos. Ou, dizendo de outra forma, cabe a pergunta: diante de juízes com tão amplos poderes probatórios, em matéria processual penal, qual o papel de um Ministério Público tão forte e tão bem calçado constitucionalmente?

“O que é o hibridismo do promotor?”

“O fato dele ser ao mesmo tempo *custos legis* e *dominus litis*. Como é possível servir ao mesmo tempo a dois senhores? Eu acho que *custos legis* no processo penal é o próprio juiz e o juiz é *custos legis* no processo. Ou então todo mundo é *custos legis*, porque a defesa também é” (J7).

“Por que deveria ser só o juiz merecedor desta qualidade? O juiz não é *custos legis* quando ele remete o inquérito para o Procurador-Geral, quando há pedido de arquivamento da ação penal? Não é ele que fiscaliza o princípio da obrigatoriedade de ação penal? Então, o juiz é *custos legis*. Eu acho que no processo penal deveria ser abolida a figura do *custos legis*. Olha só que coisa curiosa: se o promotor pede a absolvição, o juiz está obrigado a condenar? Isto é uma celeuma, né? Pois se o dono da ação penal está pedindo para absolver, o juiz estaria obrigado a absolver? Quer dizer então que o juiz está vinculado? Eu entendo que não, porque se trata de um direito indisponível e o promotor não tem o direito de desistir da ação. Mesmo que o promotor seja o Estado. Tanto o direito é indisponível que o promotor não estaria desistindo deste direito de ação, pois o direito de ação ele já exerceu. Ele está desistindo do próprio direito material, se é que há esta distinção. E o direito material compete a quem? A quem compete o mérito? Ao juiz, ao Estado-juiz e não ao Estado-administração. O promotor é o Estado-administração. Então, isto me incomoda e é uma coisa que eu nunca consegui entender muito bem” (J7).

IV.3 PROVA NO PROCESSO CIVIL E INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

Vale lembrar que existe na doutrina e no campo jurídico brasileiro, de forma geral, a representação segundo a qual no processo civil vigora o princípio da *verdade ficta*, que é aquele segundo o qual para julgar a causa, o juiz deve basear-se somente naquilo que as partes trouxeram para o processo.

No entanto, do trecho de entrevista apresentado a seguir, que trata de atividade judicante em matéria civil, mais uma vez, se depreende a representação de que o processo — ainda que em matéria civil — é instrumento cuja finalidade é chegar à verdade absoluta que deve ser extraída, descoberta, por ser o único caminho que leva à efetivação da justiça. Por esta razão, a iniciativa probatória do juiz fica justificada e autorizada também no âmbito do processo civil.

“Aí você tem o papel que é apresentado pra você e você tem aquilo que você sentiu da pessoa. Aquilo que você viu. Toda aquela expressão da própria pessoa ali na sua frente, isso vai influenciar na sua decisão. A sua decisão, pelo menos é isso que eu tento fazer. Eu tento não me influenciar exclusivamente com o papel. Eu tento extrair a verdade e eu acho que a verdade a gente só **extraí**¹⁴¹ ouvindo as pessoas, ouvindo aquilo que as pessoas têm a dizer” (J9).

No domínio do processo civil, afirma Ovídio Baptista da Silva, “o sentido da palavra *prova* não difere substancialmente do sentido comum, ela pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos que haverão de basear a convicção do julgador quanto ao instrumento por meio do qual essa verificação se faz. No primeiro sentido, diz-se que a parte produziu a prova, para significar que ela, através da exibição de algum elemento indicador da existência do fato que se pretende provar, fez chegar ao juiz certa circunstância capaz de convencê-lo da veracidade da sua afirmação. No segundo sentido, a palavra *prova* é empregada para significar, não mais a ação de provar, mas o próprio *instrumento* utilizado, ou o *meio* com que a prova se faz. Podemos, portanto, dizer do procedimento de uma parte que traz um documento ao processo, que ela fez ou produziu a prova documental; e, referindo-nos ao documento em si, podemos dizer que ele constitui a prova do fato nele representado” (SILVA, 1996:283).

O mesmo vocábulo prova, segundo a doutrina de Ovídio Baptista da Silva, “pode ser empregado para significar o convencimento que se adquire a respeito da existência de um determinado fato”. “Valendo-nos de nosso exemplo,” diz o autor, “podemos afirmar que o autor, ou o réu, embora haja trazido ao processo um determinado documento, ou outro instrumento de prova diferente, em verdade não produziu a prova, ou seja, o procedimento probatório não foi capaz de convencer o julgador da existência do fato probando, de modo que o juiz permaneça em dúvida sobre sua existência. Pode-se, neste último caso, dizer que o fato não foi provado, na medida em que o juiz não resulte convencido de sua veracidade, ou da veracidade de

¹⁴¹ Mais uma vez a representação de que processo é instrumento de se chegar a uma verdade absoluta que deve ser extraída, descoberta, por ser o único caminho que leva à efetivação da justiça.

sua existência”. Temos aqui, segundo Ovídio Baptista da Silva, “o terceiro significado do vocábulo *prova* em direito judiciário. É necessário extremo cuidado quando, ao tratar-se de uma questão probatória no domínio da ciência jurídica, aludir-se ao conceito de verdade, imaginando-se que a prova de um fato equivalha à demonstração da veracidade de sua existência”.

No direito moderno, segundo o doutrinador, “a partir de JEREMY BENTHAM¹⁴², eminente jurista e filósofo inglês do século XVIII, e por influência do utilitarismo que tem marcado de forma tão profunda toda a filosofia contemporânea, verifica-se uma crescente tendência a considerar a prova judiciária como a demonstração da *verossimilhança da existência de uma determinada realidade*, restaurando-se, nesse sentido, a doutrina aristotélica da *retórica*, como “ciência do provável”, a que se chega através de um juízo de probabilidade”¹⁴³ (SILVA, 1996:284).

Chama a atenção no trecho acima apresentado as distinções que o autor faz entre a construção da verdade jurídica num processo judicial e a construção científica de conhecimento, tendo em vista que esta aproximação não é possível, uma vez que são formas de construção do saber que obedecem a lógicas completamente diferentes, que não se confundem.

O autor continua aproximando a construção do saber jurídico do saber científico citando GASTON BACHELARD da seguinte maneira: “E de resto, como disse um outro filósofo moderno, mesmo no campo das ciências *ditas da natureza*, “*o conhecimento científico é sempre a reforma de uma ilusão*” . Seria pretensiosa ingenuidade, segundo o autor, imaginar-se que o processo civil seja instrumento capaz de permitir a determinação da verdade absoluta a respeito dos fatos. Volta então ao jurista inglês do século XVIII e conclui que aliás, BENTHAM¹⁴⁴ abre seu célebre tratado de direito probatório afirmando que se deve entender por prova o estabelecimento de “*um fato supostamente verdadeiro*” (SILVA, 1996:284).

¹⁴² O doutrinador não menciona que sendo Jeremy Bentham, nascido em 1748, jurista inglês e, por isso, está tratando de sistema jurídico, apresenta diferenças marcantes da nossa tradição jurídica, uma vez que os sistemas processuais de *common law* procuram a construção de consensos sucessivos sobre a prova no processo.

¹⁴³ Neste ponto o autor cita ALESSANDRO GIULIANI, *Il concetto di prova – Contributo all’ logica giuridica*, 1971, cap. II, § 3º, e Apêndice, 231 e segs.; e SALVATOREPATTI, “Libero convincimento e valutazione delle prove”, *Rivista*, 1985, especialmente, pp. 498 e 503.

¹⁴⁴ In *Tratado de las pruebas judiciales*, I/19, apud (SILVA, 1996:284).

No trecho seguinte, o mesmo autor afasta o conhecimento produzido pelo campo jurídico e pelo campo científico, dizendo que “ao contrário do que sucede com a investigação científica, a verdade com base na qual se exige que o juiz pronuncie a procedência ou a improcedência da demanda, jamais se apresenta como o resultado de um encadeamento de fatos e circunstâncias, dispostos em conexão lógica determinante de uma única consequência possível. Quem participa da experiência forense, sabe que, na maioria dos casos, especialmente naqueles onde o conflito seja mais profundo e de maior relevância, a prova colhida nos autos oferece duas versões antagônicas de que se pode perfeitamente retirar tanto a procedência quanto a improcedência da causa. Daí afirmar LUIZ RECASÉNS SICHES¹⁴⁵ que os conceitos de ‘verdade’ e ‘falsidade’ são estranhos ao domínio do direito, onde deve ter lugar o que ele denomina ‘lógica do razoável’¹⁴⁶, diversa da lógica das ciências *naturais*” (SILVA, 1996:284).

Segundo Ovídio Baptista da Silva, “o Código de Processo Civil, em seu art. 332¹⁴⁷, emprega o vocábulo prova para significar meios de prova, tais como testemunhas, documentos, exames periciais, ou quaisquer outros meios possíveis de prova, mesmo não especificados em lei; quando, ao contrário, se diz que o sistema brasileiro filia-se ao princípio de direito probatório denominado *princípio da persuasão racional*. Já não mais se emprega a palavra prova naquele primeiro sentido por nós indicado, senão que se passa a usá-lo neste último significado” (SILVA, 1996:285).

Segundo a doutrina de Ovídio Baptista da Silva, “se todo o direito, como fenômeno social, existe nos fatos, sobre os quais eventualmente se controverte, compreende-se a importância para o processualista do domínio seguro dos princípios e dos segredos do direito probatório”. Dizia a respeito BENTHAM: “A arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas” (SILVA, 1996:285).

Nos textos doutrinários descritos a seguir, é importante notar a forma pela qual o saber jurídico doutrinário brasileiro é construído. O autor, para explicar a classificação das provas, cita obras de alguns autores italianos do século XX, cita a obra de Malatesta

¹⁴⁵ *Nueva filosofía de la interpretación*, México, 1980, 277 *apud* (SILVA, 1996: 284)

¹⁴⁶ Kant lembrou a idéia de *reasonable man* que é contrária a *rational man* – racionalidade do júri no direito inglês.

¹⁴⁷ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - ART. 332 - Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

do século XIX, cita Pontes de Miranda, único representante do campo brasileiro e cita Bentham, jurista inglês do século XVIII. As doutrinas destes autores são colocadas lado a lado, como se todos eles tivessem tratado em seus trabalhos do sistema jurídico brasileiro, sem considerar que eles falam de sistemas jurídicos diversos e até de tradições jurídicas completamente diferentes, como é o caso do jurista inglês Bentham, que fala de um sistema de *common law*, onde o processo é direito disponível e as decisões consensuais.

Cumprе salientar que em momento algum o autor chama a atenção para o fato de que o saber produzido por juristas estrangeiros é relativo aos ordenamentos jurídicos dos países em que vivem. Não há também qualquer relativização quanto ao tempo no qual estes textos foram construídos: aos momentos históricos, às conjunturas políticas, às culturas locais ou aos respectivos sistemas jurídicos.

Cumprе frisar desde logo que não sendo o direito um campo dissociado da vida social, mas antes, parte integrante dela, é preciso que se tenha em conta que falar do campo jurídico brasileiro é, de certa forma, falar sobre a sociedade brasileira e de suas formas de ver-se a si mesma. “Identificar as forças motrizes que dão a cada cultura o seu dinamismo obriga, pois, a sair do direito. Propomos, a título de hipótese, buscá-las em duas direções: a cultura jurídica deve, por um lado, ser abordada como um modo de produção da verdade e, de outro, como uma configuração do político” (GARAPON e PAPADOPOULOS: 2003).

Ovídio Baptista da Silva diz, em sua doutrina, “que *quanto à forma*, as provas, segundo MALATESTA, podem ser *testemunhais, documentais e materiais*. Classificam-se como prova *testemunhal*, além da prova feita por meio de testemunhas, a confissão e, nos sistemas que o admitem, também o juramento; *documental* é a prova consistente numa declaração consciente feita por uma pessoa sob forma escrita e irreproduzível oralmente” (SILVA, 1996:286).

O doutrinador em tela, ao contrário da de Frederico Marques (MARQUES, 1997), afirma que os fatos incontroversos não precisam ser provados. Afirma também que somente os fatos relevantes devem ser objeto de prova, mas não deixa claro que quem avalia a relevância destes fatos é o julgador, uma vez que a prova se destina a formar o convencimento do juiz, o que distancia, ainda mais, a parte do processo, que afinal é um instrumento para resguardar seus direitos. Frederico Marques, como já foi dito, afirma que mesmo os fatos incontroversos podem ser objeto da iniciativa

probatória do juiz, o que acentua ainda mais o caráter inquisitorial do processo brasileiro (disputa entre doutrinadores).

Da própria regra estabelecida no art. 332 do Código de Processo Civil¹⁴⁸, afirma Ovídio Baptista da Silva, “pode-se extrair o seguinte corolário: não de ser objeto de prova apenas os fatos em que se funda a ação ou defesa, o que significa dizer que somente os *fatos relevantes* para a decisão da controvérsia devem ser provados. E mais, sempre que das afirmações se verifique qualquer fato por qualquer delas alegado, são reconhecidos pela parte contrária, torna-se desnecessária a sua demonstração. Os fatos afirmados por uma das partes e não negados pelo adversário, ou seja, os fatos não controvertidos, não necessitam de ser provados”. Neste ponto o autor faz referência ao livro *Prova Judiciária* de MOACYR AMARAL DOS SANTOS, vol. I página 208 de 1952. (SILVA, 1996:287).

O doutrinador prossegue afirmando “que a regra de que apenas os fatos duvidosos ou controvertidos devem ser objeto de prova está consubstanciada no art. 302 do Código de Processo Civil¹⁴⁹, segundo o qual o juiz há de ter por verdadeiros os fatos narrados pelo autor, na petição inicial, quando não impugnados pelo réu, salvo, diz a lei, se a existência do fato particular não impugnado expressamente pelo réu estiver, genericamente, em contradição com a defesa, considerada como um todo. Este autor afirma que, a mesma regra vem confirmada pelo art. 334 do Código de Processo Civil¹⁵⁰, que declara não dependerem de prova: I – fatos notórios; II – os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – os admitidos no processo como incontroversos; e IV - os fatos em cujo favor milita a presunção legal de existência ou veracidade” (SILVA, 1996:287).

¹⁴⁸ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – ART. 332 – Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

¹⁴⁹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ART. 302 – Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: I – se não for admissível, a seu respeito, a confissão; II – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; III – se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. Parágrafo único – Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.

¹⁵⁰ Código de Processo Civil Art. 334 – Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Os trechos doutrinários abaixo apresentados engrossam a demonstração da maneira pela qual é construído o saber jurídico doutrinário no Brasil. É abundante a justaposição de trechos de autores de diferentes países e de obras escritas em diferentes épocas como se todas elas servissem para a atualização do direito brasileiro. Chamo a atenção para o fato de não haver qualquer menção à doutrina nacional ou às nossas práticas judiciárias brasileiras e nem tampouco à nossa jurisprudência.

Ovídio Baptista da Silva cita, neste ponto, o *Teoria general de la prueba judicial*, vol. I, § 35, de DEVIS ECHANDIA de 1974, dizendo “que este autor adverte sobre a confusão geralmente feita pela doutrina entre *objeto da prova e necessidade da prova*. O autor afirma que “os fatos notórios e os que venham a ser admitidos como verdadeiros, apenas dispensam o procedimento probatório, precisamente por serem notórios ou não controvertidos. Continua explicando que deste modo quando Moacyr Amaral dos Santos em seu *Prova Judiciária*, vol. I:208 de 1952, afirma que ‘*são objetos de prova os fatos controvertidos*’, ou quando CHIOVENDA, in *Principii di diritto processuale civile* de 1965, escreve que ‘*oggetto della prova sono i fatti non ammessi e non notorii*’¹⁵¹, ou ainda MICHELLI, in *La carga de la prueba*, — tradução espanhola da edição italiana de 1942 — declara ser ‘*enseñanza comum que el objeto dala prueba está constituído por los hechos controvertidos*’¹⁵². O que se quer indicar é que só necessitam de provas os fatos que não sejam notórios e que, além disto, sejam controvertidos na causa. Os notórios e não controversos tem-se por verdadeiros, por já se considerarem provados. Como qualquer outro fato, porém os notórios e os não-controversos são idôneos e, portanto, capazes de constituir objeto de prova”. Neste ponto o autor cita *Teoria general de la prueba em derecho civil*, tradução espanhola de 1957, vol. I p. 168, de LESSONA (SILVA, 1996:288).

Segue citando *La prueba – los grandes temas de derecho probatório*, de SENTIS MELENDO, de 1978, que afirma que “Os fatos não se provam, os fatos existem. O que se prova são as afirmações que podem referir-se a fatos”. Continua, citando CARNELUTTI, in *Sistema del diritto processuale civile*, de 1936, dizendo que: “*Cio che si prova é uma affermazione; quando si parla di provare un fatto, questo avviene per il solito scambio tra affermazione e il fatto afermato*”¹⁵³ (SILVA, 1996:288).

¹⁵¹ Tradução livre: O objeto da prova são os fatos não controversos e notórios.

¹⁵² Tradução livre: é consenso que o objeto da prova se constitui por fatos controvertidos.

¹⁵³ *Cio che si prova é uma affermazione; quando si parla di provare un fatto, questo avviene per il solito scambio tra affermazione e il fatto afermato*. Tradução livre: que aquilo que se prova é uma afirmação quando se fala em provar um fato. Isso advém do confronto da afirmação e do fato afirmado.

O doutrinador acrescenta ainda “que esta também é a afirmação de JOÃO DE CASTRO MENDES, in *Do conceito de prova em processo civil*, editado em Lisboa em 1961, que mostra como seria impróprio dizer que ficou provado o fato de alguém não estar em certo lugar, ou a prova de que determinado evento não ocorreu. Na hipótese de a finalidade da prova ser a demonstração de um *fato negativo*, percebe-se facilmente que o objeto da prova não é o fato, mas as alegações ou afirmações sobre o fato. O autor acrescenta ainda que esta é igualmente a doutrina defendida por ROSEMBERG, in *Tratado de derecho procesal civil*, tradução espanhola da 5ª edição alemã.¹⁵⁴ Em seguida menciona que esta doutrina é rejeitada tanto por MICHELLI quanto por DEVIS ECHANDIA, como de resto a recusa a maioria da doutrina e neste ponto cita outro autor espanhol: SIVA MELERO, in *La Prueba Procesal*, editado em Madrid, 1963 (SILVA, 1996:288).

Finalizando o tópico que trata do objeto da prova, a doutrina de Ovídio Baptista da Silva aproveita o argumento de que se vale SENTIS MELERO, in *La prueba, Los grandes temas de derecho probatorio*, editada em Buenos Aires em 1978, para afirmar que o *objeto da prova* não são os fatos e sim as afirmações que se fazem sobre os fatos, é a circunstância de considerar-se a inspeção judicial como um verdadeiro e autônomo meio de prova. Ora, segundo o jurista, através da inspeção judicial nenhum fato novo vem ao processo, mas apenas se cuida de verificar a veracidade da afirmação da parte a respeito de um fato (SILVA, 1996:288).

IV.4 PROVA NO PROCESSO PENAL E INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ – A QUESTAO DO INQUÉRITO POLICIAL E A ATUAÇÃO DA POLÍCIA NA CONSTRUÇÃO DA VERDADE JURÍDICA

Frederico Marques, na exposição de sua doutrina de processo penal, apresenta as limitações do *princípio do livre convencimento*, assim como *princípio da verdade real*, afirmando “que eles estão limitados por algumas restrições de ordem geral e por outras de caráter especial contidas nas leis processuais”.

Em primeiro lugar, segundo o autor, se violada for alguma regra limitativa da pesquisa da *verdade real*, não pode o juiz formar a sua convicção com essa fonte de prova indevidamente colhida. Se a narcoanálise não é admitida, como fonte de

¹⁵⁴ A bibliografia apresentada pelo autor não faz menção nem à data da edição alemã, nem à data da tradução espanhola.

convencimento, por atentatória da dignidade da pessoa humana, o autor afirma “que está vedado ao juiz fundar-se no resultado dessa prova, se, por qualquer motivo, dela se lançou mão ou na fase preparatória de investigação, ou mesmo no transcurso da fase instrutória do processo. O mesmo sucede com as restrições especiais, para a pesquisa da verdade real, que as normas processuais prevêem. O autor apresenta um exemplo dizendo que “se, *verbi gratia*, pelos depoimentos testemunhais colhidos na instrução, puder o juiz concluir que o réu faleceu, não lhe é permitido, só com isso, declarar extinta a punibilidade, uma vez que, para tanto, exigida está, no artigo 62 do Código de Processo Penal¹⁵⁵, a apresentação de certidão de óbito. Todas as restrições especiais à liberdade de pesquisa da verdade real constituem outras tantas restrições ao livre convencimento. É por isso, segundo o autor, que o juiz não pode firmar sua convicção em prova colhida sem as garantias do contraditório, tais como os depoimentos e inquirições tomados no inquérito policial” (MARQUES, 1997-b:v 2, 276).

Mais uma vez, no trecho acima apresentado, aparece a articulação entre as categorias “*verdade real*” e “*livre convencimento*”. Fica clara a inclusão do inquérito policial como meio idôneo de prova, desde que a prova colhida em sede policial seja submetida ao contraditório judicial *a posteriori*.

Sobre o assunto, Kant de Lima esclarece “que no sistema jurídico brasileiro, abaixo da Constituição, que assegura nominalmente, pelo menos, os direitos e garantias fundamentais, tem-se o *Código de Processo Penal*, que regula três formas de produção da verdade: a policial, a judicial e a do Tribunal do Júri. Tais formas encontram-se hierarquizadas no Código da seguinte maneira: (a) o inquérito policial, onde o procedimento da polícia judiciária é, oficialmente, “administrativo”, não judicial e, por isso, inquisitorial, não se regendo pelo *princípio do contraditório*; (b) o processo judicial, aplicado à maioria dos crimes e que se inicia, *obrigatoriamente*, quando há indícios suficientes de que um delito grave foi cometido e que sua autoria é presumida, com a *denúncia* feita pela promotoria dando oportunidade à defesa, pois se regula pelo *princípio do contraditório*, até a sentença do juiz, que exprime seu convencimento justificado pelo exame do conteúdo dos autos; (c) o julgamento pelo Tribunal do Júri, processo que se aplica apenas aos crimes intencionais contra a vida humana e se inicia por uma sentença judicial proferida por um juiz (pronúncia), após a realização da produção de informações,

¹⁵⁵ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ART. 62 – No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.

indícios e provas, durante o inquérito policial e a instrução judicial, comum a todos os processos judiciais criminais” (KANT DE LIMA, 2004-a:49-59).

O texto constitucional de 88 não foi suficiente para a observância das garantias civis no processo penal brasileiro uma vez que, como se depreende da doutrina de Frederico Marques, bem como da maior parte dos autores de processo penal no Brasil, o inquérito policial continua sendo a forma de produção de verdade usada para formar a convicção do Ministério Público no oferecimento da denúncia que inicia a ação penal condenatória. Nos processos de réus pobres não é incomum ser, o inquérito policial, a única fonte de informação documental que o juiz dispõe para formar sua convicção.

Mais uma vez Kant de Lima auxilia a compreensão da questão quando pondera que “a presença de métodos oficialmente sigilosos de produção da verdade — como no caso do inquérito policial —, próprios de sociedades de desiguais, que querem circunscrever os efeitos da explicitação dos conflitos aos limites de uma estrutura que se representa como fixa e imutável, confirmam a naturalização da desigualdade própria de nossa consciência cultural: as pessoas são consideradas naturalmente desiguais (Mendes de Almeida Jr., 1920, vol.1, pp. 250-251). A função compensatória do Estado, portanto, é vista como uma literal compensação da desigualdade na administração dos conflitos em público e não uma promoção da igualdade para que as partes administrem seus conflitos em público” (KANT DE LIMA, 2004-a:49-59).

A disciplina da instrução em matéria de processo penal é bastante diferente do processo civil, no Brasil, especialmente no que concerne à formação prévia de prova, que se materializa no inquérito policial, assim como naquilo que diz respeito à concentração dos atos instrutórios numa única audiência.

Tendo em vista ser a descoberta da *verdade real* a finalidade explícita do processo penal condenatório, a qualquer momento pode haver produção de prova, desde que o juiz determine. A idéia de que a instrução probatória é admitida em qualquer momento do processo penal fica clara na doutrina de Frederico Marques (MARQUES, 1997) e é confirmada por vários dos depoimentos de julgadores que já foram expostos até aqui.

“Então os advogados estão trabalhando para formar o convencimento do juiz?”

“Exatamente. Aí a idéia é: o que não está nos autos, não está no mundo, e o juiz vai decidir de acordo com aquelas provas que os advogados trouxeram. É exatamente assim: “O senhor tem testemunhas?” “Não.” “Então eu não posso fazer nada.” Então, eu estou limitado àquilo que as partes trouxeram. Eu não posso arrolar as testemunhas que não foram ouvidas, mas que podem esclarecer, como testemunha do júízo, como aqui. É o sistema anglo-saxão e o sistema americano, os dois sistemas são assim¹⁵⁶. A limitação da prova é feita pelos advogados. Não há limitação, há formalidades a serem cumpridas. Você observa essas formalidades e dentro dessas formalidades você traz a prova para dentro do processo. Se você trouxe prova, a prova é observada e se você não trouxe a prova, muito menos” (J12).

A doutrina de Frederico Marques afirma que a fase de instrução, no processo penal condenatório, não tem início com o interrogatório do réu, e sim com o ato de apresentação de provas por parte do réu (art. 395¹⁵⁷ e 399¹⁵⁸) a que se segue os atos de produção de prova. Depois, segundo o autor, “vem a fase complementar no art. 499¹⁵⁹ e,

¹⁵⁶ Embora o entrevistado sugira que o sistema dos EUA e o sistema anglo-saxão sejam diferentes, não menciona que fazem parte da mesma tradição jurídica, a *common law*, que deixa a atividade probatória exclusivamente a cargo das partes. O sistema brasileiro faz parte da tradição da *civil law*, e se aproxima dos sistemas romano-germânicos, mas guarda suas peculiaridades.

¹⁵⁷ Código de Processo Penal Art. 395 - O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de 3 (três) dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas.

¹⁵⁸ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ART. 399 – O Ministério Público ou o querelante, ao ser oferecida a denúncia ou a queixa, e a defesa, no prazo do art. 395, poderão requerer as diligências que julgarem convenientes.

¹⁵⁹ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ART. 499 – Terminada a inquirição das testemunhas, as partes – primeiramente o Ministério Público ou o querelante, dentro de 24 (vinte e quatro) horas, e depois, sem interrupção, dentro de igual prazo, o réu ou réus – poderão requerer as diligências, cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução, subindo logo os autos conclusos, para o juiz tomar conhecimento do que tiver sido requerido pelas partes.

por fim, o momento procedimental das alegações finais (art. 500)¹⁶⁰. Finda aí a instrução a que se sucede a fase decisória” (MARQUES, 1997-b:2v, 251).

Segundo a doutrina de Marques, “a instrução probatória vai do interrogatório até o encerramento da instrução complementar de que fala o art. 499. Prossegue sustentando que cumpre assinalar, porém, que, se a instrução probatória é fase procedimental específica para a produção de provas, atos instrutórios já se praticam desde a fase postulatória da instância e até mesmo nos atos preparatórios da investigação policial ou de outra *informatio delicti* que tenha servido de base à acusação. Assim é que a juntada de documentos, por exemplo, com a denúncia, constitui ato de instrução probatória. Por outro lado, as perícias efetuadas na investigação preparatória têm, quase sempre, caráter de ato probatório definitivo” (MARQUES, 1997-b:2v, 251).

O autor continua afirmando que além do mais, determina o art. 12 do Código de Processo Penal que o “inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou a outra”. Pelo próprio teor do texto, diz o autor, verifica-se que a função dos autos desta investigação preparatória está em servir de fundamento à *opinio delicti* que legitima a propositura da ação penal.

Mas a verdade é que o inquérito, embora não possa, com suas provas, constituir-se como base da sentença definitiva, contém, no entanto, elementos indiciários e circunstanciais complementares que podem esclarecer, reforçar ou consolidar elementos de convicção colhidos na fase instrutória da instância penal. Assim sendo, o inquérito que acompanha a denúncia é, sob certo aspecto, uma peça de instrução e que constitui, por isso, elemento probatório colhido fora da fase instrutória (MARQUES, 1997-b:2 v, 251).

Como se constata no próximo depoimento, a análise do inquérito policial é imprescindível para o juízo de admissibilidade da denúncia, pois nele estão a comprovação da materialidade do delito e indícios de sua autoria, elementos tomados como *justa causa* para a propositura da ação penal condenatória.

¹⁶⁰CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ART. 500 – Esgotados aqueles prazos, sem requerimento de qualquer das partes, ou concluídas as diligências requeridas e ordenadas, será aberta vista dos autos, para alegações, sucessivamente, por 3 (três) dias: I – ao Ministério Público ou ao querelante; II – ao assistente, se tiver sido constituído; III – ao defensor do réu. § 1º – Se forem dois ou mais os réus, com defensores diferentes, o prazo será comum. § 2º – O Ministério Público, nos processos por crime de ação privada ou nos processos por crime de ação pública iniciados por queixa, terá vista dos autos depois do querelante.

“É fundamental você ler o inquérito no momento em que você vai exercer o juízo de admissibilidade, ou seja, receber a denúncia ou não receber a denúncia. Você tem que ler o inquérito, se a denúncia se baseia no inquérito, que é 99% dos nossos casos. Então, nesse momento ler o inquérito é fundamental porque você não tem como apurar justa causa sem saber o que se passou no inquérito e saber quais foram as provas produzidas no inquérito. Isso é fato! Não interessa que haja muita controvérsia quanto a isso. O problema maior é lá na fase final, que eu vou dar uma sentença de mérito absolvendo ou condenando o réu sem saber qual é a influência que as provas produzidas no inquérito exercem sobre isso. Aqui a gente caminhou em algo que eu acho meio inovador por imposição de uma normatização administrativa: o inquérito hoje não é mais encartado no processo aqui na justiça federal. Na justiça estadual a folha 3 (três) do processo é a folha 1 (um) do inquérito, porque o inquérito está encartado dentro da ação penal. Aqui não. Aqui uma norma administrativa determina que o inquérito seja apensado como você falou. Então a folha número 1 (um) do meu processo é a denúncia, a folha número 2 (dois) do meu processo provavelmente também é a denúncia, independente de quantas folhas ela tenha e a folha número 3 (três) do meu processo uma vez acabadas a denúncia já é algo que foi produzido aqui em juízo, provavelmente um mandado de licitação ou o meu despacho que recebe ou não recebe a denúncia. Isso resolve? Não! Porque enquanto o inquérito está lá, não está aqui como costumava ficar antes, ele está fora, mas está. Ele compõe o acervo, o que consta aqui e eu posso vir a me manifestar a respeito dele de forma “x” ou “y” no momento em que eu tiver sentenciando o processo. O ideal seria que eu não me manifestasse a respeito disso” (J7).

Frederico Marques, citando FLORIAN, in *Prove Penali* de 1921, afirma “que a prova penal é um episódio do processo, porque nele é que tem que ser demonstrada a procedência da pretensão punitiva, ou a sua improcedência, com o conseqüente reconhecimento, na última hipótese, de estar o réu inocente da acusação contida na denúncia”. O autor prossegue citando GIOVANNI LEONE, in *Appunti sul Problema*

della Prova nel Processo Penale, in *Studi in Memória di Filippo Grispiigni* de 1956, que afirma “que, como problema jurídico, a prova constitui o ‘*centro della scienza del processo penale*’” (MARQUES, 1997-b:v 2, 257)

Fica claro, no trecho da doutrina de Frederico Marques que apresentaremos a seguir, assim como está explicitado no trecho de entrevista apresentado acima, que o inquérito policial efetivamente faz parte da instrução probatória do processo penal, na medida em que fornece os elementos de convicção para o Ministério Público denunciar e para o juiz receber a denúncia. Além disso, os autos do inquérito policial ficam apensados ao processo até o final do feito. Provavelmente, pelo fato desta doutrina ser anterior à Constituição da República de 88, que introduziu as garantias processuais do contraditório e da ampla defesa, seja este fato tão explícito. Hoje, a doutrina recomenda que a prova produzida no inquérito policial não deve servir para formar o convencimento do juiz sem ser submetida ao crivo do contraditório. No entanto, apesar de passados 20 anos do advento da promulgação do texto constitucional de 88, a verdade jurídica produzida em sede policial continua a instruir o processo penal brasileiro. Neste sentido, a doutrina descrita a seguir é atualíssima, apesar de ter sido escrita 30 anos antes da entrada em vigor da nova Constituição.

Há juízes que se manifestaram contrários à iniciativa probatória do juiz no processo penal, argumentando que esta seria inconstitucional, uma vez que se existe o benefício da dúvida para o réu e se o juiz é garantidor da observância estrita dos direitos fundamentais no processo, produzir prova seria não observar a garantia do *in dubio pro reo*, que deixa o benefício da dúvida para o acusado. Produzindo prova para esclarecer o fato, o juiz estaria se afastando de seu papel constitucional de garantidor dos direitos fundamentais.

“Você tem tanto do lado da acusação como da defesa, duas provas que na realidade empatam. Você não vai buscar outra prova?”

“Eu defiro os requerimentos. Agora, existe a previsão da testemunha referida, da testemunha do júízo, mas isto é a última instância. Eu só uso em último caso. Só se realmente com aquilo que foi trazido pela parte, eu não conseguir formar a convicção. Só se persistir uma dúvida muito intensa. E aí, de alguma forma eu interfiro, se houver uma referência a uma

pessoa ou a um documento. Mas eu procuro não lançar mão disto. Porque não é uma atividade típica minha, já que existe no nosso ordenamento jurídico a previsão da dúvida. E a dúvida favorece o acusado. Como o juiz é garantidor do acusado, eu tenho que garantir-lhe a dúvida. É um direito dele. A produção de prova contra o acusado é obrigação do Estado-acusação e não do Estado-juiz. Você sabe como a pena de morte foi abolida do nosso sistema, né? D. Pedro pendurou a pena da última sentença que ele deu de pena de morte, depois de ter descoberto que condenou um inocente. Não sei se isto é ficção ou realidade, ele pendurou a pena dizendo que, neste país, ninguém mais daria uma sentença de morte, porque ele decretou uma sentença de pena de morte para um inocente. Acho que as sentenças eram ratificados pelo Imperador, na época. Por isso, a dúvida é importante: na dúvida, a obrigação do Estado-juiz é absolver. Mais um argumento para concluir que o Estado-juiz no processo penal é garante. É garantidor” (J7)

“Veja se eu entendi o que você está dizendo: É que o sistema constitucional coloca você juiz na situação de não poder trabalhar contra a dúvida, na medida em que o sistema constitucional é garantista.”

“Exatamente. Mas quando eu falei em dúvida, eu falei em dúvida da minha convicção, até com relação à dúvida. Então, eu preciso robustecer a minha dúvida para absolver. Eu preciso ouvir esta pessoa aqui, porque talvez ela robusteça a minha dúvida. Ou, pode ser que ela elida a minha dúvida. É por isso que a atividade do juiz no processo penal não pode ser pró-ativa. Você vê que no Júri, o comportamento do juiz deve ser estático. É recomendável que ele não mexa a cabeça e não seja tendencioso nas perguntas, permaneça na sala enquanto estiver falando o promotor e o defensor também, para que isto não configure, na cabeça dos jurados que são leigos, uma preferência do juiz pelo promotor ou pelo defensor. O juiz deve, no Júri, evitar conversar muito com o promotor, que está

ao seu lado e a defesa já não tem estas vantagens, por causa da localização no plenário. Aliás, eu acho que este posicionamento dos atores do processo penal no plenário é uma coisa que deveria ser revista, porque a pessoa que vai depor e o próprio acusado não entendem por que o promotor, que é acusação, está ao lado do juiz que é seu garante e a defesa está distante, de frente. Porque o promotor está ao lado. Quem está no meio é o juiz. As partes deveriam estar uma de frente para a outra, ou as duas ao lado do juiz. Mas a praxe, é esta. É difícil entender isto, porque tem uma questão de vaidade também. Uma questão de história institucional. O Ministério Público é conhecido como *parquet* e o *parquet* é aquele tablado de madeira onde ficam sentados o juiz e o promotor. Ele é *parquet* porque ele é uma magistratura de pé. Isto é arraigado, mas não é moderno. O hibridismo da figura do promotor no processo penal é incômodo” (J7).

A prova integra, segundo Frederico Marques, “o procedimento investigatório da *informatio delicti* e, depois, a instrução do processo. A Polícia Judiciária, segundo o autor, dirige e organiza a investigação para fornecer, deste modo, uma instrução provisória e informativa, sobre o fato delituoso e seu autor, que sirva de preparação à ação. A seguir, o Ministério Público ajuíza a acusação e requer os atos necessários para elucidar-se a questão de fato a ser examinada pelo juiz quando tiver que decidir sobre a pretensão punitiva”. Neste ponto, Frederico Marques cita BIAGIO PETROCELLI in *Azione- Istruzione-accusa in Saggi di Diritto Penale* de 1952 (MARQUES, 1997-b:v 2, 257).

Frederico Marques afirma “que a investigação¹⁶¹ tem que ser orientada por métodos eficientes para a reconstrução do fato delituoso. Ela coloca diante de quem a dirige a tarefa de elucidar um acontecimento pretérito, a fim de estabelecer e determinar como surgiu e se formou tal acontecimento. É à *criminalística* que incumbe fornecer o material para uma investigação segura na reconstrução de todos os elementos e circunstâncias do fato delituoso. A *informatio delicti* se apresenta como sendo a

¹⁶¹ É bom lembrar que o inquérito policial não se confunde com investigação preliminar, uma vez que somente o inquérito policial tem como produto um documento expedido por um cartório de Estado – o cartório da polícia – e que é elemento de prova produzido antes da propositura da ação e que conta com a autenticação do Estado.

primeira ofensiva para a descoberta da verdade”. Neste ponto, Frederico Marques cita ERNST SEELIG, in *Traité de Criminologie* de 1956, como fonte da afirmação.

Diz Marques que “embora destinada apenas à preparação da ação penal, a investigação colhe, desde logo, elementos probatórios que podem servir posteriormente como dado instrutório definitivo para julgamento da pretensão punitiva. É o que sucede com as provas ali obtidas em que predomina o aspecto técnico da pesquisa. Mas quando existe a participação imediata e direta da autoridade policial, na produção da prova, o carácter inquisitivo (*sic*) que tem a investigação torna imprescindível a *judicialização* ulterior do ato probatório para que a instrução ali contida se apresente com o valor de prova, ao ter o juiz de decidir a causa penal”. Neste ponto, Frederico Marques cita JOÃO MENDES JÚNIOR, in *Do Inquérito Policial*, in *Repertório Geral de Jurisprudência e Legislação* de Spencer Vampré (MARQUES, 1997-b:v 2, 258).

Como se vê, a doutrina de Frederico Marques “admite que se use como dado instrutório definitivo as provas colhidas na fase pré-processual, isto é, na fase de inquérito policial. É de se apontar, no entanto, que Frederico Marques, no trecho a seguir, não faz menção expressa ao inquérito policial como forma investigatória cartorial extrajudicial de autenticar a verdade jurídica produzida em sede policial, e que, portanto não está submetida às garantias do processo judicial. Sendo assim, a verdade jurídica construída em sede de inquérito fica sujeita a manipulação dos agentes da polícia, fato que é muito comum nas nossas práticas policiais, conforme fica demonstrado por Kant de Lima em seus estudos sobre a polícia na cidade do Rio de Janeiro. Os dados que apresento nesse trabalho demonstram que os juízes não desconhecem tais práticas, mas ainda assim acham que as informações colhidas em sede de inquérito são admissíveis no julgamento da pretensão punitiva do Estado. As práticas ilegais da polícia aparecem, de certa forma, naturalizadas no discurso dos juízes, como fica claro no trecho transcrito abaixo.

“Eu fui defensor público e, em uma época que eu estava adido ao gabinete, eu fui defensor público da primeira delegacia legal, que foi instalada. Foi a 5ª. DP. A instalação do projeto da Delegacia Legal que não deu certo, porque o projeto não permitia que a polícia trabalhasse como ela estava acostumada a trabalhar. A presença do promotor e do defensor público no ambiente deles inibia a atividade deles. Qual é a

atividade deles? Eles funcionam na base do palavrão da porrada, né? É assim que funciona a polícia nossa infelizmente. Com exceção das escutas telefônicas que são um instrumento hoje interessante de investigação, o resto é feito na base da coerção. Tortura, eu não estou dizendo que sempre há, mas o contato físico, pelo menos, na maioria das vezes há. Por isso, o inquérito é perigoso. Por isso, ele tem que ser analisado partindo-se desta premissa. De que já é uma peça viciada. Ela é importante, mas ela é viciada. Ela é viciada porque ela está muito mais próxima da ocorrência do fato. O auto prisão em flagrante e o inquérito policial estão mais próximos do fato do que a inquisição do juiz. Muitas vezes, nós vamos começar um trabalho de produção de prova 2, 3 ou 4 meses depois da ocorrência do fato. Às vezes, o trabalho judicial só começa 1 ano depois do fato. E o efeito dela é abalado pelo tempo. Então, o inquérito é importante para explorar as contradições, mas é preciso saber que a premissa maior é que o inquérito é uma peça viciada, na maior parte das vezes. E se você for para o rigor técnico, quase sempre o inquérito policial é nulo. Sempre tem uma nulidade. As mais comuns são as confissões, por exemplo. As nulidades em prisões são comuníssimas. Flagrantes que não existiram, é outro exemplo freqüente. Você tem três figuras de flagrante, aliás, quatro: o flagrante real ou próprio, o flagrante presumido, e o impróprio. O flagrante impróprio é aquele que o autor do fato é preso durante a perseguição e o presumido é aquele em que a pessoa é pega com um objeto, com o instrumento, com o produto. Ele não é propriamente uma flagrante. Agora, existem situações em que a pessoa não está em situação flagrancial e é presa. Existem situações, nas quais a pessoa é presa antes e depois a autoridade policial vem pedir a prisão temporária ou preventiva. Então, por isso que eu falo que o inquérito policial é uma peça muito viciada, mas é importante para mim. Eu sempre leio, sabendo que existem estes vícios. E hoje, pela experiência prática, eu já consigo identificar a maioria deles. Isto acontece também” (J7).

O inquérito policial é forma de construir uma verdade jurídica anterior ao processo penal condenatório, isto é, o inquérito policial é tipicamente brasileiro. O inquérito é um meio de exercício de poder e também uma forma de se autenticar a verdade. Por meio de um conjunto de procedimentos legitimados, obtém-se como produto final a enunciação da verdade. O inquérito é uma forma de construir e autenticar a verdade (FIGUEIRA, 2007:10).

O inquérito policial é um instrumento cartorial produzido no cartório da polícia e que detém a chancela do Estado, na medida em que os documentos produzidos em cartórios do Brasil são presumidamente verdadeiros. Por isso não se confunde com a fase de investigação preliminar admitida em outros sistemas de percepção penal diferentes do nosso, pois que naqueles não se produz um instrumento cartorial que afirme a culpa do cidadão investigado antes da ação penal ser proposta.

Verifica-se, assim, segundo Frederico Marques, que a prova penal é objeto de duas operações distintas: a investigação e a instrução. Aquela, por ser extrajudicial, não pode servir de base ao julgamento final da pretensão punitiva, pelo que só a instrução, como elemento integrante do processo, fornece ao juiz os dados necessários sobre a *quaestio facti*¹⁶² da acusação a ser julgada. A investigação, porém, não é de todo inócua para a elucidação final do caso. Em primeiro lugar as informações nela contidas orientam a produção de provas na instrução processual; em segundo lugar, colhem-se, ali, dados preciosos para exame e pesquisas probatórias na fase judicial de apuração do delito. Com o aparelhamento técnico e material que possui e com os meios de que pode dispor para pronta elucidação e conhecimento rápido do evento delituoso, a Polícia Judiciária está apta a colher, desde logo, abundante material para pesquisas, exames e provas durante a instrução do processo (MARQUES, 1997-b:v 2, 258).

“Na minha prática eu procuro firmemente evitar que isso aconteça. Firmemente eu procuro tentar viabilizar uma formação de convicção que prescindia completamente da análise do inquérito policial, de prova que foi produzida lá no inquérito policial. Agora os problemas maiores estão, sobretudo, nas situações em que há confissão extrajudicial, em que o réu confessa e no caso extrajudicial, no inquérito e se retrata dessa confissão numa fase judicial, porque aí surge o

¹⁶² Tradução livre: questão de fato.

tema, o tema vem à tona e você tem que se manifestar a respeito disso. O que fez para que o réu tenha modificado de opinião? Você vai ter que se manifestar quanto a isso, pois isso é uma premissa básica da qual você vai formar o seu raciocínio. Saber se aquela confissão extrajudicial realmente foi viciada e se foi viciada, qual foi o vício? se esse vício foi o vício de modo a tornar (ela a confissão) uma prova ilícita, por exemplo, uma confissão que tenha sido induzida por força de uma declaração maldosa de um delegado ou uma pressão ou agressões, constrangimentos, coações” (J16)

A partir de sua pesquisa a respeito da polícia na cidade do Rio de Janeiro e de suas práticas investigatórias para a construção da verdade jurídica do inquérito policial, Kant de Lima é agudo na observação e afirma que: “O procedimento judiciário policial, portanto, pode ser inquisitorial, conduzido em segredo, sem contraditório, porque ainda não há acusação formal. Entretanto, embora neste nível não seja legalmente permitida a negociação da culpa, ou da verdade, é lógico que a polícia *barganha*, negocia, oficiosa e/ou à margem da lei, em troca de algum tipo de vantagem, tanto o que investiga como o que os escrivães policiais registram nos "autos" do inquérito policial, conforme bem expressa a categoria específica "armação do processo", vigente no cotidiano da esfera policial (1989, 1995)”. (2004-a:9).

O autor continua explicando que: “Apesar de consideradas como “desvios de conduta”, atribuídos a funcionários inescrupulosos, as “armações do processo” estão institucionalizadas nas práticas policiais. Em pesquisa de campo realizada foram identificadas certas recorrências que apontam para a consistência de tais procedimentos como modalidade de produção de verdade de eficácia comprovada. Igualmente, a regulação da tortura de acordo com a gravidade da denúncia ou queixa e conforme a posição social dos envolvidos; a permissão da participação dos advogados nos inquéritos, também de acordo com as diferentes posições que estes especialistas ocupam nos quadros profissionais; o registro – ou não – das ocorrências levadas ao conhecimento da polícia; a qualificação e tipificação – ou não – das infrações e crimes registrados e a abertura de *investigações preliminares*, que levam, ou não, à abertura do inquérito policial, são algumas das práticas recorrentes no subsistema policial. Todas caracterizam práticas policiais movidas por interesses particularistas e, sem dúvida, estão institucionalizadas.

Confirmando a tradição inquisitorial que o define juridicamente, o inquérito policial tramita em um cartório policial, alocado às delegacias de polícia civil, ou judiciária, onde os depoimentos e confissões são *registrados por escrito* nos autos do inquérito, ficando, posteriormente, *entranhados* nos autos do processo judicial, pois não há interrupção da numeração seqüencial de suas páginas. Portanto, essas declarações podem servir para o “livre convencimento” do juiz (KANT DE LIMA, 1989, 1995)”. (KANT DE LIMA, 2004-a:9)

Frederico Marques afirma que a instrução criminal é descontínua e fragmentada, ao revés do que sucede no processo civil, em que ela se caracteriza pela concentração e produção das provas, no todo ou em parte, em audiência de instrução e julgamento. No processo penal, diz o autor, depois do interrogatório, vem a inquirição de testemunhas, que se inicia com as de acusação, sucedendo-se, em seguida, os depoimentos das testemunhas de defesa. Enquanto se desenrola o procedimento probatório, pode ser realizada prova pericial. Esta e a testemunhal correm paralelamente, ou podem ser produzidas sucessivamente, o que acontece, por exemplo, quando a perícia é requerida após as inquirições, na fase do art. 499 do Código de Processo Penal. De um modo ou de outro, não há, entre ambas, porém, um momento comum de intercessão, como ocorre no processo civil, com a audiência de instrução e julgamento, na qual se ouvem testemunhas, partes e peritos. A prova documental pode ser produzida em qualquer fase do processo, segundo o preceito do art. 400 do Código de Processo Penal¹⁶³. Claro, portanto, que, em qualquer instante do procedimento instrutório, documentos podem ser apresentados pelas partes (MARQUES, 1997-b:2 v 252).

A doutrina, como se pode depreender do texto de Frederico Marques que se segue, concebe a prova como comprovação daquilo que de fato aconteceu, sendo esta a finalidade última do processo judicial brasileiro tanto no campo do direito processual civil como no direito processual penal. Há também no texto a seguir a representação de que o juiz, para julgar, deve produzir a prova que achar necessária, tendo, no entanto, que limitar-se a formar sua convicção com os elementos constantes do processo, o que parece uma recomendação complementar.

Nos termos do que dispõe o art. 499 do Código de Processo Penal, terminada a inquirição de testemunhas, as partes “poderão requerer as diligências, cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução”. Se o

¹⁶³ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ART. 400 – As partes poderão oferecer documentos em qualquer fase do processo.

juiz ordenar essas diligências, ou algumas apenas das que forem requeridas, prolonga-se a instrução probatória através de fase complementar.

Para conceituar prova, Frederico Marques, em sua doutrina, começa afirmando que, no processo penal, a demonstração dos fatos em que se assenta a acusação e daquilo que o réu alega em sua defesa é o que constitui prova. Neste momento, o autor remete à obra de ENRICO TÚLIO LIEBMAN¹⁶⁴, dizendo que este explica que toda a afirmação feita pelas partes em juízo “consistem em última análise em deduzir determinadas conseqüências jurídicas de alguns fatos acontecidos no passado”, de que o juiz não tem o conhecimento direto. Necessário, portanto, que se dê ao magistrado “a possibilidade de formar uma opinião” sobre estes fatos; e, nisto, precisamente, consiste o objetivo das provas (MARQUES, 1997-b:v 2, 253).

A prova é, assim, segundo Frederico Marques, elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações. Com a prova o que se busca é a configuração real dos fatos sobre as questões a serem decididas no processo. Para a averiguação desses fatos, é das provas que se serve o juiz, formando, depois, sua convicção. Cumpre ao magistrado, segundo Frederico Marques, cingir-se às provas que se lhe deparam no processo, muito embora tenha poderes e faculdades para determinar a produção dos meios probatórios que entenda úteis à descoberta da verdade. Neste ponto, Frederico Marques cita Moacyr Amaral dos Santos, in *Prova Judiciária no Civil e Comercial* de 1952, volume I, página 21, que diz que prova é a soma dos fatos produtores da convicção dentro do processo (MARQUES, 1997-b:v 2, 253).

Interessante é notar que Frederico Marques, processualista penal, ao tratar da classificação das provas em sua doutrina, cita praticamente as mesmas fontes doutrinárias estrangeiras que foram mencionadas por Ovídio Baptista da Silva, processualista civil; fato que demonstra que o caráter marcadamente inquisitorial da prova produzida em fase de inquérito é ignorado pela doutrina, que trata como disciplina da prova somente aquela que se produz em juízo. A meu ver, é daí que se torna possível a aproximação da prova penal da prova civil.

Outro ponto que chama a atenção é a identidade de fontes usadas tanto pela doutrina de processo civil como pela doutrina de processo penal quando trata da matéria relativa às provas. Este fato confirma, mais uma vez, que, para a doutrina brasileira, as

¹⁶⁴ *Corso di Diritto Processuale Civile*, 1952, p. 148.

diferenças entre os dois ramos do processo no ordenamento brasileiro são muito tênues, se é que existem. Tal entendimento aponta para uma espécie de amputação da prova produzida em sede policial.

Vale apontar, ainda, que não há também qualquer relativização do saber produzido em outras épocas e por juristas inseridos em ordenamentos diferentes do nosso. Os textos são construídos como se todos os textos citados tivessem como referência o ordenamento brasileiro.

Segundo a doutrina de Frederico Marques, citando PONTES DE MIRANDA, os meios de prova “são as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova”¹⁶⁵. Através deles é que o magistrado forma a sua convicção e as partes procuram demonstrar os fatos que alegaram. No artigo 7º¹⁶⁶, segundo o autor, ao tratar do campo investigatório da verdade real e nos artigos 158¹⁶⁷ *usque* 239¹⁶⁸, o Código de Processo Penal aponta e indica diversos meios de prova, mas sem o fazer de maneira exaustiva. É por isso que, segundo a doutrina de Frederico Marques, CARNELUTTI admite a existência de *provas inominadas*, uma vez que na lei não se esgotam todos os meios de prova. Citando VICENZO MANZINI, Frederico Marques, em sua doutrina, ensina que este autor pondera que, não mais vigorando o sistema das provas legais, outros meios probatórios podem ser usados desde que “susceptíveis de obter a certeza no caso concreto” (MARQUES, 1997-b:v 2, 255).

De um modo geral, segundo Frederico Marques, são inadmissíveis os meios de prova que a lei proíba e aqueles que são incompatíveis com o sistema processual em vigor. Tais são: a) os meios probatórios de invocação ao sobrenatural; b) os meios probatórios que sejam incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade da pessoa humana (MARQUES, 1997-b:v 2, 256).

Ainda que os meios “sobrenaturais” de formação do convencimento não sejam explicitamente admitidos, em alguns depoimentos é nítida a referência a um saber revelado que informa a decisão. No trecho a seguir transcrito, nota-se a ênfase que esta idéia assume no inconsciente institucional.

¹⁶⁵ Cumpre salientar que a definição mencionada não esclarece o conceito de prova.

¹⁶⁶ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ART. 7º – Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública

¹⁶⁷ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ART. 158 – Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado

¹⁶⁸ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ART. 239 – Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

Nos trechos a seguir apresentados, Frederico Marques afirma explicitamente que “a atividade probatória, tanto em fase policial como em fase judicial, tem por finalidade descobrir a verdade real dos fatos para formar o convencimento do juiz e permitir sua decisão. Mais uma vez, a prova produzida em sede policial aparece como prova apta a formar o convencimento do juiz, por mais que seja do conhecimento dos julgadores que tais elementos de prova sejam produzidos sem a observância das garantias fundamentais” (MARQUES, 1997-b:v 2, 254).

Frederico Marques afirma, em sua doutrina, por sua vez, “que objeto da prova ou *thema probandum* é a coisa, fato, acontecimento ou circunstância que deva ser demonstrada no processo. E cita EUGENIO FLORIAN e seu “*Elementos de Derecho Procesal Penal*” de 1934 que diz, segundo o autor, que prova é “aquilo de que o juiz deve adquirir o necessário conhecimento para decidir sobre a questão submetida a seu julgamento. Continua citando o mesmo autor que diz que o objeto da prova pode considerar-se: a) como *possibilidade abstrata de averiguação*, isto é, como o que se pode provar em termos gerais (*objeto da prova em abstrato*); b) como possibilidade concreta de averiguação, ou seja, como aquilo que se prova, ou se deve ou pode provar em relação a um determinado processo” (*objeto da prova em concreto*) (MARQUES, 1997-b:v 2, 254).

“Por que o senhor acha que a prova produzida do inquérito deve ser desprezada na formação da convicção?”

Porque as provas produzidas no inquérito policial são produzidas ao arrepio do contraditório, em princípio. Logo, o ideal seria que eu não as usasse de maneira nenhuma. Tecnicamente o que a jurisprudência vem entendendo é que você não pode fundamentar uma condenação exclusivamente calcada em provas produzidas na fase policial, mas você pode usar aquilo de forma a contextualizar uma informação que consta ali, que foi produzida ali e que encontre amparo em outra informação já colhida na fase judicial” (J7).

Frederico Marques lembra ainda, agora citando MOACYR AMARAL DOS SANTOS em *Delle Prove Penali* de 1921 (*sic*) “que ainda constituem objeto de prova

as chamadas máximas de experiência¹⁶⁹, que se ligam, normalmente, a juízos de valor relevantes na aplicação da norma jurídica” (MARQUES, 1997-b:v 2, 254).

Frederico Marques afirma que “é bem amplo o campo investigatório da verdade real, tanto no inquérito policial como em juízo. À autoridade policial, o Código de Processo Penal determina que deve ‘colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias’ (artigo 6º, nº. III), bem como: ‘a) ouvir o ofendido (*idem*, nº. IV); b) ouvir o indiciado (*idem*, nº. V); c) proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações’ (*idem*, nº. VI); d) ‘determinar que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias’ (*idem*, nº. VII); e) ‘ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes’ (*idem*, nº VIII); f) ‘averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter’ (*idem*, nº. IX); g) ‘proceder à reprodução simulada dos fatos desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública’” (artigo 7º)¹⁷⁰. Em juízo, por outro lado, prossegue Frederico Marques, “não há restrições na exploração das fontes e meios de provas, como se deduz, a *contrario sensu*, do que preceitua o artigo 155 do Código de Processo Penal”¹⁷¹.

Segundo a doutrina de Frederico Marques, “qualquer diligência probatória, que possa esclarecer a verdade, é admissível no juízo penal e na fase preparatória da investigação levada a efeito pela Polícia Judiciária. Fatos e acontecimentos do mundo exterior, bem como fatos internos da própria vida psíquica do indiciado e do réu, constituem o *thema probandum* sobre o qual devem realizar-se as pesquisas, diligências e investigações, com os meios de prova, para ser reconstruída a situação concreta em que vai incidir a norma penal. O fato delituoso e a pessoa do agente do crime devem ser focalizados, nos seus aspectos relevantes, na atividade instrutória ou de investigação” (MARQUES, 1997-b:v 2, 270).

¹⁶⁹ É importante salientar que o autor não esclarece o que são “máximas de experiência”, deixando várias possibilidades de interpretação para o termo.

¹⁷⁰ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ART. 7º – Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

¹⁷¹ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ART. 155 – No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

Pergunta da Defensora Pública que estava na sala acompanhando a entrevista:

“Em relação à acusação eu entendi, mas e com relação ao outro lado: se a defesa for ineficiente? Se você juiz verifica que a defesa é ineficiente, mas não a ponto de declarar o réu indefeso, mas o sujeito não, que ali tem aquela prova, você corre atrás desta prova? Ou você permanece numa posição inerte, na prática?”

“Na prática eu acabo correndo atrás da prova. Não é o ideal, mas a gente acaba correndo atrás da prova. Não é o ideal, mas a gente dá a deixa muito sutilmente para o advogado de defesa, se ele não entender a deixa, eu mesmo acabo determinando a produção desta prova. Mas aí, eu acabo atuando como um garante do indivíduo, no processo garantista e até para tratar de maneira desigual, os desiguais. Para equilibrar esta balança. O juiz tem que estar atento a esta balança. Tem que dar a mesma oportunidade que o promotor tem à defesa” (J7).

Da descrição da doutrina de Frederico Marques depreende-se uma divisão dos inquéritos em duas fases: a policial e a judicial. Desta forma, o campo também produz uma divisão no processo de construção da verdade judiciária criminal em dois inquéritos – o inquérito policial e o inquérito judicial. Tal divisão possibilita a produção de uma hierarquia entre as verdades produzidas de tal forma que a verdade produzida em juízo é “melhor” do que a verdade produzida em sede policial. No entanto, o discurso descrito acima demonstra que a verdade jurídica produzida no inquérito policial serve como elemento que concorre para a formação da convicção, não só do promotor como também do juiz. Os discursos dos julgadores apresentados até aqui também não deixam dúvida a este respeito.

Por esta razão, é assente que as declarações feitas nos depoimentos colhidos na fase do inquérito policial devem ser refeitas e confirmadas, a fim de que sejam submetidas ao “crivo do contraditório” na fase judicial. O inquérito policial é considerado, portanto, um procedimento menor, mero instrumento administrativo, não

judicial, que tem a finalidade de apurar da existência e autoria do crime, possibilitando, assim, que o Ministério Público exerça sua função institucional de oferecer a denúncia e iniciar a fase judicial da persecução penal.

Segundo o discurso jurídico, o material que é produzido pelo inquérito policial não passa de “elementos de convicção” que servem para formar o convencimento do promotor, com o objetivo de iniciar uma ação penal (por meio da denúncia); tem também o papel de estabelecer uma proteção simbólica do Judiciário, na medida em que a Polícia é a responsável final pela aplicação desigual da lei – constitucionalmente universalizante – a uma sociedade hierarquizada (FIGUEIRA, 2007).

Segundo Kant de Lima, (...) “encurralada entre dois critérios formais ao exercer suas funções – a administrativa e a judiciária –, encontra-se a polícia permanentemente ameaçada pelo sistema judicial. Qualquer ação policial pode ser classificada como legal ou ilegal (ou, pelo menos, arranhando a lei). O efeito prático daí resultante é que o sistema judicial e sua ideologia ficam intactos e “puros”. A polícia é a responsável final pela aplicação desigual da lei. O sistema legal permanece no controle último do poder de polícia, livre para caracterizar a ação policial como legal ou como “corrupção” da aplicação democrática e liberal da lei. Conseqüentemente, a polícia é o bode expiatório da ideologia jurídica elitista na ordem política teoricamente igualitária.

Ao aplicar desigualmente a lei, a polícia evita, por um lado, que os “criminosos em potencial”, os marginais, beneficiem-se dos dispositivos constitucionalmente igualitários. Por outro lado, em certos casos, especialmente quando as pessoas envolvidas pertencem às classes média e alta, a polícia, ao aplicar a lei e atuar de maneira compatível com os princípios constitucionais igualitários, restabelece a fé dos não-marginais nos princípios democráticos igualitários do sistema político brasileiro” (KANT DE LIMA, 1995:p. 8).

No trecho abaixo, fica explícito que a doutrina jurídica brasileira coloca os interesses do Estado em plano superior aos interesses dos indivíduos e dos interesses da cidadania. Assim como privilegia a repressão penal que implica a descoberta do culpado como única resposta possível aos crimes.

No litígio penal, afirma Frederico Marques citando JEAN PATARIN, “a defesa da sociedade e o interesse da repressão exigem que se empreguem todos os meios para a descoberta do culpado, e para a aquisição de exato conhecimento de todas as circunstâncias da infração”. Além disso, continua Frederico Marques citando o mesmo autor “no Direito Penal moderno, acrescenta-se a necessidade de informação,

igualmente completa e segura, sobre a personalidade do culpado, a fim de individualizar-se a pena, ou mesmo adaptar-se a sanção às possibilidades de reeducação do delinqüente conforme ao que preconizam as doutrinas de defesa social”. “Por fim os interesses ameaçados pela persecução penal não são menos dignos de atenção”, porquanto” honra, a liberdade do acusado e com elas a honra e a liberdade de todos os cidadãos merecem uma proteção superior”, que deve ser *aux moins égales aux faveurs qui sont faites à l'accusations*”. Impossível é, por isso, que se criem restrições artificiais à produção de provas (MARQUES, 1997-b:v 2, 271).

Frederico Marques menciona a seguir os limites impostos pelas garantias constitucionais. Diz o autor: “Limitações várias, decorrentes dos princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana, impedem que para a procura da verdade lance-se mão de meios condenáveis e iníquos de investigação e prova, além de outros fundados em superstições, credices ou práticas não mais consagradas pela ciência processual.” Segundo expõem GASTON STEFANI e GEORGE LEVASSEUR, prossegue Frederico Marques, “como *‘il importe à la dignité de la justice et au respect qu’elle doit inspirer, de ne se mettre en oeuvre aucun moyen qui attente aux moeurs fondamentales de la civilisation’*, inadmissível é, na Justiça Penal¹⁷², a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória”. Por isso, a tortura, prossegue Frederico Marques, “as brutalidades e todo atentado violento à integridade corporal devem ser banidos da investigação e da instrução. E o mesmo se diga do que se denomina, com eufemismo, e torturas lícitas, como *the third degree* da polícia americana¹⁷³ ou os interrogatórios fatigantes, penosos e exaustivos. Igualmente condenáveis são os procedimentos desleais, como, por exemplo, a captação clandestina de telefonemas, o emprego de microfones dissimulados e do registro, em aparelhos eletrônicos, de conversações íntimas. *‘Les manoeuvres perfides ou insidieuses sont contraires à la loyauté dont la justice doit donner l’exemple’*” (MARQUES, 1997-b: v 2, 271)• A Constituição Federal de 1988 admite a escuta telefônica como prova, sendo que recentemente foi sancionada Lei Complementar neste sentido • ¹⁷⁴ (MARQUES, 1997-b:v 2, 271-272).

¹⁷² Vale enfatizar aqui que a idéia de Justiça Penal, para Frederico Marques não inclui a atividade da Polícia Judiciária.

¹⁷³ Curiosamente o autor não faz menção às práticas da polícia brasileira.

¹⁷⁴ Nota inserida pelo Dr. Victor Machado da Silveira para a atualização da obra em 1997, conforme nota do editor.

Frederico Marques prossegue afirmando quais são os limites da busca da verdade real: “São também inadmissíveis as provas denominadas *científicas* que possam atingir a pessoa humana quer em sua integridade física quer em sua liberdade moral. Proscrito está por isso o emprego da hipnose para obter-se a confissão do acusado. Não se permite ainda o uso da *narcoanálise* nem mesmo quando pedida ou aceita pelo acusado. Além de duvidosa quanto a seus resultados, essa técnica de pesquisa do mundo interior é particularmente iníqua porque tal como a tortura, busca arrancar a confissão do crime violentando a liberdade moral do acusado. Condenada pela ética e pelo Direito, a narcoanálise é meio investigatório absolutamente inadmissível em face das garantias da defesa plena consagradas na Constituição Federal. O emprego do chamado *lie-detector* não deve, também, ser permitido. Trata-se de aparelho colocado sobre o acusado para medir-lhe a pressão sangüínea, a respiração e as pancadas do pulso. Pouca segurança apresenta no tocante a seus resultados. Ademais, constitui o seu emprego verdadeira *coação à confissão*, como disse, traduzindo assim incompreensível retorno às práticas do procedimento inquisitivo e traiçoeiro abandono às diretrizes políticas e jurídicas do processo acusatório” (MARQUES, 1997-b:v 2, 272).

Segundo Frederico Marques, “a lei processual estatui de maneira particular sobre algumas restrições à liberdade de pesquisa da verdade real na instrução do processo realizada *coram iudice*. Há a registrar, em primeiro lugar, as questões prejudiciais civis julgadas por juiz não penal, e cuja sentença *pro veritate habetur* no tocante à matéria decidida. O juiz criminal está, assim, vinculado ao que resolveu o juiz civil, não podendo, em conseqüência, determinar que se produzam provas a respeito da questão

prejudicial (Código de Processo Penal, artigos 92¹⁷⁵ e 93¹⁷⁶). E quando se trata de prejudicial obrigatória, impedido está, até mesmo, de decidir da questão (*idem*, artigo 92). Limitação análoga existe quanto aos crimes falimentares, uma vez que o juiz criminal tem de aceitar, como existente, o estado de quebra declarado no juízo cível. Nem mesmo sobre a validade da sentença falimentar lhe é dado pesquisar (Código de Processo Penal, artigo 511¹⁷⁷). Não deixa de constituir restrição à liberdade de prova a *coisa julgada criminal*, uma vez que o juiz não pode reabrir qualquer discussão sobre pretensão punitiva definitivamente julgada, para indagar, por exemplo, do estado de reincidência do acusado, ou das condições para a concessão do *sursis*. Além do mais, a própria demonstração da *res judicata* só se admite com certidão autêntica da condenação ou absolvição, acrescida da declaração de que a sentença passou em julgado” (MARQUES, 1997-b:v 2, 273).

O autor prossegue afirmando que “ainda são restrições sobre a pesquisa instrutória e os meios de prova que possam ser empregados para a demonstração de alguma *quaestio facti*: a) a determinação do artigo 62 do Código de Processo Penal¹⁷⁸, sobre a exigência de certidão de óbito; b) a proibição dos artigos 207¹⁷⁹ e 233¹⁸⁰, respectivamente; c) a necessidade de *cópia* do decreto, na extinção da punibilidade por

¹⁷⁵ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ART. 92 – Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente. Parágrafo único - Se for o crime de ação pública, o Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados.

¹⁷⁶ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ART. 93 – Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente. § 1º – O juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa. § 2º – Do despacho que denegar a suspensão não caberá recurso. § 3º – Suspensão o processo, e tratando-se de crime de ação pública, incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa cível, para o fim de promover-lhe o rápido andamento.

¹⁷⁷ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ART. 511 – No processo criminal não se conhecerá de arguição de nulidade da sentença declaratória da falência.

¹⁷⁸ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ART. 62 – No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.

¹⁷⁹ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ART. 207 – São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

¹⁸⁰ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ART. 233 – As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo. Parágrafo único – As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.

indulto ou graça (artigos 738¹⁸¹ e 741¹⁸²): d) as certidões e atestados, para instruir pedido de reabilitação, que estão mencionados nos n.º. I, II e III do artigo 744¹⁸³; e) a autenticação e legalização das sentenças estrangeiras (artigo 788¹⁸⁴). Restrição que equivale à verdadeira restauração do sistema da prova legal (*sic*) é a exigência do exame de corpo de delito, sob pena de nulidade, nas infrações que deixarem vestígio (artigos 158¹⁸⁵ e 564¹⁸⁶, n.º. III, letra b)” (MARQUES, 1997-b:v 2, 273-274).

Por fim, Frederico Marques afirma que “há as exigências procedimentais para a produção de provas, especialmente as que derivam do contraditório. Em juízo, não tem valor algum a prova realizada sem a participação de ambas as partes, e por isso não se

¹⁸¹ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ART. 738 – Concedida a graça e junta aos autos cópia do decreto, o juiz declarará extinta a pena ou penas, ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de redução ou comutação de pena.

¹⁸² CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ART. 741 – Se o réu for beneficiado por indulto, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, do Ministério Público ou por iniciativa do Conselho Penitenciário, providenciará de acordo com o disposto no art. 738.

¹⁸³ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ART. 744 – O requerimento será instruído com: I – certidões comprobatórias de não ter o requerente respondido, nem estar respondendo a processo penal, em qualquer das comarcas em que houver residido durante o prazo a que se refere o artigo anterior; II – atestados de autoridades policiais ou outros documentos que comprovem ter residido nas comarcas indicadas e mantido, efetivamente, bom comportamento; III – atestados de bom comportamento fornecidos por pessoas a cujo serviço tenha estado; IV – quaisquer outros documentos que sirvam como prova de sua regeneração; V – prova de haver ressarcido o dano causado pelo crime ou persistir a impossibilidade de fazê-lo.

¹⁸⁴ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ART. 788 – A sentença penal estrangeira será homologada, quando a aplicação da lei brasileira produzir na espécie as mesmas conseqüências e concorrem os seguintes requisitos: I – estar revestida das formalidades externas necessárias, segundo a legislação do país de origem; II – haver sido proferida por juiz competente, mediante citação regular, segundo a mesma legislação; III – ter passado em julgado; IV – estar devidamente autenticada por cônsul brasileiro; V – estar acompanhada de tradução, feita por tradutor público.

¹⁸⁵ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ART. 158 – Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

¹⁸⁶ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ART. 564 – A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: I – por incompetência, suspeição ou suborno do juiz; II – por ilegitimidade de parte; III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: a) a denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante; b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167; c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 (vinte e um) anos; d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública; e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa; f) a sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri; g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia; h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei; i) a presença pelo menos de 15 (quinze) jurados para a constituição do júri; j) o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade; k) os quesitos e as respectivas respostas; l) a acusação e a defesa, na sessão de julgamento; m) a sentença; n) o recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido; o) a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso; p) no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Apelação, o *quorum* legal para o julgamento; IV – por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato. Parágrafo único – Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas.

pode produzir qualquer ato de instrução sem a presença simultânea do órgão acusador e da defesa. Restrições de ordem procedimental no que tange com a produção de prova ainda se contém nos artigos 406, parágrafo 2º¹⁸⁷, e 475¹⁸⁸ do Código de Processo Penal” (MARQUES, 1997-b:v 2, 274).

IV.4.1 INQUÉRITO POLICIAL E PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Constituição da República de 1988 adota o princípio da presunção de inocência, segundo o qual, ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória que assim o declare. É princípio expresso e positivado no art. 5º da Constituição da República de 1988.¹⁸⁹

Todavia, o processo penal brasileiro abriga uma modalidade de investigação prévia, a cargo da Polícia Judiciária, que, por sua vez está subordinada ao Poder Executivo, resultando na emissão de um documento cartorial autenticado no cartório da polícia. A fase de investigação prévia, da qual uma das formas é o inquérito policial, assim como o instrumento produzido por ela tem a finalidade de comprovar a existência do fato e indícios de sua autoria.

A fase investigatória prévia não constitui propriamente uma peculiaridade do nosso ordenamento jurídico, já que outros sistemas também adotam esta fase para que a persecução penal não se inicie sem elementos de convicção mínimos da materialidade e autoria do delito.

Argumenta-se que a simples propositura da ação penal abala de tal forma a

¹⁸⁷ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ART. 406 – § 2º – Nenhum documento se juntará aos autos nesta fase do processo.

¹⁸⁸ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ART. 475 – Durante o julgamento não será permitida a produção ou leitura de documento que não tiver sido comunicado à parte contrária, com antecedência, pelo menos, de 3 (três) dias, compreendida nessa proibição a leitura de jornais ou qualquer escrito, cujo conteúdo versar sobre matéria de fato constante do processo.

¹⁸⁹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 – ART. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

dignidade¹⁹⁰ do cidadão que deve ser evitado que ela seja proposta levemente. Por outro lado, não seria razoável mover o aparelho judiciário em razão de denúncia leviana. Assim, a investigação preliminar tem a finalidade de calçar de alguns elementos comprobatórios da autoria e da materialidade do delito a peça inicial de uma ação penal condenatória. Em outras palavras, a lei não permite que se acuse alguém da prática de um delito sem alguns elementos que comprovem a plausibilidade da pretensão punitiva deduzida em juízo (JARDIM, 1995).

É peculiar do ordenamento brasileiro, entretanto, o fato de essa fase ter como efeito a produção de um instrumento público, autenticado num cartório do Estado, que aponte um cidadão como possível autor do fato, trazendo elementos comprobatórios desta suspeita que são produzidos fora da alçada do judiciário e ao arripio das observâncias das garantias fundamentais¹⁹¹.

Como se vê, o art. 9º do Código de Processo Penal determina que “todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”. Esta determinação empresta ao inquérito policial o *status* de documento público, característica peculiar aos documentos produzidos em fase preliminar de investigação. É este caráter cartorial do inquérito policial que constitui uma característica peculiar do sistema processual penal brasileiro, que não é encontrada em outra parte do mundo, uma vez que se os documentos públicos têm presunção de veracidade, o indiciado num inquérito que sirva como base para uma denúncia é presumidamente culpado.

Nos trechos de entrevistas apresentados a seguir os magistrados explicitam que a leitura do inquérito policial é praticamente obrigatória e que ela concorre para a formação do convencimento.

¹⁹⁰ É interessante notar que existe uma diferença entre as concepções de honra e dignidade, sendo a primeira idéia condizente com os sistemas que admitem a desigualdade jurídica, já que a concepção de honra está diretamente ligada à posição que o sujeito ocupa na malha social; dignidade, por sua vez, é uma concepção ligada aos sistemas igualitários, que não admitem desigualdade jurídica entre os cidadãos e, por isto, é vista como inerente a qualquer pessoa. No Brasil, ambas as idéias convivem no ordenamento jurídico: de um lado temos o princípio da dignidade humana previsto na Constituição da República de 1988 e por outro ainda persistem no Código Penal os crimes contra a honra.

¹⁹¹ TÍTULO II – DO INQUÉRITO POLICIAL – Capítulo II do Título IX deste Livro. Art. 9º – Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

Olha, normalmente eu só leio o inquérito quando eu faço a audiência, porque eu faço uma comparação entre os depoimentos na polícia e depois, aqui. Eu recebo a denúncia baseado somente no inquérito. Então quando eu recebo a denúncia eu leio o inquérito. Tudo bem. Eu não estou lá pra resolver o inquérito. Agora pra resolver a sentença, se eu não fiz a audiência, eu só pego os depoimentos depois do inquérito, depois da denúncia. É indispensável ler o inquérito para receber a denúncia. É pra ver se ela está bem fundamentada. Se aquilo que está ali escrito é o que o Ministério Público está denunciando efetivamente. Olha, o inquérito influencia no meu convencimento sim, mas de uma forma bem pequena. Na verdade eu só vou bater o inquérito com o depoimento que o cara dá aqui, a testemunha, o policial... No inquérito policial eu verifico o que ele disse na delegacia e começo a inquiri-lo sobre aquilo. Aí sim, se eu vejo que alguma coisa está errada ali... Agora, se eu pego um processo que eu não fiz a audiência, aí eu não leio o inquérito. Entendeu? (J10).

“Sempre analiso o inquérito. Eu acho a fase pré-processual muito importante para a formação da minha convicção. Muito importante. Não que seja importante para formar a minha convicção. Ele é importante para fazer uma confrontação. Mas acaba indiretamente sendo importante para formar minha convicção. Eu não proferia um juízo de condenação com base em uma peça exclusivamente inquisitorial, nem tampouco em nenhum processo meu você vai ver um depoimento policial em juízo apenas confirmando as declarações colhidas na delegacia. O inquérito é parte da leitura, necessariamente. Isto é importante, porque você tem que abstrair a questão da coerção da polícia. Porque é impossível examinar o processo sem ler o inquérito, mas também é impossível não crer que no inquérito houve algum tipo de abuso. Um exercício arbitrário” (J7).

O chamado sistema judicial criminal se organiza de maneira a sobrepor distintos sistemas de produção da verdade jurídica, que obedecem a princípios distintos e, portanto, desqualificam mutuamente seus produtos: as verdades judiciárias neles produzidas. O que é espantoso é que não nos parece estranho que a prova do inquérito policial deva ser refeita em sede judicial, assim como a da instrução judicial deva ser repetida no Tribunal do Júri, por exemplo. Assim sendo, em cada etapa do processo judicial são retomadas a origem e a natureza do conflito em apreço, podendo em cada uma delas ser conhecida uma verdade diferente da anterior. A “distonia cognitiva fásica”, que se encontra no curso do processo criminal acima indicado, sinaliza para uma urgente necessidade de conceder atenção aos procedimentos e às práticas do inquérito policial, do processo judicial, do Tribunal do Júri e dos Juizados Especiais Criminais, que se encontram articulados a um contexto paradoxal de direitos, de garantias constitucionais e de privilégios processuais, como se reproduzissem de maneira acrítica a máxima de Ruy Barbosa, segundo a qual a regra da igualdade seria aquinhoar desigualmente os desiguais (AMORIM, KANT DE LIMA e MENDES, 2005).

O trecho a seguir transcrito demonstra a naturalização desta lógica paradoxal imposta ao julgador pelo sistema processual penal brasileiro, uma vez que o inquérito policial deve ser levado em conta, e desprezado, ao mesmo tempo, na formação do convencimento do julgador.

“No caso de matéria criminal, ler o inquérito é obrigatório. Você começa a ler o inquérito primeiro pra receber a denúncia e depois para confrontar o que foi dito no inquérito com o que foi dito sobre o crime sob contraditório. E isso também é relevante. Você analisa o que está escrito no inquérito, ou seja, o que a pessoa diz no inquérito, e o que diz em juízo sob o crivo do contraditório. Via de regra, na grande maioria dos casos não se repete o que está no inquérito em juízo. Sempre há uma diferença. Não há uma repetição que não afete a essência do ato. Por exemplo, você presencia um fato e naquele momento você faz uma narrativa e você vai depor sobre aquilo 6 meses depois: a narrativa já é outra. Daí o porquê do perigo da demora na decisão de um processo criminal. Você corre o risco de colaborar eficazmente para a impunidade com

isso. Ou a testemunha não se lembra mais ou é procurada por uma das partes e é influenciada a não prejudicar. O confronto entre o que uma testemunha depôs no inquérito, na hora do calor dos acontecimentos, e aquilo que ela depõe em juízo, influi no seu convencimento. Em termos de testemunho, vai prevalecer necessariamente o que ela disser em juízo, porque em juízo ela está depondo sob o crivo do contraditório, sob compromisso legal. Às vezes você tem que decidir contra o seu convencimento. Contra a certeza moral. Na delegacia é dita uma coisa e em juízo é dita outra. Quando questionado: ‘Mas na delegacia você não disse isso?’ ‘Não, eu não falei.’ E eu não tenho como valorar mais aquela informação tomada na delegacia, porque eu preciso das informações prestadas sobre o crivo contraditório” (J4).

“É preciso saber o que a testemunha quer, porque na verdade a testemunha quer alguma coisa. Isso eu aprendi nesses 11 anos que a gente está nessa vida, né? A gente sente que a testemunha quer alguma coisa, quer uma resposta. Às vezes ela queria uma coisa na polícia e em juízo quer outra. Ela acusa no inquérito e em juízo ela atenua a acusação. E isso, de alguma forma, influi no teu convencimento. Ela fala não quero e isso às vezes modifica completamente o juízo. E aí a questão da interferência da autoridade policial. Às vezes uma traição da família do acusado, ou às vezes um sentimento inerente à própria testemunha. Em juízo é a hora que a testemunha vai aliviar valores religiosos. Eu vou aliviar a barra desse cara. Muitas vezes isso acontece. Então a primeira coisa que eu faço nesse exercício, é identificar a postura da testemunha” (J6).

O próximo trecho transcrito explicita de forma inequívoca a representação da presunção de culpa presente no sistema processual penal brasileiro que estou discutindo neste item. O juiz entrevistado fala claramente que o cidadão está condenado a partir do momento que entra na delegacia, pois a verdade jurídica processual é construída a partir de uma presunção de culpa.

Por outro lado, é de se notar que não há qualquer proposta alternativa para a atual situação do processo penal. O que se vê é a descrença por parte do julgador.

Curioso também é notar que o exercício do direito ao silêncio, em vez de ser visto como uma garantia constitucional que é, enrijece a presunção de culpa, de tal forma que se o indiciado resolver exercer o seu direito de ficar calado na delegacia, ele é tido como mais culpado ainda.

Há um efeito perverso do nosso sistema aparecendo muito evidente, neste ponto, uma vez que o direito ao silêncio é uma garantia do cidadão que dá a ele a possibilidade de permanecer calado e não produzir assim prova contra si mesmo. No entanto, a lógica da suspeição, reitora do nosso sistema, faz com que o silêncio do cidadão, garantia constitucional do cidadão indiciado ou réu, trabalhe contra ele, fortalecendo ainda mais a presunção de culpa. Mais uma vez, vale lembrar que a Constituição da República de 1988 garante ao cidadão a presunção de inocência e é muito estranho que representações como esta não causem qualquer indignação nem nos atores envolvidos no processo, nem na sociedade em geral.

“Então, quando eu estive aqui na vara criminal, logo depois que eu saí da vara de família, eu entrei em crise. Eu chorava o tempo todo. Porque eu olhava as pessoas e achava que, pelo simples fato da pessoa ter colocado o pé na delegacia, o cara já era culpado, porque não adiantava quantas testemunhas o indivíduo levasse, a versão do Ministério Público era cheia de falhas, mas o cara era condenado. Quando eu analisava, a vara já tinha autuado, não tinha muito processo, aí eu ia ler o processo e jamais teria julgado daquela maneira. Com o tempo, eu comecei a perceber que não adiantava, não importava o que o cara fizesse, na dúvida eles faziam exatamente o contrário do que está no código¹⁹². O que o código diz? ‘Na dúvida, absolve.’

¹⁹² Constituição da República de 1988 – Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Código de Processo Penal Art. 186 – Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único – O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Código de Processo Penal – Art. 198 – O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

Não, na dúvida, o cara condenava, porque ele já estava condenado quando ele, pela primeira vez, esteve na delegacia. Não importa se foi por aquele crime ou por outro.

Há muitos problemas com a polícia. Uma vez eu vi no jornal, um indivíduo, promotor, dizendo que o cara tinha que ser condenado porque ele, na delegacia, se reservou o direito de ficar calado e se ele fez isso é porque ele já estava habituado a lidar com a polícia. Quem cala consente, então se ele calou, ele sabia que podia usar o direito de ficar calado. ‘Não. Eu vou usar o meu direito.’ Eu duvido que o cara tenha dito assim: ‘Eu vou usar o meu direito constitucional de ficar calado.’ Ele não vai. Ele vai falar: ‘Não. Eu não vou falar nada.’ Bom, e se tivesse dito, estava exercendo um direito dele. Aí eu vou chegar numa outra história” (J9).

Outro ponto que merece destaque é o de que existe uma deficiência na atividade investigatória que provoca a necessidade de se “extrair a verdade” sem investigação, por meio da confissão.

Por outro lado, a iniciativa probatória da qual o juiz é investido, na representação de vários juízes que entrevistei, exonera o Ministério Público do ônus da prova, ficando para ele, juiz, em nome da busca da “verdade real”, a tarefa de suprir toda a produção de prova que instrumentalize o conhecimento da pretensão deduzida em juízo, para tornar possível o julgamento.

Ora, se o Ministério Público é o órgão constitucionalmente investido da persecução penal, quase com absoluta exclusividade¹⁹³, era de se esperar que este órgão tivesse o ônus e a responsabilidade de produzir prova suficiente para demonstrar e sustentar o que alega, já que é esta sua atribuição constitucional. Em outras palavras, o princípio acusatório, que alguns autores¹⁹⁴ consideram adotado pela Constituição da República de 1988, a partir da instituição do Ministério Público, órgão que tem como atribuição exclusiva e primeira a persecução penal, teria afastado os poderes probatórios do juiz da atividade processual, no Brasil.

¹⁹³ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 – Art. 127 – O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

¹⁹⁴ Neste sentido, ver (PRADO 2005).

No entanto, não é esta a representação mais comum entre os julgadores que entrevistei. Aliás, a bem dizer, dos 21 juízes entrevistados, somente 1 cogitou desta possibilidade. Todos os outros representam a iniciativa probatória do juiz como um instrumento indispensável para que o juiz possa cumprir sua função constitucional: fazer justiça. Assim, a maior parte dos juízes entrevistados representa que para cumprir a Constituição da República de 1988 é preciso enfrentar algumas das garantias que ela mesma assegura.

“A outra história é o seguinte: é o interrogatório. Geralmente o juiz quer extrair a verdade, ele quer suprir a incapacidade do Estado de provar... O juiz e o promotor querem suprir a incapacidade do Estado de provar, de produzir provas, de investigar, extraindo do acusado a confissão. Como é que pode isso em 2007? E aí o cara chega lá e conta uma história, sei lá... Como aconteceu na semana retrasada, quando eu fiquei cobrindo um colega. O cara chegou e falou assim: “O senhor foi preso no ônibus com uma arma, né?” “Eu, não senhora.” “Então, como é que o senhor foi preso?” “Começou uma correria no ônibus, doutora. E aí pararam...” Eu ri. Eu falei: “Como assim? As pessoas começaram a fazer Cooper?” “É. As pessoas começaram a correr, sei lá por quê. E aí parou na polícia, a polícia olhou pra mim, descobriu que eu já tinha sido apenado, que eu estava na condicional e resolveu me prender.” “E essa arma?” “Só vi depois.” O promotor ficou irado porque eu estava reproduzindo o que o cara estava dizendo. “Eu falei assim: ‘Mas vem cá. É isso que ele está dizendo. Eu vou colocar isso aqui.’ ‘Mas isso é um absurdo, isso é uma mentira’. No final da audiência, fui eu que saí como sendo a idiota. ‘Essas mulheres não sabem nada de interrogatório!’ Porque, isso eu também já tinha visto até com um colega meu que morreu, excelente pessoa, mas ele falava para a pessoa que estava interrogando: ‘Olha, eu não acreditei em nada do que a senhora está falando, eu vou ali atrás beber uma água, quando eu voltar eu quero que a senhora me diga a verdade.’ E ficava tentando extrair o que era verdade, quando na verdade o acusado está ali no interrogatório para falar o que ele quiser. Se as respostas do

interrogatório forem transcritas integralmente, por mais absurdas que sejam... É tão absurdo, que eu sempre disse isso pros colegas: Deixa o cara falar o que ele quiser, porque ele vai acreditar que ele está convencendo o juiz de que a versão dele é verdadeira. Só que a versão dele é tão absurda que quando você vir, você vai se convencer que não é aquilo” (J9).

Não obstante a maior parte dos magistrados tenha explicitado a necessidade da leitura do inquérito policial tanto no momento do recebimento da denúncia como nos momentos posteriores de produção probatória, transcrevo a seguir uma representação que me pareceu peculiar, uma vez que o julgador afirma que, tendo em vista as “condições culturais da delegacia” ele não lê o inquérito em qualquer momento da formação do seu convencimento. Este depoimento aponta e demonstra, em primeiro lugar, para o dissenso existente no campo, inclusive quanto ao ritual do processo como instrumento de formação de convencimento. Em segundo lugar explicita que existe uma presunção de culpa, pois o julgador se coloca como uma exceção por presumir a inocência do acusado, tal como determina a Constituição da República de 1988.

“E o inquérito na formação do convencimento?”

“Eu nem leio. Eu, particularmente, não leio. Isso pode ser até um equívoco meu. Uma vez eu ouvi isso de um desembargador penalista: ‘Eu não leio o que está no inquérito pra decidir. Nunca li. Porque eu sei lá como é que foi produzido aquilo’. A gente sabe toda a questão cultural de delegacia, como é que aquelas confissões são extraídas, então eu me habituei a não ler o que está no inquérito. Nos últimos meses que eu tive, por curiosidade eu lia o inquérito, mas eu tentava ler o inquérito depois de já ter formado o meu convencimento. Até hoje nunca me deixei influenciar por alguma coisa que estava no inquérito. Nunca fundamentei sentença condenatória, nem absolutória, num inquérito. Porque aquilo ali é totalmente interessado. O cara (policial) constrói o discurso dele pra apresentar o seu trabalho. Ele tem que ter uma estatística, sei lá, de captura, de solução de casos, então o cara vai criar um discurso pra me apresentar lá. Eu não vi aquilo. Eu não vi se é verdade ou não. Então eu tenho que verificar agora, baseada através das provas

trazidas ao processo, se realmente é aquilo ou não. Eu sempre tive uma tranqüilidade. Se eu não tenho o convencimento, se eu acho que a coisa está muito fraca, eu não vou condenar. Claro que vão me acusar, vão dizer: 'É por causa disso que tem uma porção de marginais na rua'. Mas eu acho assim, se eu não tenho certeza, eu acho que a pior atitude que eu tenho que tomar é condenar uma pessoa que é inocente. Então eu prefiro que o indivíduo saia dali achando que ele se deu bem, que depois ele vai ficar com tanta certeza de que ele é auto-suficiente, que ele consegue ganhar todas, que um dia ele vai quebrar a cara e vai ver que não é bem assim..." (J9).

O trecho a seguir, ainda que de forma indireta, mais uma vez aponta para uma presunção de culpa que não está de acordo com o princípio constitucional.

"Na experiência que eu tive não era assim. A experiência que eu tive aqui na Vara criminal, nos processos que eu vi, muitos processos jamais me convenceriam naquela condenação, mas a sensação que eu tinha é que não importava. O cara foi condenado porque ele foi à delegacia pela primeira vez. Porque aí é que eu acho que é uma questão de preconceito. O preconceito influencia o cara na hora de formular o convencimento dele, porque se ele já está tendo um preconceito com um determinado tópico, não importa, ele fica cego" (J9).

No direito processual criminal brasileiro, o inquérito policial é tido pela doutrina como um procedimento administrativo, escrito e sigiloso de apuração da prática de um crime e de sua autoria, para possibilitar ao promotor de justiça o oferecimento da denúncia. Tal procedimento, ainda segundo a doutrina e a representação do campo, é muito importante e não pode ser suprimido, pois fornece elementos de convicção importantes para formar o convencimento do juiz no momento de receber a denúncia. Todavia é um procedimento exercido fora do âmbito do Poder Judiciário e que não conta com o controle judicial da observância das garantias constitucionais.

É considerado pela classificação do campo jurídico como um procedimento inquisitorial, no qual o acusado é mero objeto de investigação policial, não havendo o

chamado *contraditório* e nem a *ampla defesa* dos princípios constitucionais que regem os procedimentos judiciais, porque, em fase de inquérito, não há ainda acusação formal.

Classificando o inquérito policial como procedimento administrativo, o campo jurídico brasileiro criou dois tipos de inquéritos, com especificidades próprias e complementares: o inquérito policial e o inquérito judicial (este, denominado: processo penal). Obviamente, essa classificação vai operar uma ordem axiológica no campo jurídico, no âmbito do qual o inquérito judicial se destaca em importância, pois, segundo a doutrina jurídica, o inquérito policial é uma *mera peça de informação*, não podendo por si só ser a base de uma condenação criminal, conforme já afirmado pela doutrina de Frederico Marques.

Luiz Figueira ajuda a esclarecer, mais uma vez, a questão quando afirma que “no sistema processual penal brasileiro, a polícia judiciária, por meio do inquérito policial, exerce uma função fundamental no processo social de produção jurídica do fato. Essa instituição possui, entre outras, a atribuição de converter os seus saberes sobre o crime e o criminoso numa linguagem – a linguagem das provas e indícios – que possa ser operacionalizada na fase do inquérito judicial – que se inicia, segundo o sistema jurídico brasileiro, com a acusação formal do promotor de justiça. Ao realizar essa *conversão lingüística*, a polícia inicia, no âmbito das práticas judiciárias, o processo de construção jurídica do acontecimento. (...) Neste sentido, a polícia fornece os elementos fundamentais para o trabalho do promotor de justiça, pois, para que o membro do Ministério Público possa apresentar a acusação formal ele depende, via de regra, do material engendrado no inquérito policial” (FIGUEIRA, 2007:24).

É pelo fato de o inquérito policial servir como fundamento para o oferecimento da denúncia que os elementos de convicção produzidos em sede de inquérito policial, que não está submetido ao controle judicial da observância das garantias e dos direitos fundamentais constitucionais, da ampla defesa e do contraditório, passam para o processo judicial, para, segundo a representação de alguns juízes que entrevistei, serem legitimados pela observância das garantias *a posteriori*.

É de se enfatizar que os juízes que entrevistei demonstraram sempre sérias reservas relativas à construção da verdade em sede policial, mas afirmam, na maior parte dos casos, que a leitura do inquérito policial é imprescindível para a formação do convencimento numa ação penal. Sendo assim, os elementos de prova produzidos fora do controle judicial e, muitas vezes sem a observância das garantias cidadãos, é admitido como prova para formar o convencimento do juiz na ação penal condenatória.

IV.4.2 OPERAÇÕES POLICIAIS DE GRANDE DURAÇÃO E FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JUIZ

Em alguns depoimentos a respeito da formação do convencimento do juiz em fase pré-processual ficou explícita uma nova forma da polícia influenciar o convencimento do juiz, em matéria criminal: são as grandes operações policiais, que hoje ocupam a evidência dos noticiários da imprensa. Na maior parte das vezes, estas operações são baseadas em medidas cautelares para produção de prova e interceptações telefônicas. Ambas as medidas são pré-processuais, posto que cautelares, e muitas vezes permanecem durante mais de um ano, período em que o juiz tem que acompanhar seus resultados de 15 em 15 dias para deferir a possível renovação da medida, caso ela esteja sendo efetiva, de tal forma que quando a ação penal condenatória é proposta, o juiz já formou o seu convencimento. O depoimento a seguir explicita o assunto.

“Eu acho que a gente começa a valorar prova quando a gente tem alguma medida cautelar. Entendeu? Essa é até uma questão com a qual eu tenho me debatido aqui, porque o que acontece com os advogados de defesa? Eles pretendem o impossível. Eles pretendem que você fundamente medidas cautelares e pra fundamentar medidas cautelares invasivas como a interceptação telefônica ou como a busca e apreensão ou ainda como a prisão, você tem que apreciar a prova produzida em fase pré-processual. Você tem que fazer uma análise relativamente aprofundada, não totalmente. Não pode ser superficial. Você tem que fazer uma análise da materialidade de indícios robustos de autoria. Você não pode prender uma pessoa se não tiver indícios robustos de autoria. Então eles (advogados de defesa) pretendem que a gente fundamente, e pra fundamentar tem que valorar, mas eles pretendem, ao mesmo tempo, que a gente não valore prova. Quer dizer, é inviável. Entendeu?” (J13).

O trecho transcrito a seguir dá continuidade ao anterior e contém uma descrição importante sobre a formação do convencimento em fase pré-processual, proporcionada pelas medidas cautelares de produção de prova admitidas no direito brasileiro, medidas

essas que têm servido como fundamento legal para a maior parte das grandes operações policiais, especialmente as da Polícia Federal.

“Pra eu decretar a prisão de alguém eu tenho que ter, além dos requisitos do 312¹⁹⁵, os pressupostos que são indícios de autoria e prova da materialidade do delito. Mesma coisa pra eu decretar uma interceptação telefônica, você concorda? Está lá na lei de interceptação telefônica¹⁹⁶, prova de materialidade e indícios de autoria e mais outros requisitos, que são: a prova tem que ser imprescindível, o meio tem que ser proporcional, blá, blá, blá... Tudo bem, mas antes disso eu tenho que ter esses pressupostos, né? Quando eu faço isso e autorizo uma medida tão invasiva, eu obviamente estou fazendo uma valoração da prova. Se o delegado vier aqui fazer um pedido desse e não tiver indicativo nenhum de que o indiciado está envolvido naquilo, eu vou negar o pedido de interceptação telefônica. Óbvio” (J13).

A seguir, o julgador explicita uma tensão existente entre o controle judicial das garantias fundamentais em medidas cautelares de produção de prova e o princípio da presunção de inocência, uma vez que o deferimento da produção cautelar de prova implica necessariamente, segundo o julgador, valoração dos elementos de convicção trazidos pela autoridade policial ou pelo Ministério Público no momento do pedido do deferimento da medida. Ora, para definir a medida é necessário valorar a prova apresentada, o que, segundo o juiz, faz com que a defesa alegue enfrentamento do princípio da presunção de inocência.

¹⁹⁵ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ART. 312 – A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

¹⁹⁶ LEI Nº 9.296, DE 24 DE JULHO DE 1996. LEI DA ESCUTA TELEFÔNICA. Telefônica. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. ART. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

“Eu tenho recebido aqui umas oposições de suspeição porque quando eu decreto essas medidas eu faço uma valoração inicial e provisória da prova. Por exemplo, na hora de determinar uma interceptação telefônica eu fundamento dizendo que há indícios robustos de que há pedido de dinheiro para movimentação do inquérito tal, blablablá... Se não, como eu vou decretar interceptação telefônica do delegado? Agora, isso, dentro do que te interessa, já é um começo de uma valoração de prova. Valoração provisória, mas é valoração de prova. Eu estava fazendo um parêntese pra dizer o seguinte, o que algumas defesas querem é que você fundamente sem valorar a prova. Isso é impossível. Esses caras querem que eu faça não sei o quê: porque se você não valora a prova, você também não faz decisão com fundamentação, não é verdade? Aquelas decisões genéricas, sem fundamentação. Mas então, para o que te interessa, eu acho que a gente começa a valorar a prova já nas cautelares. E aí vai crescendo. Depois você avalia o recebimento da denúncia, que já é um algo mais em relação às cautelares.”

No trecho final da entrevista que transcrevo a seguir, fica demonstrado que em fase pré-processual o juiz forma a sua convicção, uma vez que precisa avaliar periodicamente a efetividade da medida cautelar, para deferir sua prorrogação. Sendo assim, vai acompanhando a investigação policial durante longos períodos, de tal maneira que quando a pretensão condenatória é deduzida em juízo pelo Ministério Público o julgador já tem convicção da culpa do acusado, com base em provas das quais os acusados sequer têm conhecimento. Assim, as medidas cautelares acabam por proporcionar a condenação prévia do réu.

“Defere ou não defere. Prorroga ou não prorroga. Você também tem que fazer uma nova valoração do que foi colhido no período de 15 dias pra prorrogar ou não prorrogar a interceptação. Ou qualquer outra medida cautelar de produção de prova. De novo você vai ler o que foi colhido. Vai verificar que foi produtivo. Você tem que dizer que o período foi produtivo pra você prorrogar mais 15 dias, entendeu? Você está

valorando a prova o tempo todo, uma valoração que é provisória. E é interessante essa história do contraditório. É muito legal quando a gente aprende, assim... Depois que você trabalha com isso aqui, até pra sua vida real, essa história de você ouvir uma história de alguém e você querer sempre ouvir o outro lado, é muito interessante como a gente tem uma visão da prova e a sua valoração, como ela pode mudar com as alegações finais da defesa. É muito interessante isso” (J13).

Fica claro que a exposição da prova ao contraditório se resume às alegações finais produzidas pela defesa, mas ainda assim o julgador afirma que tais alegações podem mudar sua convicção a respeito dos fatos sobre os quais ele pensou durante longo período de tempo.

CAPÍTULO V

IMPARCIALIDADE, NEUTRALIDADE E SUBJETIVIDADE

Este capítulo retomará o avesso da discussão introduzida no capítulo anterior, sobre imparcialidade, neutralidade e subjetividade da decisão judicial, procurando demonstrar a presença de aspectos indissociáveis dos julgadores, não como indivíduos e sim como pessoas que exercem papéis institucionalizados, a que se incorporam inevitavelmente aspectos subjetivos, conforme pode ser constatado nas representações que fazem sobre o seu próprio papel de julgador.

Das entrevistas colhidas e observações realizadas durante a pesquisa, depreende-se que três categorias ganham relevância na fala dos juízes: imparcialidade, neutralidade e subjetividade. Estas categorias são objeto de discussão por parte dos juízes entrevistados quando tratam tanto da iniciativa probatória quanto do livre convencimento, relativamente a sua atividade decisória nos processos. Tais categorias são também objeto de discussão na doutrina.

Neste capítulo, retomaremos os discursos dos julgadores e dos doutrinadores ao mesmo tempo que procuremos interpretá-las como intimamente relacionadas entre si e, sobretudo, ancoradas na subjetividade dos julgadores. Isto porque, a subjetividade agregada às decisões judiciais são constitutivas da estrutura do eu dos julgadores, e se acham mescladas por aspectos tradicionais, institucionais e do próprio *habitus* que caracteriza o campo do direito estudado.

O caráter dos atores sociais é formado pela relação dos vários elementos deste e a estrutura social na qual o sujeito esta inserido. Desta forma, a estrutura do caráter do sujeito é formada pelo seu organismo e pela sua estrutura psíquica que resulta no aparecimento de uma persona, que vai formar sua subjetividade a partir das relações com várias instituições com as quais esta se relaciona (GERTH, MILLS, 1963:51).

O papel social desempenhado pelo sujeito está vinculado à estrutura social e às relações deste mesmo sujeito com as várias instituições, além de contar com uma carga de componentes pessoais. A estrutura social é formada por diferentes ordens, tais como a ordem familiar, política, jurídica, econômica, a ordem religiosa, entre outras. Cada uma destas ordens tem símbolos, tecnologias, status e educação próprias (GERTH, MILLS, 1963:51).

Por definição, segundo os autores, todos os papéis que estão instituídos, qualquer que seja a ordem institucional, compreendem uma distribuição de poder, que, por sua vez abrangem as relações dos papéis com a ordem da qual fazem parte, assim como do papel com outras ordens. A posição de poder das instituições e indivíduos depende, caracteristicamente, de fatores de classes, *status* e ocupações que, freqüentemente estão inter-relacionados (GERTH, MILLS, 1963:307).

Nossa sociedade, segundo Goffman, considera a personalidade como uma espécie de imagem, geralmente digna de crédito, que o indivíduo no campo e como personagem efetivamente tende a induzir e os outros têm a seu respeito (GOFFMAN, 1983:231).

V.1 IMPARCIALIDADE E DECISÕES JUDICIAIS

Ovídio Baptista da Silva apresenta, em sua doutrina, a distinção entre princípio dispositivo e princípio da demanda. Ressalva, no entanto, “que a distinção é relevante, explicando que o princípio dispositivo diz respeito ao poder que as partes têm de dispor da causa, seja deixando de alegar ou provar fatos a ela pertinentes, seja desinteressando-se do andamento do processo. Neste ponto, o autor cita ENRICO TÚLIO LIBMAN¹⁹⁷, processualista civil italiano, para quem a razão fundamental do princípio dispositivo é a preservação da imparcialidade do juiz, pressuposto lógico do próprio conceito de jurisdição.”

Ovídio Baptista da Silva continua, afirmando “que dificilmente o julgador teria condição de manter-se completamente isento e imparcial, se a lei conferisse a ele plenos poderes de iniciativa probatória, pois, na medida em que o julgador abandonasse a condição de imparcialidade que a função jurisdicional pressupõe, para envolver-se na busca e determinação dos fatos da causa, de cuja parte se haja desinteressado, certamente ele poderia correr o risco de comprometer a própria imparcialidade e isenção” (SILVA, 1996:49).

¹⁹⁷ O professor Enrico Tulio Libman, processualista italiano, como já foi, dito lecionou a disciplina “Direito Processual Civil”, em nível de pós-graduação, na Faculdade de Direito da USP, na primeira metade do decênio de 1940. Além das aulas na faculdade foi defensor do conceito abstrato do Direito Processual, ao reverso da teoria concreta de seu mestre Chiovenda (FRANCIULLI, 1993).

O trecho transcrito a seguir explicita uma representação recorrente entre os juízes que entrevistei que contraria a representação doutrinária colocada anteriormente. O doutrinador diz que o princípio dispositivo ou princípio da demanda, que determina a inércia da jurisdição, seria a mola mestra para a imparcialidade do juiz. Já na representação do julgador aparece claramente um tom pejorativo à inércia e a valorização da iniciativa probatória do juiz, sem qualquer alusão ao comprometimento da imparcialidade do julgador.

“Pelo que eu estou entendendo, você manda produzir provas?”

“Sempre. E é nesse ponto que eu chego agora. Princípio da verdade formal. O juiz vai se convencer com base nas provas que vão apresentar a ele. Ele vai ficar olhando. É como se eu estivesse no cinema assistindo a um filme. Existem manuais que estão aí até hoje vendendo muito e que ensinam a arte, ensinam ao juiz que quando você está diante, por exemplo, de uma ação de alimentos, área civil, e quando a gente fala área civil a gente entende tudo o que não é criminal, o cara [o juiz] tem que ser um mero espectador das provas e ele vai formar o seu convencimento com base naquilo que as partes apresentam, mas ele não pode mandar produzir provas, porque se não ele ficaria parcial. Aí eu penso assim: “Peraí, só porque eu mandei produzir uma prova eu sou parcial? E por que o cara [o juiz] no crime faz isso e não fica sendo parcial? “Por que no crime não? No crime o juiz está ali pra produzir todas as provas porque tem uma questão da liberdade humana que está envolvida. Mas pro outro cara [réu], lá da vara de família, ele paga R\$20,00 por mês talvez seja muito mais importante do que se ele vai ser preso ou não. Porque muitos já disseram pra mim: “Ah, eu não tenho dinheiro pra pagar, não. O senhor pode me prender. Se eu for preso eu não vou voltar a ser cobrado por essa dívida?” Eu falei: “Não. Vai ser cobrado, mas já seriam os seus bens.” “Eu não tenho bens mesmo, doutora. Então me prende. Porque assim esse inferno acaba.” Então, naquele momento a gente verifica que os R\$20,00, R\$30,00 a mais que o cara tem que pagar, ou R\$300,00 que ele está devendo, é muito mais importante pra ele do que o

direito de liberdade lá no crime. Por que o juiz lá do crime pode mandar produzir provas do jeito que ele quiser e o juiz do civil não? Ele tem que se convencer com aquilo que a parte apresenta a ele. Então há algum tempo atrás que isso já vem sendo questionado, tem já muitos livros aí dizendo que o juiz tem que produzir prova no civil também” (J9)

“O que leva o senhor a determinar a produção de prova?”

“O não convencimento ou a desconfiança de que aquilo ali alguma coisa não está batendo. Então entra a questão da experiência pessoal. Porque a lei permite que o juiz julgue com base nas regras de experiência. Então é claro que o juiz não vive numa bolha. Ele sai, vai ao cinema, ele enfrenta fila, ele também é usuário de plano de saúde” (J9).

Fato é que a lei atribui poderes probatórios ao juiz tanto no Processo Civil como no Processo Penal e que os julgadores entrevistados não vêem qualquer interferência destes poderes probatórios na sua imparcialidade no julgamento da causa, nem tampouco valorizam a participação da parte no processo. Valorizam, isto sim, a instrução produzida por eles próprios para formar o seu convencimento deixando a parte-cidadã, bem como seu advogado, como uma espécie de platéia da atividade jurisdicional.

Mais uma vez o trecho a seguir transcrito demonstra com clareza que, na representação dos juízes, a iniciativa probatória não compromete a imparcialidade, ao contrário ela aparece como função do juiz. Todavia o trecho demonstra claramente que além da iniciativa probatória comprometer a parcialidade do julgador, inverte a lógica do raciocínio decisório, isto é, o juiz passa a procurar as provas que confirmam sua hipótese sobre o caso.

“A prática é isso. O livre convencimento é extremamente relativo. Livre convencimento até onde ele é de acordo com a lei. Eu realmente sou adepta de que, hoje em dia, o juiz deve sim produzir prova, ele deve procurar a verdade nos autos, procurar descobrir o que realmente aconteceu pra dar a sentença. Porque essa é a função do juiz. A função do juiz não é

simplesmente olhar pro papel e ver qual é a melhor, quem escreveu melhor, quem é que produziu a melhor prova e dar a sentença com base nisso. É procurar a verdade dos fatos. É procurar fazer justiça. Isso, eu acho realmente, que é o papel do juiz. E se o juiz tiver que produzir uma perícia, por ordem sua, mesmo que as partes não tenham requerido; officiar quem quer que seja; descobrir o que realmente aconteceu, acho que deve fazer. O livre convencimento aqui funciona um pouquinho além. Quando chegam os autos, às vezes até pra dar a sentença, eu leio e vejo que está faltando uma prova, mando produzir”¹⁹⁸ (J7).

A doutrina de Ovídio Baptista da Silva prossegue sustentando “que enquanto o princípio dispositivo diz respeito aos poderes das partes em relação a uma causa determinada, posta sob julgamento, o princípio da demanda refere-se ao alcance da própria atividade jurisdicional. O primeiro deles corresponde à determinação dos limites dentro dos quais o juiz deve se mover, para o cumprimento de sua função jurisdicional, e até que ponto há de ficar ele na dependência da iniciativa das partes na condução da causa e na busca do material formador de seu convencimento; ao contrário, o princípio da demanda baseia-se no pressuposto da disponibilidade, não da causa posta em julgamento, mas do próprio direito subjetivo das partes, segundo a regra básica de que ao titular do direito caberá decidir se o exercerá ou deixará de exercê-lo. O autor explica que o princípio da demanda limita a atividade do juiz aos pedidos formulados pelas partes, ao passo que pelo princípio do dispositivo o juiz fica contingenciado pela iniciativa das partes quanto ao modo de condução das causas e quanto aos meios de obtenção dos fatos pertinentes a esta determinada lide. O princípio da demanda preserva a soberania das partes na determinação das ações sobre as quais elas pretendam litigar; enquanto que o princípio dispositivo, uma vez determinadas as causas sobre que há de versar o litígio, define e limita o poder de iniciativa do juiz com relação a estas causas efetivamente ajuizadas pelas partes, no que respeita à condução do processo e à coleta do material probatório. O princípio da demanda raramente admite abrandamento” (SILVA, 1996:50).

¹⁹⁸ Vale ressaltar o fato de J7 ser juiz de Vara Civil, o que demonstra, ao contrário do que diz a doutrina, que o princípio da verdade real orienta ambos os ramos de processo brasileiro, uma vez que é nítida, na representação deste julgador, a ligação que existe entre descoberta da verdade e a efetivação da justiça.

O trecho doutrinário descrito anteriormente deixa a impressão de que ambos os princípios são efetivamente adotados nas nossas práticas processuais. No entanto, as exceções ao princípio dispositivo são tantas que viram regra, sobretudo dados os amplos poderes probatórios que as ditas “exceções” atribuem ao julgador.

Há ainda a descrição do processo decisório que não parte de premissas para, posteriormente, chegar à conclusão. É um processo de raciocínio que chega a uma conclusão apriorística e depois busca elementos de prova que justifiquem a decisão tomada.

O depoimento transcrito a seguir demonstra claramente a representação de que a função do julgador é a de procurar a verdade para poder julgar, em qualquer ramo do processo. Desta forma, os poderes probatórios do juiz são representados como um instrumento indispensável para o julgamento.

Há também, no mesmo trecho, uma interessante e peculiar representação do julgamento como uma escolha que o juiz tem que fazer do “melhor direito” para aquele caso. Assim, se há o melhor direito é porque também há o “pior direito” e na representação dos julgadores, o juiz sabe escolher o melhor direito das partes. Mais uma vez, é nítida a ínfima importância da participação das partes na construção da verdade jurídica e na administração dos conflitos em que estão envolvidas. Fica evidenciada a representação da desigualdade jurídica no plano da aplicação da lei, entre nós, pois se há mais de um “direito” a ser aplicado ao mesmo caso, as soluções de casos semelhantes podem ser desiguais.

“Mas quer dizer, um processo, se você começar a olhar desde o início, já chega meio demonstrado o que ele é. Às vezes, vêm certas surpresas na contestação, mas isso não é o normal. O normal é a parte pedir a inicial, juntar os seus documentos, você já analisa e a parte vem, concorda ou discorda e traz outros elementos. E a questão é analisar se esses outros elementos realmente têm alguma veracidade ou não, mas aí o processo já está muito encadeado. Uma coisa muito rara é a gente ter na audiência de instrução e julgamento uma testemunha que mude o seu convencimento. Isso é uma coisa difícil de acontecer, porque o seu convencimento foi sendo feito desde o início, com as provas que as partes foram montando. Às vezes, na inicial vêm certas provas e você olha: isso realmente é

isso... e cita, aí o cara traz outros documentos que já demonstram que a parte autora não tem a menor razão. Então, é muito difícil as testemunhas mostrarem algo diverso daquilo que está no processo. Eu acho que o livre convencimento do juiz, hoje, ele é livre. Ele é relativo com relação ao processo. Acho que em matéria civil, não é mais só processual, acho que normalmente cabe ao juiz procurar a verdade, descobrir a verdade. Como é, e sempre foi, em matéria criminal. Antigamente, quando eu estudei direito, há muito tempo atrás, tinha aquela história de que no direito criminal prevalecia o princípio da verdade real e no direito do processo civil prevalecia o princípio da verdade ficta. Acho que isso é completamente ultrapassado. Acho que o juiz tem sim que procurar a verdade dos fatos. Claro, às vezes tem processos que mesmo assim, depois de você ouvir, fazer tudo, você não sabe qual a verdade real dos fatos. Você também não é Deus. Aquela questão ali você não tem... Aí o juiz tem que julgar. Isso realmente é a função dele, tem que, do jeito que puder, escolher o melhor direito entre as partes. Aí, nessas questões, sem dúvida, ele pode errar. Não tenho a menor dúvida disso, mas aí o juiz tem que decidir. O juiz não pode falar que não tem como decidir” (J9).

Nos discursos dos juízes que entrevistei, encontrei várias tendências de entendimento prático do *princípio dispositivo* que determinam que a jurisdição só deve ser exercida pelo Estado mediante provocação. Todos os argumentos ligados à iniciativa probatória do juiz justificam tais poderes, dizendo que o princípio da inércia deve ser observado só no início da ação, no entanto, no curso da ação, a iniciativa probatória do juiz não compromete, a seu ver, a inércia, já que sua função é descobrir a verdade real para poder fazer justiça.

No depoimento a seguir transcrito vale ressaltar, primeiramente, que o discurso do julgador aponta para o papel preponderante e central que o juiz tem no processo brasileiro, uma vez que o julgador está lamentando não ter podido dar aquilo que a parte tinha direito, porque esta não tinha pedido. A ignorância da parte de seus direitos é pressuposta pelo julgador, assim como a incapacidade dela de saber o que quer. Por

outro lado, está claro no discurso transcrito, que o juiz diz que sabe o que é bom para a parte, mesmo que ela não tenha explicitado isto, o que denota um caráter tutorial da prestação jurisdicional.

“Em matéria civil não tem jeito. Você tem que decidir de acordo com o que está escrito e apresentado pelas partes. Então você tem que se limitar ao pedido. Olha como é doloroso! No processo civil você tem que se limitar ao pedido da parte. Então você olha aquela prova, vê tudo direitinho: essa pessoa tinha razão nisso. Por que ela não pediu isso? Isso é o que ela deveria ter feito. Então você dá uma sentença contrária ao interesse de alguém quando o bom direito dele seria se fosse de outra forma” (J5).

Outra expressão que chama a atenção no trecho anteriormente transcrito é o “o bom direito dele seria”, pois ela leva às seguintes conclusões: em primeiro lugar, ou a parte não sabe o que quer ou não soube pedir, por seu advogado; em segundo lugar, indica que se existe o bom direito da parte, que o juiz conhece, também existe o direito ruim da parte que foi o que ela pediu. Assim, o *princípio do dispositivo* é representado por este julgador como um empecilho à realização da justiça porque, se ele não tivesse que se restringir ao pedido da parte, ele poderia ter dado a ela o “bom direito”. Cumpre frisar ainda que não houve qualquer menção ao comprometimento da imparcialidade do juiz pela eventual não observância do princípio dispositivo.

Quando o juiz se refere à parte, pode parecer que ele está se referindo ao jurisdicionado, cidadão comum, que é parte do processo, onde é tratado o litígio que envolve seu interesse. No entanto, o juiz acima está falando de um advogado, representante do cidadão, que efetivamente é ator do campo, uma vez que foi o advogado que não soube pedir o que deveria ter pedido. Em última análise, aparece no discurso mencionado anteriormente, uma luta interna do campo, pois o juiz está dizendo que o advogado da parte não soube pedir. O discurso está, portanto, eivado de significado simbólico implícito, uma vez que por mais que o juiz fale na parte, na

realidade ele está se referindo ao advogado da parte¹⁹⁹. Entretanto, esta confusão entre parte/jurisdicionado e seu representante é recorrente e merece ser explicitada, uma vez que além de ser bastante comum a representação de que a parte cidadã nada entende de direito, muitas vezes, como no caso do comentário feito pelo entrevistado acima, o endereçado de seu discurso é o advogado. Este enunciado implícito também reafirma a hierarquia existente no campo onde os juízes sabem mais, os advogados sabem menos e as partes nada sabem.

Apesar de todos os poderes probatórios atribuídos ao juiz em qualquer ramo do processo brasileiro, segundo a doutrina de Ovídio Baptista da Silva, “pode-se dizer que ainda vigora o *princípio dispositivo*, como regra fundamental ou como simples princípio diretivo, sujeito, porém, a severas limitações previstas pelo legislador em inúmeros dispositivos legais que o abrandam consideravelmente, outorgando ao juiz uma apreciável faculdade de iniciativa probatória, o que, aliás, apenas demonstra que o princípio dispositivo, tal como a doutrina o descreve, jamais foi observado historicamente como norma absoluta” (SILVA, 1996:48).

Os juízes descrevem diferentes percepções do princípio dispositivo, mas raramente deixam de mencionar que usam sua iniciativa probatória prevista em lei para formar o convencimento e depois de chegar à verdade dos fatos e assim fazer justiça. A iniciativa probatória do juiz raramente aparece no discurso dos julgadores como atividade capaz de comprometer sua imparcialidade ou de promover a desigualdade jurídica entre as partes, que deve ser mantida por ser garantia fundamental disciplinada pela Constituição da República de 1988 e por ser princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

¹⁹⁹ É muito comum no campo do direito brasileiro haver um grande distanciamento entre o judiciário e as partes cidadãs envolvidas no processo. Neste sentido, ver LUPETTI, 2007.

“A iniciativa probatória do juiz é fundamental pra formação do convencimento. Essa é até uma questão interessante com a minha experiência lá nos Estados Unidos, porque lá o sistema é eminentemente adversarial, o que quer dizer que o juiz é um expectador. Lá, eu conversei com um juiz em Nova York, um cara gentilíssimo, foi esse quem me deu a informação de que lá eles não revêem provas em tribunais. É muito raro, ele ficou apavorado quando eu disse pra ele que aqui... Porque aqui é muito comum, eu faço muito isso, a juíza da Vara ao lado, que é minha amiga faz, o outro juiz de outra Vara, com quem já conversei sobre o assunto, também faz, a gente faz muito isso... Chegou a hora da sentença e a gente percebe que falta prova. Converto o julgamento em diligência. Devolvo ao cartório tal, ou designo o dia tal para inquirir fulano e beltrano como testemunhas do juízo. Então, por exemplo, no processo do Banco (...) fiz um negócio que foi fundamental pra eu sentenciar, que foi o seguinte: discutidas as questões de macroeconomia, difíceis, o Ministério Público arrolou umas testemunhas do fato e quando veio a defesa trouxe vários grandes economistas, reconhecidos economistas, que endossavam a tese dela, defesa, que eram esses economistas da época do Fernando Henrique. Veio Maílson da Nóbrega, veio Edmar Bacha, veio esse pessoal todo. Aí o negócio veio pra mim, eu falei ‘Bom, mas eu não posso julgar um processo desses com uma visão teórica só, porque a economia como o direito é controvertida conhecendo uma única posição, eu não tenho informação. Já sei, vou marcar uma audiência pra ouvir testemunhas do juízo, com outros economistas que não sejam da linha do Governo Fernando Henrique.’ Eu entrei em contato com um amigo meu que fez economia na UFRJ, ele me indicou o Lessa, o Carlos Lessa, e uns outros caras também muito conhecidos que agora eu não lembro o nome e foi fantástico, Regina, porque nessa altura eu já tinha um conhecimento bom do que estava sendo discutido, já vinha estudando, então eu fiz várias perguntas, eles esclareceram e eu usei muito na sentença. Foi muito bom. Então, com iniciativa probatória, você não fica vendido, porque

se uma das partes não trabalha direito, não faz o seu papel, numa questão fundamental que é a liberdade alheia ou a proteção de bens jurídicos importantes, como a administração pública, se uma das partes não faz o seu papel, o papel do juiz fica vendido. Eu acho que a possibilidade do juiz buscar provas de ofício é fundamental. Sem ela você [juiz] fica vendido, porque se uma das partes trabalha mal ou está de ma-fé, você [o juiz] não tem como desempenhar o seu papel corretamente. No final das contas você não está buscando a distribuição da justiça, você não está buscando a verdade real? Então se você não tem a possibilidade de produzir provas...” (J13).

É de se sublinhar, ainda, o dissenso existente nas representações dos julgadores quanto ao *princípio da identidade física do juiz*, já que não há uma representação comum nos depoimentos apresentados no que concerne à importância do juiz presidir ou não a instrução probatória para formar seu convencimento. Por um lado, há os que acham que a instrução probatória deve vincular o juiz ao julgamento da causa porque ela serve para formar o convencimento do julgador. Por outro lado, há os que acham que o juiz que presidiu a instrução do processo não deveria ser o mesmo que vai julgar a causa para que não haja comprometimento da imparcialidade do julgador.

“Eu entendo que o juiz realmente tem uma ação permitida pra investigar aqueles fatos que estão sendo trazidos a ele. Todo contraditório. Tudo é possível ao juiz. Hoje tem a inversão da prova na parte de consumo. É uma gama muito evoluída. É um microssistema muito evoluído. É um sistema completo que trabalhou na parte lateral do código. Que também valorou aquele sistema muito bem avaliado e trouxe aquele conjunto pro juiz na área processual. Trouxe ao juiz a possibilidade também de trabalhar com a concepção social do processo. Você só tem a concepção processual. Tem uma concepção social da tutela de acordo com o direito indicado. Por isso que eu entendo que hoje a integração normativa permite trabalhar com a prova. Esse é o entendimento que eu venho adotando aqui” (J6).

O trecho mencionado anteriormente revela uma representação que coloca o juiz como sujeito principal do processo e demonstra, com clareza, como é pequena e desvalorizada a participação das partes. Mais uma vez, o juiz se coloca numa posição de primazia absoluta, de um poder absoluto no campo. A afirmação de que “tudo é possível ao juiz” desqualifica inclusive a relevância dos discursos dos doutrinadores, preocupados, como temos visto neste trabalho, entre outros princípios, com o da imparcialidade do julgador. Se ele pode tudo, pode ser parcial ou imparcial, o que novamente reafirma a posição de supremacia dos julgadores no campo do direito, desta vez, em relação aos doutrinadores.

Pode-se dizer ainda, em face do exposto, que a preocupação dos julgadores com a preservação de sua imparcialidade é relativamente menor do que a dos doutrinadores e do que prescrevem a Constituição da República de 1988, os códigos de Processo Civil e de Processo Penal.

V.2 IMPARCIALIDADE DO JUIZ E EMOÇÃO – O “PERIGO DO CONTATO COM A PARTE”

O *princípio da oralidade*²⁰⁰ é apresentado pela doutrina de Ovídio Baptista da Silva “como aquele que se manifesta num sistema processual sempre que a comunicação oral prevaleça sobre a escrita, tanto no que se refere às alegações das partes, como à apresentação das provas” (SILVA, 1996:52).

Pelo *princípio da oralidade*, segundo o doutrinador, “as alegações das partes só possuem eficácia quando formuladas oralmente perante o magistrado que deve julgar a causa; ao contrário do *princípio da escritura*, que exige que as alegações e as declarações das partes sejam feitas por escrito, devendo o juiz julgar a causa com base nos elementos que se encontrem registrados por escrito nos autos, de tal forma que o que não consta dos autos, não tem a menor relevância e não pode fundamentar a decisão (*quod non est in actis non est in mundo*).” O autor diz “que o princípio da oralidade ganha relevância, pois na medida em que exige a comunicação oral entre juiz e parte, provoca o contato pessoal entre eles e torna possível ao juiz uma apreensão imediata do

²⁰⁰ Sobre a forma peculiar que cultura jurídica brasileira atualiza o princípio da Oralidade ver Bárbara Lupperti in “Princípio da Oralidade às avessas”. Tese de mestrado defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho, 2007.

litígio, em uma versão original e autêntica, lhe é transmitida de viva voz pelas partes” (SILVA, 1996:52).

Além disso, segundo o mesmo autor, “o princípio da oralidade dá ao julgador o ensejo de presidir a coleta do material probatório com base no qual haverá de fundamentar sua futura decisão, tendo contato pessoal com as partes e com as testemunhas, e podendo assim avaliar-lhes a credibilidade das informações prestadas em juízo certamente com muito maior segurança da que teria o julgador que apenas recebesse esta prova reduzida a um simples registro mecânico constante do processo, que seguidamente lhe chegaria às mãos muito tempo depois de prestado o depoimento” (SILVA, 1996:52).

Como se pode verificar nos depoimentos a seguir transcritos, mais uma vez não há consenso sobre a importância do contato com as partes (jurisdicionados) nos depoimentos dos juízes entrevistados. Há os que acham que o contato com a parte é imprescindível para a formação do convencimento do julgador; há, por outro lado, os que acham este contato irrelevante e dispensável. Há ainda os que acham o referido contato “perigoso”, pois pode comprometer a imparcialidade do julgador.

“Para mim, o contato com as partes é fundamental!!!!
Por exemplo, nas medidas protetivas que são feitas na delegacia – porque hoje com a Lei Maria da Penha você pode pedir a medida protetiva através da delegacia, Defensoria Pública, Ministério Público ou através do próprio juiz, – então, via de regra, os que vêm para delegacia com o pedido de medida protetiva quando há violência doméstica, eu não decido sem uma audiência, de jeito nenhum. E mesmo se, por exemplo, tem a medida através da Defensoria Pública eu pego a vítima, ponho sentada onde você está e ouço a história dela. Com cuidado pra eu depois não ter que voltar atrás. Mas eu escuto a narrativa dela pra saber se há necessidade ou não daquela medida extrema. Ela vem e quer o afastamento do companheiro do lar. Então você vai ouvir. Pra mim é fundamental ouvir. Você não tem outra prova. Via de regra, nunca sai uma liminar. A gente marca uma audiência pra ouvir os dois e ali decidir. Quase sempre com esse tipo de procedimento, a gente tanto insiste que as partes acabam chegando a um acordo. Ou eles se acertam ou resolvem se separar. Uma solução sai” (J5).

“Em matéria civil não precisa ouvir. Agora, família e criminal, sem dúvida. Noventa por cento você tem que ver a parte. Claro que tem suas exceções, mas você tem que ver as partes e mais do que tudo você tem que ouvi-las, porque senão realmente é complicado” (J7).

O depoimento da parte, quando ocorre, é a oportunidade processual que ela tem para contar sua versão da história ao julgador. Seria o momento mais favorável à efetivação do princípio da oralidade, por excelência. O depoimento abaixo traz um ponto de vista curioso porque desvaloriza o depoimento da parte²⁰¹ pelo fato de ele ser parcial. Ora, se o depoimento é da parte, tem que ser parcial! Depoimento de parte imparcial é contradição em termos.

Pretender um depoimento imparcial da parte é, para dizer o mínimo, um malabarismo paradoxal irreduzível, uma vez que o sujeito processual ou é parte ou é não parte (imparte): o juiz. Sujeito imparcial no processo deveria ser o juiz e não a parte. No entanto, isto não parece absurdo ao juiz entrevistado.

Aparecem ainda representações negativas no sentido de que o juiz pode decidir erroneamente, caso se envolva com o depoimento da parte. Há representação sobre o perigo do contato do juiz com as expressões das emoções das partes, como se este

²⁰¹ SEÇÃO II – DO DEPOIMENTO PESSOAL

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ART. 342 – O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ART. 343 – Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento. § 1º – A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor. § 2º – Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ART. 344 – A parte será interrogada na forma prescrita para a inquirição de testemunhas.

Parágrafo único – É defeso, a quem ainda não depôs, assistir ao interrogatório da outra parte.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ART. 345 – Quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado, ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ART. 346 – A parte responderá pessoalmente sobre os fatos articulados, não podendo servir-se de escritos adrede preparados; o juiz lhe permitirá, todavia, a consulta a notas breves, desde que objetivem completar esclarecimentos.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ART. 347 – A parte não é obrigada a depor de fatos: I – criminosos ou torpes, que lhe forem imputados; II – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. Parágrafo único – Esta disposição não se aplica às ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento.

contato pudesse contaminar a sua decisão. No trecho a seguir, o juiz acha perigoso porque se emocionou e acreditou numa mentira da parte, o que o levou a decidir mal. No entanto, no trecho que se segue, mais uma vez o contato com a parte aparece como elemento indispensável para a formação do convencimento do juiz.

“Lembrei-me agora de outro caso. Era afastamento do marido do lar conjugal. A pessoa disse que o marido batia nela e tal, mostrou um monte de fotografias com manchas roxas. Aí: Olha que absurdo. Vamos afastar. Eu dei a liminar pra afastar o cara do lar conjugal. Uma semana depois, quando a liminar foi cumprida, tinha uma revolta na minha porta, porque na verdade, sabe o que tinha acontecido? Ela, a mulher, é quem batia no marido. Todo mundo na rua sabia que a mulher batia no marido e naquele dia específico, ela pegou uma faca pra ir pra cima do marido. Aí o marido, pra se defender, pegou uma panela e tacou em cima da mulher e saiu correndo pra rua, porque todo mundo na rua sabia que ela batia nele. Aí ela trocou a fechadura da porta e se autolesionou, para justificar o pedido de afastamento do marido do lar que eu deferi, em liminar” (J9).

No trecho a seguir, há uma peculiar representação que valoriza o depoimento da parte, na medida em que este pode ser usado “contra” o que a parte pediu na inicial. Além disso, o trecho revela também a tensão que existe, em nosso sistema processual, entre a oralidade e a escritura. A oralidade é um dos princípios norteadores do processo e vista atualmente pela doutrina como garantia constitucional. No entanto, como concluiu Bárbara Lupetti em seu trabalho sobre *princípio da oralidade*, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o contato com as partes é pouco valorizado por muitos julgadores, o que dificulta a efetivação da oralidade (LUPPETI, 2007).

Ora, se o juiz não usa o contato com as partes para formar seu convencimento, este vai ocorrer apenas com base naquilo que está escrito no processo. Prevalece a escritura, e o *princípio da oralidade* não é observado.

A tensão entre oralidade e escritura fica bem demonstrada pela desvalorização da participação da parte na formação do convencimento do juiz, o que indica que, na representação do julgador, aquilo que a parte pensa ou sente não tem importância para a formação do convencimento do julgador, ou para a prestação jurisdicional do Estado, a

não ser quando o próprio julgador acha que tem. Assim, as emoções das partes, seus sentimentos, não são levados em conta para a solução do litígio e, muitas vezes, o que estas partes vão buscar no julgamento é o reconhecimento do insulto sofrido por ele. Muitos dos julgadores se referem ao termo “ser contaminado pelas emoções das partes”, o que denota o desprezo a estes sentimentos que, em última análise, são sentimentos humanos.

Luiz Roberto Cardoso de Oliveira chama a atenção para a presença inarredável e relevante das emoções e sentimentos das partes em contextos judiciais, que muitas vezes são tomados como elementos que prejudicam a racionalidade (OLIVEIRA, 2002:31-46). Nas entrevistas que fiz com os juízes, a mesma preocupação aparece e o contato com as emoções das partes é representado como um risco à racionalidade da decisão.

Aparece, ainda, mais uma vez, a preocupação do juiz com a falta de veracidade do depoimento, seja porque testemunha ou parte mentem, seja porque omitem o que sabem, quando o julgador diz que a empresa “não vai mandar para depor alguém que sabe das coisas”.

“Eu acho que depoimento pessoal das partes a gente ouve, porque às vezes a gente pega alguma coisa contra o que ela disse na inicial, aí até realmente fica contra a parte, isso já aconteceu várias vezes, mas em geral não é o caminho de se julgar uma ação. Não é uma prova indispensável. Eu não peço, mas também não indefiro. A não ser que seja uma coisa importante ouvir, mas é raro. As partes sempre pedem. Por exemplo, depoimento pessoal de responsabilidade civil, eu sempre ouço. Eu acho que tem certas causas que o juiz tem sempre que ouvir, independente do que ele acha. A gente ouve porque a parte vai contar quando ela se acidentou, como foi o acidente. Tem certas coisas que ela até vai contar com certas minúcias que só ela sabe, sem a emoção. Responsabilidade civil eu sempre peço o depoimento da autora. Em ações de família, também é sempre bom ouvir a parte, isso aí realmente é comum. Agora, tem muitos depoimentos de pessoal de empresa que se ninguém pedir, eu não vou pedir, porque vem um preposto que não sabe nem o que está fazendo lá. A empresa não é louca de

mandar alguém que sabe dos fatos, porque ela não quer. Então toda empresa, em geral, manda pessoas que não sabem nada do que aconteceu. Em geral, eu não peço e quando pedem normalmente é pra demorar, por exemplo, depoimento pessoal do representante legal de uma empresa de São Paulo, vai ter que ser em São Paulo. Vai demorar séculos até o processo chegar a São Paulo. O Tribunal de São Paulo não existe, então séculos. Vai parar a ação. Agora, depoimento pessoal eu acho que o juiz não pode indeferir. É uma prova legítima que está na lei. O juiz pode até não pedir de ofício, agora se a parte pede, seja lá que depoimento pessoal for de uma empresa lá no Pará – outro dia eu tive uma no Pará – e a ação vai ficar lá, o depoimento pessoal no Pará, sei lá como é que aquilo volta. Pode voltar daqui a 10 anos, mas a parte pediu e é um direito dela. Aí realmente não cabe ao juiz negar o depoimento pessoal. A gente ouve quem tem que ouvir” (J8).

O trecho abaixo demonstra, mais uma vez de forma nítida que não há consenso na representação dos julgadores a respeito de mais um aspecto. Neste caso, o contato com a parte é valorizado pelo julgador, que o coloca como elemento imprescindível para produzir uma “decisão 100% adequada.” Por outro lado, o depoimento problematiza o contato do julgador com a emoção da parte porque fica clara a representação de que o contato com a emoção contamina a racionalidade da decisão e com isto compromete sua imparcialidade.²⁰²

“Os meus colegas odeiam isso [ouvir as partes]. Audiência comigo é um saco porque demora muito pra terminar. Porque eu deixo as pessoas falarem, elas falam coisas que não tem nada a ver. Mas eu acho que tudo o que a pessoa falar ali tem a ver, porque quando ela fala às vezes ela vai colocar ali alguma coisa que é o sentimento dela. Você vai começar a verificar a atuação da pessoa na frente da outra, as duas partes ali envolvidas e aquilo vai te ajudar a analisar aquele discurso

²⁰² Cabe registrar que na descrição do tipo ideal racional legal de Max Weber, a impessoalidade e a imparcialidade do funcionário estatal são requisitos da racionalidade legal do referido modelo. (WEBER, 1964:170-180)

que está sendo apresentado pra você. Então, eu acho esse contato pessoal uma coisa importante. Sem isso nenhuma decisão é 100% adequada. Agora outro lance que eu acho que acontece muito é que quando você começa a ouvir, você se envolve com a emoção da parte. Tem esse outro lado... Isso é algo também que eu questiono muito. Porque depois que você tem esse contato, nesse ponto é verdade, quando você tem esse contato, você começa a ler o que está sendo apresentado pra você sob outra ótica. E isso é que acaba, às vezes, dando ao juiz uma conduta decisória que quem vai ler o processo simplesmente não vai conseguir entender a razão que levou o juiz a decidir de uma determinada maneira”. J9

Os dados demonstram que o *princípio da oralidade*, apesar de toda a ênfase dada pela doutrina, fica restrito, nas práticas processuais brasileiras, à importância que cada juiz dá a ele. No trecho acima exposto, esse contato não aparece bastante valorizado, pois ora o juiz considera que o depoimento pessoal das partes deve ser ouvido, ora diz que não é uma prova indispensável. Diz ainda que não pede, mas também não indefere.

A partir de pesquisa feita a respeito da atualização do *princípio da oralidade* nas nossas práticas judiciárias no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Bárbara Luppeti concluiu que: “O princípio da oralidade poderia ser um instrumento eficaz a proporcionar uma nova forma de administração dos conflitos pelo Judiciário, legitimada pelo consenso, mas, por enquanto, por mais paradoxal que possa parecer, a oralidade está restrita aos papéis impressos nos manuais da dogmática”. (LUPPETI, 2007)

Mais uma vez é evidente, nos depoimentos acima transcritos, a representação de que o contato com a emoção das partes põe em risco a racionalidade da decisão.

O *princípio da imediatidade* ou *imediação* entre juiz e partes é um pressuposto do princípio da oralidade, segundo a doutrina Ovídio Baptista da Silva. É o princípio que exige o contato pessoal e direto entre partes e juiz, sem o qual a observância do princípio da oralidade fica inviável. Este princípio exige que o juiz que deverá julgar a causa, haja assistido a produção de provas, em contato pessoal com as testemunhas, com os peritos e com as próprias partes, a quem deve ouvir, para a recepção de depoimento

formal e para simples esclarecimento sobre pontos relevantes de suas divergências. (SILVA, 1996: 53).

Dada a relação entre os princípios da *oralidade* e da *imediação*, volta a aparecer a tensão já observada entre oralidade e escritura na representação dos julgadores.

Surge, além e a par dela, a explicitação da tensão entre afastamento e proximidade da parte no processo, que permeia todo o discurso dos julgadores sobre a formação do convencimento. Ora as representações tendem a valorizar a proximidade e a participação da parte, ora tendem tomá-la como dispensável e até mesmo nociva.

“O contato com a parte é importante demais. Muitas questões são resolvidas através do depoimento pessoal. Tem duas coisas que eu acho que a lei processual fala que as pessoas são cegas. Os juizes, os advogados, os promotores... eu acho que eles confundem muito o que é interrogatório da parte com depoimento pessoal. Diz o art 42²⁰³ que o juiz pode interrogar. Então o juiz vai atrás dos esclarecimentos, enquanto que o depoimento pessoal, propriamente dito, é uma prova inquirida por uma parte que tem como finalidade obter da parte contrária a confissão sobre os fatos. São duas coisas totalmente diferentes. Nada impede ao juiz na audiência de ouvir as partes, mesmo que elas não tenham sido chamadas pra isso. Aliás, a oitiva das partes não depende nem da formalidade do depoimento pessoal. Ele escuta e muitas vezes aquelas informações são importantes pra composição do livre convencimento.” J6

O trecho de entrevista transcrito a seguir traz uma rara percepção de um julgador que vê a necessidade de dar voz ao jurisdicionado para que ele relate a sua história, já que muitas vezes o que ele procura, ao apelar para o Judiciário, mais do que ganhos monetários, é o reconhecimento, por parte do Estado, de que ele sofreu um insulto.

Luiz Roberto Cardoso de Oliveira demonstra em estudo comparado dos sistemas jurídicos americano e canadense que não são poucas as vezes que os cidadãos, naqueles países, procuram as vias judiciárias para ver reconhecidos e reparados insultos que

²⁰³ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ART. 42 – O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

sofreram que não são passíveis, naqueles sistemas, de serem indenizados monetariamente. São situações nas quais as questões pecuniárias são secundárias, uma vez que, segundo o autor, em muitos casos, as partes gastam mais por estarem em juízo do que vão receber de indenização. (OLIVEIRA, 2002)

Este importante aspecto aparece no depoimento que se segue e deixa claro que alguns julgadores têm a consciência de que a parte, em juízo, quer demonstrar sua indignação com o que aconteceu, além de buscar a reparação material do dano. No entanto, a meu ver, no trecho abaixo transcrito, a demonstração da indignação da parte não é valorizada, uma vez que não ajuda ao juiz a fazer justiça.

“Eu tive um caso recente, já na vara civil. Uma pessoa comprou uns móveis. Ela casou em dezembro, não teve dinheiro pra fazer festa de casamento, e resolveu reunir a minha família no Natal pra fazer uma ceia. Aí a mãe dela deu a ela um cartão de crédito adicional, com o qual ela comprou um conjunto de mesa de 6 cadeiras, baratinho, ela pagava R\$50,00 por mês. Só que entregaram a mesa com as cadeiras sem assento e sem base, ou seja, a mobília estava totalmente destruída. E ela insistindo com a loja que ela tinha que fazer a ceia,. A loja não trocou a mercadoria e não teve ceia. Aí passou pro reveillon, a do reveillon não teve porque não consertaram nada. No dia 06 de janeiro, primeiro dia do Judiciário aberto ,ela foi pro Judiciário. Só que ela entrou com a ação no Juizado e o juiz, que é leigo no juizado, disse pra ela: “Minha senhora, a senhora está pensando o que? A senhora está querendo algum tipo de indenização? A senhora está usando os móveis desde janeiro. E ela querendo explicar pro cara [o juiz leigo] que não estava. Aí o conciliador, não era o juiz leigo, era o conciliador, falou assim: Como a senhora não está usando? Ela foi e explicou tudo o que tinha acontecido, pro conciliador, que fez de tudo pra fazer um acordo com a outra parte, mas o acordo não rolou. Aí ele falou assim pra ela: Ah, não teve acordo, então o próximo caso vai ser o seguinte: eu vou submeter esse processo pro juiz leigo, pro juiz leigo julgar. Resultado: o juiz leigo teve o mesmo entendimento que o outro tinha tido, sem ouvi-la. Qual foi a sentença? Que ela não tinha direito a nada porque ela estava usando os móveis,

mas ela não estava usando. Então, ela contratou outro advogado, tiraram os móveis e ela teve que continuar pagando as contas, ou seja, ela não tinha móvel, continuava com a dívida e não tinha condições de continuar pagando. Já era outubro do ano seguinte., quando ela entrou com uma ação na Vara Cível, já orientada por um advogado. Semana passada foi a audiência dela. A mulher chorava compulsivamente durante a audiência e eu perguntava a ela por que ela estava chorando e se era por causa da loja. Ela falou que não. Eu estou chorando porque o outro juiz decidiu sem me ouvir. Como é que ele fez isso comigo?” Então eu percebi que a dor dela não era mais por causa dos móveis. A dor dela foi que o outro juiz tinha decidido sem ouvi-la. E como é que ele podia decidir sem ouvi-la, dizendo uma coisa totalmente diferente daquilo que foi a realidade dela” J9

No próximo trecho de entrevista, além da tensão já apontada entre afastamento e proximidade da parte, surge a representação da audiência, e conseqüentemente, do processo, como propriedade do juiz. Mais uma vez, a expressão de emoção da parte parece valorada negativamente, pois que é representada como comprometedora da imparcialidade do juiz. É curioso notar que o pronome possessivo usado antes da palavra audiência denota que esta, assim como o processo de forma geral, é vista como domínio do juiz, uma vez que está a serviço da formação do seu convencimento. Desta forma, o jurisdicionado, titular do direito de ação por determinação constitucional, ocupa um papel coadjuvante e secundário no processo. Mais uma vez, ainda, o contato com a emoção da parte aparece como comprometedor da racionalidade da decisão.

“Uma coisa extremamente contraproducente é quando é conflito de família. Ouvir a parte só serve pra fazer uma bagunça na tua audiência. Aliás, que os juizes de família sejam abençoados eternamente. Porque é terrível. É a hora que o juiz tem aquela dificuldade de exercer, ou tem que exercer o poder de polícia. Porque se ele não for seguro na atuação, é extremamente perigoso, porque as partes começam a prestar informações de sentimento e não de razão e atrapalham o andamento do processo. Então, esse contato com a parte é importante na formação do convencimento. Até pra própria composição é importante”. J6

Aparece novamente o dissenso existente no campo jurídico brasileiro a respeito do valor do contato com a parte. Alguns juízes, como ficou nítido no depoimento de J9 anteriormente transcrito, valoriza o contato com a parte dizendo-o indispensável; entretanto J6 diz que audiência em direito de família faz da audiência “uma bagunça”.

Mais uma vez fica nítido o dissenso no campo a respeito do assunto: nos próximos trechos, as representações dos juízes, muitas vezes desvalorizam o contato com a parte, especialmente quando o processo trata de matéria civil. O argumento justificador é o de que raramente este contato é decisivo para a formação do convencimento do juiz. Por outro lado, em alguns depoimentos é bastante clara, nos próximos trechos transcritos, a representação positiva da participação da parte no processo. No entanto, ela aparece como instrumento de convencimento do juiz e não como integrante de uma tentativa de composição do conflito que está sendo administrado. Assim, mesmo nos discursos que valorizam o contato com a parte, fica nítida a concepção de processo como instrumento do juiz e não como um direito da parte.

“Em alguns casos o contato com as partes é importante sim, em outros... depende realmente, mas não é a regra. O contato com a parte ser importante pro convencimento é exceção. Porque a maioria dos casos aqui, ao contrário, por exemplo, do criminal dispensa, a meu ver o contato com a parte. No criminal o contato com a parte é fundamental porque você vai analisar os fatos. Você analisa muito pouco o direito. Você vai ouvir se a pessoa cometeu o crime ou não, como foi, qual é a história. Isso tudo depende de prova fática, sem dúvida. Mas civil não. A pessoa entra querendo reduzir juros do banco. Eu não preciso ver a parte pra isso, eu preciso ver os contratos, eu preciso ver o extrato dele, eu preciso ver o que aconteceu e aí, sim, eu vou analisar uma questão da constituição legal, o que vale e o que não vale. Nesse caso especial tem uma discussão muito grande sobre anatocismo²⁰⁴, se ainda valem aquelas questões antigas ou não. Essa é uma discussão ainda grande no Tribunal.” J6

²⁰⁴ Segundo o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, anatocismo é substantivo masculino que se refere à capitalização dos juros de uma importância emprestada.

“Eu não preciso ver a parte. Existem muitas questões cíveis que, para decidir, eu não preciso ver a parte. Agora, por exemplo, família. Eu acho que família você já tem que ter contato com a parte. Depende muito da causa. Acho que a matéria cível é a que menos exige contato com a parte. Menos ainda é a Fazenda. Fazenda Pública, em geral, é revisão de INSS, mandado de segurança porque desobedeceu à lei, em geral é muito raro numa vara de Fazenda você precisar ver parte. Muito raro. Vara cível seria a segunda nessa escala.” J7

No relato que o julgador faz de sua própria atuação ele aparece como uma espécie de árbitro. A peculiaridade da situação é a de que se o acordo não sair, haverá julgamento. O julgamento funciona, assim, como um elemento “incentivador” do acordo. Em outras palavras, podemos afirmar que o acordo sai sob a ameaça do processo. O que se percebe é uma atuação semelhante a que tem o delegado em determinadas ocasiões descritas por Kant de Lima, nas quais ele funciona com um papel de árbitro entre as partes. (KANT DE LIMA, 1995:101)

As arbitragens feitas pela polícia da cidade do Rio de Janeiro ocorrem geralmente a pedido de uma das partes interessadas — ou de ambas. A atuação começa quando uma autoridade policial é solicitada a tomar providências porque alguém se julga lesado em seus direitos. Os conflitos de interesses prendem-se a assuntos que tanto podem ser de natureza criminal como da que a legislação brasileira classifica como não criminal (civil). A autoridade policial convoca as partes interessadas a comparecer à delegacia e procede à audiência das mesmas. (KANT DE LIMA, 1995:101)

Esses procedimentos — as audiências policiais — têm o mesmo nome usado nos inquéritos judiciais civis (audiências de instrução e julgamento) e terminam geralmente com um acordo entre as partes. Um dos principais argumentos usados pelo delegado para convencer as partes a chegarem ao acordo é a ameaça de serem envolvidos em um inquérito policial. (KANT DE LIMA, 1995:102)

“Muitas vezes costumo distribuir bombons na audiência. Serve pra celebrar o acordo ou pra quebrar o gelo. Procuo esperar para ver se o acordo sai. Eles sabem que se não sair eu vou bater o martelo. Às vezes o sujeito está exaltado. Às

vezes você senta na cadeira e deixa os dois baterem boca até... Só não podem sair no tapa. Mas eu deixo falar, falar, falar... E fico só observando. Nessa observação vou memorizando alguns pontos e depois vou discutir aqueles pontos. Isso faz parte do livre convencimento. Vamos supor que não se faça o acordo e tenha que julgar depois, aquilo tudo está na minha memória. Posso, sem me desviar da prova, ter uma opinião a respeito dos dois envolvidos. Facilita. É o livre convencimento.” J4

A preocupação demonstrada pelo julgador de “quebrar o gelo” e ganhar a confiança das partes como estratégia de descobrir a verdade para poder realizar um eventual julgamento, remete ao Manual do Inquisidor, mais especificamente para o oitavo truque recomendado ao inquisidor: “O herege continua negando? O inquisidor falará com ele delicadamente, tratando-o com benevolência ao comer e ao beber. Colocará junto com o herege alguns fiéis íntegros, que, frequentemente conversarão com ele sobre vários assuntos. Estes fiéis irão convencê-lo a abrir-se com eles, a contar-lhes tudo em confiança; darão conselhos para ele confessar a verdade e farão promessas de que o inquisidor lhe perdoará, e que eles é que serão os seus advogados diante do juiz. No final, se for necessário, o próprio inquisidor irá com estes fiéis até a presença do herege e ele mesmo fará a promessa de perdoar-lhe — e lhe perdoará, efetivamente, pois tudo o que se fizer para a conversão de hereges, é perdão; e as penitências são perdão e remédios. E, se o réu pedir perdão e confessar, deve-se responder que farão por ele ainda mais do que pede. A coisa se passará da seguinte maneira: com palavras vagas e generosas, de modo a obter a confissão completa e a conversão do herege, a quem farão, então, a gentileza de ministrar o sacramento da penitência.” (EYMERICH, 1993: 124)

O depoimento de um juiz entrevistado que transcrevo abaixo, mais uma vez evidencia o caráter inquisitorial do processo civil, pois também traz representações sobre a importância do contato com a parte e sobre a importância do contato do juiz com a própria emoção, via contato com a parte, para a formação do convencimento.

É importante frisar que neste caso, o contato com a emoção da parte é visto como um ponto favorável que vai contribuir para uma decisão acertada, sugerindo, inclusive, que o que está nos autos, simbolicamente seria “frio”, insuficiente para sua aproximação de uma verdade empírica. Ao mesmo tempo, está sugerindo que as

emoções expressas pela parte lhes são úteis na formação de seu convencimento. Logo, de algum modo, elas o contaminam. Diferentemente de outro julgador, que identifica perigo no contato com as partes, uma vez que as emoções delas podem contaminar a racionalidade da decisão, J9 avalia de maneira contrária, representando que a aproximação com as partes contribui da formação de seu convencimento. No entanto, o depoimento de J9 que se segue não reproduz ponto de vista que seja admitido predominantemente no campo. Assim sendo, o próprio entrevistado diz estar fazendo o “depoimento envergonhado”.

Fica claro ainda, que a representação que está no papel é a representação que o advogado faz da história da parte que ele representa. O juiz não percebe que aquilo que ele lê no papel é uma representação da representação, pois o que ele lê no papel é a representação dos fatos transpostos para o direito pelo advogado.

“E aí, é uma coisa muito engraçada... O método chega a ser até meio empírico. Fico até que meio com vergonha de falar isso... Tudo aquilo que a pessoa demonstra ali na hora, todas aquelas emoções que a pessoa demonstra, o comentário que ela faz com a outra parte ali na hora, aquilo tudo acaba te influenciando no julgamento. E aquela influência que eu trago da visão da parte, por isso que eu, pelo menos, tento sempre julgar vendo as partes ali na frente. Sempre eu tento fazer isso. Porque é com isso que eu vou verificar aquele papel [petição]. Eu tenho essa visão, o papel [petição] suporta tudo aquilo que você escreve nele... Pô, eu tenho esse documento aqui. Você lê aquele documento, é levado por aquele discurso da parte e você acredita naquilo que a parte está dizendo. Você lê o discurso, você lê a versão da pessoa, você lê o documento que ela juntou. Aí você olha aquilo e você vê: essa parte realmente... Ela tem razão. O meu convencimento é esse. Só que quando você está diante do caso concreto, das pessoas ali, você começa a colher dados que acabam fazendo com que você verifique que aquela noção, aquele seu convencimento anterior não era o convencimento verdadeiro, porque aquele convencimento foi totalmente abalado por aquele momento, [momento de contato com a parte] por aquela visualização daquele grupo interagindo e essa interação das pessoas é que faz com que a gente, com que

eu, pelo menos, consiga extrair dali uma idéia daquilo que eu devo usar para chegar a uma determinada decisão”. J9

É interessante notar que a imparcialidade do juiz não aparece ameaçada, na representação deles próprios, pela iniciativa probatória que lhes é permitida no processo. Todavia, o contato com as testemunhas e com as vítimas lhes parece sempre ameaçador à imparcialidade. No trecho abaixo transcrito, é nítida a preocupação com a imparcialidade das testemunhas e da vítima, como se estas tivessem o dever de ser imparciais. Ora, o dever de imparcialidade é do juiz e não da parte, nem da testemunha.

O discurso também revela a preocupação de saber qual é o interesse da testemunha. O julgador não aventa a possibilidade de a testemunha estar depondo para colaborar com a justiça e, com isto, cumprir seu dever cívico.

Mais uma vez é nítida a preocupação com a mentira, que se justifica tendo em vista que o propósito maior do julgador no processo é chegar à “verdade dos fatos” para assim poder fazer justiça.

“Eu trabalho com a elaboração da prova. Agora, como eu valoro a prova? Um pouco de objetividade, sim, sempre, mas muito de instinto. De ir lá, observar a testemunha, observar os termos ou palavras, por exemplo, que o perito utilizou para construir o laudo dele. Se as respostas foram objetivas o suficiente, ou se elas foram evasivas. Se elas foram de alguma forma tendenciosas, isso muitas vezes acontece, não só no depoimento da testemunha, no depoimento oral, mas também nos autos periciais, isso acontece também. Então eu procuro através da minha experiência prática de vida e de formação de convencimento, que é o que a gente está conversando agora, entender como é que o comportamento dessa pessoa se dá em relação ao quadro que ela está depondo, sobre o que ela está depondo. Porque ela está depondo daquele jeito? Toda testemunha tem um interesse. Eu procuro verificar qual é o interesse da testemunha naquela situação ali. Todos eles têm. Não há testemunha que seja absolutamente imparcial. Deveria ser. Não é qualquer testemunha que é imparcial. Você vai ouvir uma vítima, que não chega a ser testemunha. O

depoimento da vítima é uma coisa, da testemunha é outra. A vítima é tendenciosa. Ela persegue a condenação. Mesmo que o reconhecimento dela não seja seguro, ela força uma barra pra reconhecer. Pra trazer satisfeita aquela pretensão que é do Estado, mas que ela acha que é dela. A testemunha é a mesma coisa. Muitas vezes a testemunha vem ao juízo e diz: Eu sou testemunha de fulano, ou de sicrano'. Não é. **A testemunha é testemunha do juízo, do fato** (grifo meu). E essa é a primeira barreira que nós temos que vencer, de início quando ela te dá o depoimento pessoal e a prova testemunhal. Já é a primeira barreira, saber como essa testemunha está se colocando diante de um quadro, de fato. Você entende o que eu estou falando?"

J7

O trecho a seguir apresentado demonstra que o juiz entrevistado, como J9, representa como positivo o contato com a parte, uma vez que ele valoriza sua observação pessoal para discernir se a parte está ou não está dizendo a verdade. Mais uma vez fica evidente a importância que a “mentira” tem na construção da verdade processual, uma vez que a finalidade do processo é esclarecer a “verdade”. O ordenamento jurídico brasileiro só pune a testemunha mentirosa, tendo em vista que há previsão do tipo penal do falso testemunho. Todavia, se a parte mentir no seu depoimento não há qualquer consequência, o que quer dizer que o direito brasileiro admite como lícita a mentira da parte. A justificativa para tal permissão dada pelos operadores do campo é de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo.

“Então o contato pessoal é fundamental?”

“Imprescindível, pra mim. Até porque você faz uma leitura do corpo. Aliás, é um livro que eu sempre recomendo a todo profissional que atua na área, são dois que eu já li e gosto. Um é “O corpo fala” e o outro é “Decifrar pessoas”. É lógico que eu não sou profissional dessa área de psicologia e de psiquiatria, mas pra mim é importante isso, esse tipo de leitura. Eu acho que se o juiz tivesse que ler mais sobre psicologia, sobre sociologia e sobre antropologia pra entender o comportamento da vítima em razão da sua origem social, antropológica, racial, isso seria extremamente importante pra

formação da convicção. 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”. J7

Outra representação, nítida no depoimento a seguir, que é bastante comum entre os juízes, é a de que o contato com a parte é fundamental para a formação do convencimento em algumas matérias, em outras não. Assim, em matéria criminal ou de família, os julgadores tendem a valorizar mais o contato com as partes do que em matéria civil. Esta representação evidencia, ainda mais, o caráter inquisitorial do processo civil, uma vez que dele a parte é praticamente expelida e sua participação completamente desvalorizada.

“Mas enfim... O contato com as partes é importante pro convencimento?”

“Se houver necessidade... Há casos que tem necessidade pela peculiaridade. Em assuntos de família, não tem como resolver sem o contato com as partes. Eu quero ouvi-las, olhar olho no olho... Eu preciso saber quem é o pai, quem é a mãe. Às vezes tudo de ruim vem do pai; mas às vezes tudo de ruim vem da mãe. Às vezes o problema parece que é com o pai e é com a mãe. Outras vezes, o problema está nas crianças. Então é um negócio complicado. J11

No crime sim, o contato com a pessoa é importante. Mas não precisa ser um contato físico, não. Eu acho assim, no caso de estupro, por exemplo, o contato físico pode ser importante. Você precisa ver de perto a pessoa. É um crime com poucas provas, porque ninguém faz um estupro na Praça da Paz ao meio-dia, cheio de gente olhando. A escassez de provas é uma característica desse tipo de crime. A palavra da vítima é fundamental. Então você olhar pra vítima e ouvir o que ela está falando... Porque tem muita gente que... E aí você vai investigar e não é bem isso. Não foi bem isso que aconteceu. Ta cheio de casos aí. Então talvez seja importante, nesse

sentido. Mas há crimes que não necessariamente. No caso do sistema financeiro, eu não acredito que esse contato resolva muito. Esse é meu ponto de vista.” J11

O trecho abaixo transcrito faz referência às regras de experiência que o juiz pode usar para julgar de maneira subsidiária. Ao comentar este assunto, o julgador explicita uma representação da possibilidade de alguém desprezar-se de sua “experiência” para poder julgar com isenção.

O trecho faz menção ainda ao acesso a um saber revelado, quando se refere ao caboclo do candomblé, o que indica que o juiz ocupa uma posição transcendente ou, como está atribuído no trecho, uma função metafísica.

“Então eu acho que essa questão de deixar o juiz julgar com regras de experiência²⁰⁵ tem esse ponto que é complicado. Agora eu fico pensando assim, o juiz não vive numa bolha. Ele tem uma história, ele tem um passado e aquele passado vai influenciar ele na hora do julgamento. Tem gente que diz que isso é um absurdo, que na hora de julgar é como se o juiz fizesse a incorporação de um caboclo”. J9

“Aonde é que essas pessoas legitimam as suas decisões, sem esse discurso da lei?”.

“Aí é metafísico”. J9

“O que você acha, o juiz sendo o cavalo, quem é que ele incorpora? Qual é o santo que é incorporado?”

“Eu não sei. Eu já me perguntei isso. Eu pouco falo e muito observo. Então eu já percebi que muitas vezes o espírito incorporado é o legislador. A sensação do cara é que ele não quer saber do real. Ai é que eu digo que você acaba sendo um computador. Porque você vai olhar, isso eu encaro como uma fórmula matemática. Isso está em qual artigo? Está no tal. Então o fato é esse e o artigo é esse. Eu acho que as vezes quando a pessoa desincorpora do seu eu, deve ser uma coisa assim pro cara decidir. De onde que ele vai tirar fundamentação?” J9

²⁰⁵ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - ART. 335 - Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

V.3 DECISÃO SOLITÁRIA, A SUBJETIVIDADE DO JUIZ E O DISCENSO NAS DECISÕES.

A questão da subjetividade foi introduzida nas Ciências Sociais no século XIX e continua sendo discutida até hoje. Desde Hursell (1986), Max Weber (1974), Alfred Schütz (1993) entre outros. Contemporaneamente, Bourdieu (1990), Goffman (1983) e Foucault (2004), por exemplo, exploram a questão do componente da subjetividade nas ações humanas. Nessa tradição, não há ações propriamente neutras, pois, em todas elas, aparece presente o componente subjetivo dos atores sociais. Exemplo disso pode ser metaforicamente apropriado, na representação que atores diferentes fazem da mesma peça teatral escrita por um determinado autor. Por mais que o texto seja o mesmo, a interpretação dos atores acaba por dar a cada personagem características peculiares de sua pessoa. Este trabalho demonstra que ainda que os juízes tenham um domínio institucionalizado do saber relativo às suas tomadas de decisões, denominado por eles de saber “técnico”, suas decisões são, sem dúvida, marcadas por características pessoais. Este trabalho evidencia que as representações dos julgadores no campo do direito brasileiro, variam bastante e as entrevistas explicitam que eles estão pessoalmente reproduzindo a maneira como tomam suas decisões. De seus depoimentos depreende-se que a importância hierarquicamente privilegiada dos julgadores incentiva aspectos do desabrochar de interioridades pessoais específicas, uma vez que a divergência de interpretações legais e doutrinárias frequente, não lhes deixa oportunidade outra que não seja a de construir um discurso próprio sobre as suas decisões.

Neste contexto, a decisão do juiz é solitária, uma vez que a busca da “verdade real” os leva a mergulhar nos autos para encontrá-la. Entretanto, como tal verdade é inalcançável para qualquer ser humano mortal, são eles aparelhados pela crença no *princípio do livre convencimento* e na iniciativa probatória do juiz, ambos os institutos explícitos tanto no discurso legal como no discurso doutrinário. Entretanto, tais explicitações não lhes fornece um entendimento suficiente para justificar suas próprias decisões, o que ensejam as expressões pessoais de suas representações sobre os julgamentos que fazem.

Normalmente, o juiz se vê sozinho diante do que consta nos autos²⁰⁶. Para uns basta o que consta no processo, para outros – a grande maioria – é necessário amadurecer o seu convencimento com a produção de provas “do juízo”. O contato com as partes, para os julgadores que o valorizam, serve, como já vimos, para a formação do seu convencimento. Porém, sua decisão é sempre solitária, o que se depreende de várias entrevistas em que afirmam ser a decisão atividade indelegável e incompartilhável, ou seja, da exclusiva competência deles. A valorização das representações que fazem sobre seus atos de decidir, se por um lado os deixa em uma posição solitária, por outro reafirma a supremacia de seu poder no campo. Cumpre frisar que a subjetividade não se confunde com a parcialidade com falta de neutralidade.

Chama à atenção a representação que particulariza a formação do convencimento do juiz e a idéia de que a tomada de decisão tem que ser solitária, uma vez que cabe ao juiz e somente ao juiz decidir. Em muitos casos, notei que a palavra contágio ou contaminação apareciam nas justificativas dos julgadores, para esta necessidade de solidão no momento de decidir. Assim, a idéia é a de que o juiz tem que decidir sozinho cada caso, pois a opinião de outra pessoa a quem o julgador eventualmente recorra para discutir o caso e a decisão a ser tomada contaminará esta decisão.

Para demonstrar a explicitação da subjetividade da tomada de decisões, pontuo, no trecho abaixo transcrito, uma contradição que me chamou a atenção. Se por um lado J9 diz que o *princípio do livre convencimento* não é tão livre assim como sugere o julgador, dado o princípio da legalidade, está adstrito aos ditames da lei, por outro ele afirma que o juiz pode se convencer “sabe-se lá porque” com base numa única prova de todas as que foram apresentadas, o que sugere a decisão como uma escolha subjetiva do julgador e não como o resultado de um raciocínio lógico dedutivo.

“Eu acho assim, esse princípio tem que ser muito bem entendido, porque as pessoas pensam - isso é uma coisa do leigo - que o juiz pode decidir da cabeça dele, totalmente da cabeça dele. Assim, do nada. Ele pode inclusive ser contrário àquilo que é apresentado a ele.[provas] Na verdade, eu nunca vi

²⁰⁶ Os juízes cujos depoimentos foram transcritos nesse tese são todos juízes monocráticos, juízes de 1ª instância, por isto este capítulo trata da “decisão solitária”. Assim, esta pesquisa não tratou das decisões dos órgãos colegiados dos tribunais, tema que merece aprofundamento. No entanto, deve ficar claro que o livre convencimento também vigora em instâncias superiores de julgamento, no campo jurídico brasileiro.

qualquer juiz fazer isto, só no Tribunal do Júri. No Tribunal do Júri você vê que o cara matou mesmo, mas o jurado tem que ver a novela das oito e o defensor diz pra ele assim: Se você colocar ‘não’ no primeiro você vai embora mais cedo. Ele não quer nem saber o que é não. Ele coloca não e, apesar de tudo, o cara é absolvido por causa disso. Então, esse livre convencimento não é um livre convencimento totalmente livre. É um convencimento que tem um certo parâmetro. O parâmetro é aquele campo que o juiz tem na sua frente. Aquilo que a parte produz, aquilo que você [juiz] pede pra ser produzido, aquilo que você [juiz] vê. Então, eu acho que esse livre convencimento é relativo, não é tão amplo como as pessoas pensam que na verdade tem essa liberdade. Não é. Agora, claro que em cima daquilo que é apresentado você tem um livre convencimento. Porque você tem... sei lá. Cada um apresenta, a parte autora apresenta 10 provas, mas a parte ré apresenta uma e é em cima daquela prova que você acaba decidindo. Então eu acho que se existe esse livre convencimento que as pessoas dizem, eu acho que o grande problema do leigo com esse livre convencimento, que eu acho, é... Porque, na verdade ele pensa assim: Poxa, eu apresentei 10 provas pro juiz lá, meu processo está totalmente instruído e eu não ganhei porque o juiz foi acreditar na única prova que o outro trouxe. Então, eu acho que esse é o grande problema do leigo, porque no fundo ele acha que está sempre sendo lesado. Só que a gente sabe, isso é uma coisa minha, uma coisa íntima, [o convencimento] eu sei, que na verdade isso acontece. Porque às vezes a parte apresenta 10 provas e o juiz, sabe-se lá porque, já que nem sempre a gente consegue entender isso,[o processo decisório] acaba escolhendo, fundamentando exclusivamente naquela prova, única prova produzida pra aquela outra parte”. J9

Vários juízes afirmam, ainda que, muitos fatores externos ao processo influenciam na formação do seu convencimento num determinado processo. São fatores de várias naturezas, aos quais o juiz não está imune, na representação de muitos. O entanto, a influência de fatores externos ao processo no convencimento do juiz é

admitida por muitos, mas apresentada como um fator inevitável e negativo. No trecho de entrevista que se segue, o julgador relata um caso longo, mas extremamente importante, no qual fatores externos ao processo influenciam e chegam a determinar a decisão.

“De matéria criminal eu não gosto. Acho tudo muito repetitivo. Não há resultado, no exercício da jurisdição criminal, que me agrade. Quando eu estava lidando com matéria criminal nas varas do interior, eu achava que a legislação criminal era muito pesada para a realidade da roça. As punições e o sistema penitenciário são muito pesados para quem comete crime no interior. No interior, é muito comum existir um tipo de furtador que tem o apelido de “tralha” no jargão policial e forense locais. O “tralha” é o carinha que furta tudo. Ele não rouba, jamais usa a violência. Ele só furta. Furta roupas do varal, furta eletrodomésticos, furta bicicleta, furta o que aparecer pela frente. As cidades são pequenas, todo mundo se conhece e ele sabe quando não há ninguém em casa e passa a mão no que estiver pela frente. O que é interessante também é que ele tem identidade e fama na cidade e vira uma espécie de “bode expiatório”. Tudo o que acontece fica por conta do “tralha”, mesmo que não tenha sido ele. Trabalhei em Santa Maria Madalena e em Sumidouro. Sempre há um “tralha”. Todo mês tem sentença de “tralha”. São clientes assíduos. O que acontece é sempre a mesma coisa. Estes caras nunca têm um único processo por furto, pois são reincidentes contumazes. Na primeira condenação por furto, ele vai ter direito aos benefícios da lei 9099; no 2º, se o juiz forçar a barra, ainda consegue enquadrar na 9099, mas depois do 3º tem que mandar o cara para o sistema penitenciário. Aí ele vai cumprir pena de 3 (três) ou 4 (quatro) anos, não faz jus a *sursis* por ser reincidente. Antigamente, antes do programa da Delegacia Legal do Garotinho, ele cumpria a pena na delegacia local, do interior, e depois voltava para a rua e começava tudo de novo, mas o poder ofensivo não crescia. Garotinho, com o programa da delegacia legal, acabou com a carceragem nas delegacias do interior, mas

também não fez as Casas de Custódia que estavam previstas para estes casos de crimes de baixo potencial ofensivo. O resultado é que agora o sujeito tem que vir para o presídio aqui no Rio de Janeiro. Vou traçar o perfil do “tralha”. Na maior parte das vezes são analfabetos ou semi-analfabetos; nunca saíram da cidade onde nasceram; são caipiras; têm muito medo da violência do Rio de Janeiro. Com este novo sistema, este cara, uma vez condenado, vem para o presídio de Água Santa e, ao entrar, a primeira coisa que acontece com ele é que ele tem que escolher uma facção para se afiliar. Ele, com muito medo, escolhe qualquer coisa. Passado o tempo de cumprimento de pena, que é de dois anos mais ou menos, ele tem que voltar. Quando sai da penitenciária, sai junto com outro que é barra pesada, aí combinam de ir para o interior e ele leva o barra pesada para sua cidade. Chegando lá, entra no bar da cidade, ponto de reunião e de divulgação de informações e anuncia que é do Comando Vermelho. Não demorou meia hora para a cidade estar toda fechada. O comércio todo fechado e as pessoas recolhidas nas suas casas, porque o Comando Vermelho estava na cidade. Nesta ocasião, o Prefeito ligou para a juíza, que era eu, para que eu resolvesse o problema, porque ninguém tinha coragem de fazer nada contra o Comando Vermelho. Aí eu me reuni com a delegada e com o promotor para resolver o problema. A solução foi a seguinte: a Delegada registrou a ocorrência de ameaça e o promotor pediu a prisão preventiva por haver perigo à ordem pública. E este cara, vai se fazer o quê? É prisão perpétua para ele? O jeito é pegar um dos processos e condenar de novo. Evidentemente, uma situação como esta vai acabar com o livre convencimento porque agora o juiz tem que resolver o problema da cidade. O jeito, é buscar nos outros processos uma forma de condenar. E o meu livre convencimento? Foi para o espaço! E não é difícil condenar porque o “tralha” leva a culpa de tudo na cidade mesmo que não tenha nada com um determinado fato. Ele funciona como uma espécie de bode expiatório. “Antes eu achava que o sistema penitenciário poderia resolver alguma coisa, hoje tenho certeza

que para estes casos é completamente ineficaz e pesado demais.” J4

Por outro lado, um dos julgadores mencionou que houve, há algum tempo, no tribunal, estudos a respeito de um projeto que seria adotar o princípio da identidade física do juiz às avessas, de tal forma que aquele que instrísse o processo não fosse competente para o julgamento. A idéia que orienta esta tese, segundo o juiz entrevistado, é a de que o contato com a parte pode contaminar o julgamento do magistrado, ou ainda, exercer influência sobre seu convencimento, comprometendo a sua imparcialidade. Assim, mais uma vez, aparece o contato com a parte como um fator negativo que pode comprometer a imparcialidade do juiz. Cumpre, pois, chamar a atenção, aqui, para uma tensão existente entre a imparcialidade do juiz e influência que a parte pode exercer sobre o seu convencimento que aponta para uma outra tensão entre uma concepção de verdade jurídica construída consensualmente com a participação das partes, própria dos sistemas acusatórios de processo uma concepção de verdade jurídica ditada pelo juiz, própria dos sistemas inquisitoriais. Fica também demonstrado que existe uma tensão clara na representação dos juízes entre uma construção de verdade oral, característica dos sistemas acusatórios e uma construção de verdade escrita, característica dos sistemas inquisitoriais, em nosso sistema jurídico.

Nota-se, mais uma vez, que a influência da parte é representada como uma “má influência”. É nítida também a relação que o contato com as partes tem com o comprometimento da imparcialidade do juiz.

“Eu, particularmente, tenho dois questionamentos íntimos. Primeiro, o projeto que foi discutido há um tempo atrás de desvincular isso. O juiz que estivesse diante das pessoas não poderia julgar. Foi até na época que eu estava no mestrado da UGF. Muitos professores achavam que isso era a solução para todas as problemáticas dessa questão da decisão judicial, principalmente nessa área do direito civil. Eu tenho certa reserva em relação a isso porque o papel aceita qualquer coisa. Aquilo que é colocado por uma pessoa que não interagiu com a outra, como é que a pessoa vai decidir com base num papel... É o inverso oposto radical do princípio da identidade física do juiz. Eles queriam acabar com essa identidade física sobre o

argumento de que o juiz que tinha presidido a instrução acaba sofrendo certa influência do contato com a parte. Mas se não vier da parte, vai vir de onde? Aí é que está. Eles achavam que a imparcialidade estaria vinculada a esse não contato. Se a pessoa não tivesse o contato não estaria contaminada por uma possível parcialidade. Porque, por exemplo: o juiz se estressa com a parte. A parte é desrespeitosa. Então talvez, em virtude disso, ele tivesse uma tendência a julgar desfavoravelmente aquela pessoa em decorrência desse contato. Só que eu acho que isso é uma ilusão. Porque, o que vai acontecer? Essa é a minha visão, se você desvincula a pessoa que vai julgar do contato com a parte, o poder de convencimento dessa pessoa está extremamente enfraquecido. Porque ele só vai estar diante de um papel e aí o que vai prevalecer é o discurso. Aquele que tiver o melhor discurso, a parte que teve condição de contratar um advogado com o melhor discurso, é a que vai prevalecer. Porque você não vai verificar se aquele discurso que está sendo apresentado é um discurso que realmente tem uma base verdadeira”. J9

“Eu tenho colegas que dizem: Ah, não. Pra que audiência? Vamos julgar tudo antecipado porque se tem meios de julgar antecipado pra que eu vou marcar data na minha agenda. Colocar audiência pra caramba na minha agenda, ficar com a minha agenda entupida simplesmente pra ter um contato com a parte?... Só que sem esse contato com a parte você não chega a nenhum tipo de conclusão real daquilo que está acontecendo. E eu acho que a pior coisa que a pessoa pode ter é ela ter um problema e chegar ao Judiciário, onde ela esperava que fosse a solução do problema dela, e ela se sentir injustiçada. Aquilo é uma dor pra ela que é muito pior do que a dor que ela está sofrendo. É um insulto.” J9

Continuando a mesma fala, o julgador aponta o dilema entre a oralidade e a escritura presente na construção de verdade jurídica no sistema brasileiro, além de deixar evidente a tensão existente entre a proximidade entre o juiz e as partes e a

imparcialidade do juiz. Na representação deste julgador aparece o seguinte dilema: de um lado, a frieza do papel que não leva à formação do convencimento próxima da realidade e submete o convencimento do julgador à retórica do advogado; de outro lado, a observância do princípio da oralidade expõe o juiz à influência da emoção das partes — o que pode comprometer a imparcialidade do julgador – mas, faz o juiz chegar mais perto da “verdade dos fatos”, ainda que esta aproximação dificulte a fundamentação da decisão.

“O outro ponto que eu acho muito estranho e muito difícil pro juiz é o seguinte: a parte chega, ela apresenta as provas, você vê e lê o papel, o papel te dá uma orientação. Você chega uma conclusão. Poxa, eu vou fazer essa audiência, isso aqui é simples. Pelo que está me apresentando, a minha decisão vai ser num determinado sentido.” E quando você chega diante das pessoas pra ouvir o que ela tem a dizer você acaba chegando a conclusão de que aquilo que você viu no papel não era aquilo que você vê na realidade, ali diante das pessoas. E depois disso tudo é que você vai ter que decidir em relação aquilo que está ali no processo”. J9

Bárbara Lupetti conclui seu trabalho sobre princípio da oralidade nos tribunais brasileiros que: “É importante também explicitar as representações que informam e fazem atuar o princípio nas práticas judiciárias brasileiras. As distintas verdades produzidas nas instâncias processuais, entremeadas entre escritura e oralidade, fazem com que o sistema perca legitimidade perante a sociedade e, ademais, o alto grau de subjetividade expressado na legislação e nas práticas judiciárias permite que situações idênticas tenham representações e soluções distintas, dependendo da pessoa que pleiteia; do Juiz que aplica a norma; e da fase em que se encontra o processo”. (LUPPETI, 2007)

No trecho seguinte, o julgador fala da dificuldade de contato com as emoções das partes, tendo em vista que este contato dificulta a explicitação das razões que o levaram a decidir de determinada maneira.

O trecho denota uma tensão incômoda entre a objetividade que é exigida do julgador e a expressão de razões advindas de sua subjetividade que ele é obrigado a

explicitar para fundamentar decisões que se baseiam em impressões pessoais que ele teve a partir do contato com a parte.

É interessante também a alusão a uma iluminação, isto é, ao acesso a um saber revelado, que o ajudou a conduzir-se na decisão da causa.

Vale enfatizar que não há menção no discurso a uma preocupação do julgador de perguntar às partes pessoalmente o que elas queriam e porque tinham estas pretensões.

“Agora outro lance que eu acho que acontece muito é que este contato com a parte muda o ponto de vista da leitura do processo, porque depois que você tem esse contato, nesse ponto é verdade, você começa a ler o que está sendo apresentado pra você sob outra ótica. E isso é que acaba, às vezes, dando ao juiz uma conduta decisória que quem vai ler simplesmente o processo não vai conseguir entender a razão que levou o juiz a decidir de uma determinada maneira.

Resta, no entanto, a questão sobre quais evidências serão consideradas relevantes pelo juiz na sua livre apreciação da prova.

“Eu acho a possibilidade de interpretação importantíssima. Eu acho que é muito triste ouvir dizer, como eu já cansei de ouvir dizer, até mesmo por colegas de concurso: “Ah, mas é a lei. A lei é assim. Eu também não concordo, mas a lei é assim.” Eu acho que se o juiz é um instrumento, até mesmo de modificação do Estado. Por que existe a Justiça Federal? Por que a Justiça Federal foi criada num determinado momento? Ela foi criada num determinado momento em decorrência de um entendimento dos juízes estaduais com relação a alguns tópicos. Então, dizem que foi isso que fez com que a Justiça Federal acabasse sendo criada.

Então é muito pobre eu chegar, aplicar uma lei cegamente, sem saber se aquela aplicação da lei está solucionando adequadamente aquele caso concreto. Só porque eu tenho um papel escrito? Ah, mas é a lei. Aí, eles dizem assim: ‘Foi votado por representantes do povo e por causa disso a gente tem que acatar’. Aí eu tenho um outro problema, porque

a minha dissertação de mestrado demonstrou que a lei em nenhum momento foi criada por esses representantes do povo. O povo, na verdade, não influencia nada. Então, se o povo não influenciou em nada, por que eu vou ter que submeter o cara a uma decisão que é mera aplicação de um artigo totalmente fora de contexto. Eu estou negando com isso os direitos muito maiores que ele tem que é o direito a vida, direito a dignidade, etc. Então todos esses fatores acabam influenciando no meu convencimento. Todos. Eu sei que com isso eu tenho um problema. É o problema de você desconstruir o discurso que é apresentado. Isso é uma função que eu acabo tendo que fazer, de desconstruir a prova. Isso é trabalhoso, mas é gratificante. A partir do momento que eu tenho um convencimento de que a decisão mais acertada é aquela, eu vou desconstruir o discurso do cara ali. Eu sei que eu tenho que explicar àquelas pessoas o porquê de eu ter decidido daquela maneira, gostando eles ou não. E eu sei que aquilo está passível de um recurso, também.”

J9

É recorrente nos discursos analisados a idéia de que a decisão do juiz tem que ser tomada exclusivamente por ele, sem haja influência de qualquer pessoa ou fator externo ao processo. É muito freqüente a idéia de um possível “contágio” da decisão a decisão sofrer influência de algum fator externo.

“O livre convencimento do juiz não é tão livre assim porque afinal ele está preso ao positivismo e a lei. Depois os juízes estão presos ao entendimento dos tribunais e, por isto, não são tão livres assim. É por isto que juízes novos são tão conservadores!” Continuou a refletir e disse: “O trabalho do juiz é um trabalho muito solitário, o juiz fica preso aos limites dele próprio porque não tem com quem trocar. Ele fica preso ao que tem da vida própria vida dele!”(Serventuária do gabinete de um juiz)

O trecho acima transcrito foi parte de uma conversa que tive com uma oficial de gabinete de um dos juízes entrevistados enquanto eu esperava por ele para a entrevista.

Resolvi transcrevê-lo por achá-lo extremamente elucidativo da carga de solidão e subjetividade das decisões judiciais.

Os trechos que se seguem foram ditos por juízes e explicitam os mesmos pontos, trazendo algumas variações sobre o tema. O trecho abaixo revela um valor negativo atribuído às práticas de consensualização de decisões. A idéia de influência como algo negativo e contagioso aparecem com a palavra “inculcação de idéias.”

“Decidir é um ato solitário na maior parte das vezes. Raramente procuro saber a opinião de um colega a respeito de um determinado caso para me ajudar a decidir. Estes contatos são informais, normalmente feitos por telefone. Não acho que as práticas de consensualização fazem falta, pois elas trazem o risco de haver inculcação de uma determinada posição.” J3

O próximo trecho traz o dilema da decisão entre várias decisões possíveis e sobre a ponderação das possíveis ponderações sobre as implicações sociais de uma decisão. É comum a idéia de que o Judiciário deve tomar para si a função de realizar a justiça social privilegiando os “menos favorecidos” e “mais fracos”.

“Decidir é um ato solitário. Eu tenho uma figura super interessante pra isso. O desembargador F ele uma vez falou na minha posse aqui pra entrância especial, e foi uma coisa que eu acho sensacional, agora. Pegou aquela música do Peninha e disse exatamente o momento de decidir do juiz. “As vezes no silêncio da noite eu penso no antes, no agora e no depois”. Eu não consigo decidir sem identificar o que está acontecendo, o que eu vou fazer e o que vai acontecer daqui pra frente. Isso ficou marcante na minha vida. Tem coisas que você interpreta: “Meu Deus, posso decidir para os dois lados”. O código de defesa do consumidor me permite muito isso. Sempre que tiver alguma dúvida na interpretação vamos beneficiar o consumidor. O lado social que eu te digo. Então ele te bota em cima do muro. Vamos lá pro lado do consumidor porque ele é mais fraco”.

“Agora, que é um ato extremamente solitário, é. Muitas vezes extremamente desgastante. Dependendo da situação e dos

valores que estão em jogo, não é valor econômico, é o valor moral em jogo, é uma coisa extremamente desgastante.” J6

“Eu acho que o princípio complementa a atividade do julgador. Faz parte da atividade. Você quer saber se eu, analisando a prova, seu eu amenizo a minha dor de julgar com as informações que eu recebo. Eu tenho que julgar com isso. Essa é a forma que eu tenho realmente de viver, né. O juiz vive convencido pelas outras partes. Se não ele não vive. O juiz não pode sair por aí se convencendo. É complicado demais. Aí você não dorme”. J6

O trecho seguinte demonstra que a própria máquina judiciária brasileira impõe a decisão solitária uma vez que não cria mecanismos de consensualização de decisões. As práticas de discussão são tão pouco utilizadas, e a idéia de consenso é tão pouco conhecida que um dos julgadores desenvolve uma interessante idéia de formar um “consenso consigo mesmo”.

“Não é que discutir a questão com alguém atrapalha, é que a gente não tem com quem discutir. A pessoa que eu tenho mais contato aqui é a minha secretária, às vezes a gente até comenta alguma coisa, mas discutir casos mais complexos que realmente tenha que decidir não tenho ninguém pra conversar, porque a secretária pode até falar, mas realmente não é alguém que vá influir na minha decisão. E a gente não tem ninguém pra conversar, a gente não tem nenhum desembargador, não tem ninguém com quem a gente possa conversar”. J9

“Não. Eu fico pensando. Eu pondero todas aquelas informações que são apresentadas, tanto de uma parte, quando da outra. Se eu tive a oportunidade de entrar em contato com a pessoa, aquilo que eu vi, aquilo que eu verifiquei, eu vou comparar aquilo que está ali (escrito) com aquilo que eu vi e vou tentar chegar a um consenso de idéias na minha cabeça sobre o que realmente aconteceu. Qual é a situação daquelas pessoas.” J9

“Consenso seu? Com você? Você não está discutindo com ninguém?” “Não. Consenso meu, comigo mesma. Às vezes, pra isso serve muito dirigir. Porque quando eu estou dirigindo, eu entro às vezes no piloto automático e eu começo a pensar no caso que eu tenho que decidir. Às vezes eu vou dormir, não consigo dormir pensando naquilo. Às vezes eu vou dormir e durmo porque eu estou morta de cansada, mas aí no meio da noite eu acordo com uma coisa nova na minha cabeça sobre aquele caso. Às vezes eu saio, to cansada, vou ao cinema e quando eu volto eu leio de novo pra ver se tem alguma coisa ainda que eu não vi, que eu deixei passar, pra poder agregar nessa grande receita de bolo que você vai usar pra decidir depois. Isso é muito complicado.” J9

É muito comum os juízes fazerem menção às discussões “em tese” e mencionarem a formação de convencimento sobre matéria de direito, isto é discute-se qual a melhor interpretação de uma norma e não a decisão de um caso concreto ou da matéria de fato, objeto de prova num determinado processo. Na representação dos julgadores, especialmente dos juízes do Tribunal de Justiça do Estado, as manifestações indicam uma valoração negativa para qualquer prática de discussão de casos concretos. É como se assim o juiz estivesse delegando sua própria função e até mesmo sua investidura. A decisão passa, assim, a ser um problema que deve ser resolvido pela consciência individual de cada juiz.

“Esta questão da decisão solitária me interessa, porque tem sido recorrente”.

“O que eu falei não é exatamente de decisão solitária. O que eu falei é de intercâmbio. De informações. É você sentar na sua mesa de audiência e o promotor falar, por exemplo, que o STJ está decidindo assim ou assado naquele tema tal. Aí o Defensor diz. que o STF está adotando esta tese aqui Assim, o juiz tem sua atenção chamada para os temas e vai procurar estudar, vai procurar. Este intercâmbio é um gatilho, é o que dispara, é o que mantém o teu élan. Senão você perde o teu élan. A discussão fica em torno e das decisões mais recentes dos tribunais superiores, das novidades legislativas. São

questões modernas, porque os nossos colegas que fazem concurso são muito preparados. Os promotores daqui são excelentes. O nosso Defensor Público é professor de processo civil e tem uma mente espetacular. Então, estas pessoas te ajudam a crescer profissionalmente. Os Defensores Públicos e os promotores sempre trazem coisas novas. Assim como a gente também leva coisas novas para eles. Assim a gente vai intercambiando, criando as nossas orientações, os nossos precedentes do ponto de vista estritamente técnico, não estou falando da análise da prova nem de formação de convencimento. É lógico que acaba interferindo, porque a forma de interpretar a lei vai interferir de alguma forma na formação do seu convencimento. Agora, a questão de decisão solitária é outra coisa. Na formação da convicção eu não admito que haja participação do promotor e do defensor de jeito nenhum. Alíás, eu não admito que haja participação de qualquer pessoa. A formação de convicção é solitária mesmo. Porque a convicção é minha. A gente tem que partir do princípio que o Estado me paga para fazer isto, eu escolhi esta atividade, eu sou um profissional que está preparado para julgar solitariamente. O julgamento do juiz singular é solitário. Por isto que nós temos vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos, independência funcional, algumas inúmeras garantias como, por exemplo, não ser responsabilizado se não agir com dolo ou fraude, o que dá ao juiz a chance de errar. Então estas são coisas inerentes à minha atividade as quais eu não posso delegar, né?” J9

“Eu estou pensando na hipótese de formar o convencimento a partir do debate, a partir da discussão. Você não comenta nada com ninguém”.

“Indiretamente. Em tese. Senão eu estaria transferindo para outra pessoa a minha função. O que deve me influenciar: os valores que eu agrego e as provas que eu colhi. Pode até me atrapalhar. Se eu começar a ouvir um e outro e outro. Vai acabar me atrapalhando porque vai acabar me trazendo insegurança. São muitas informações. Não é importante que eu

tenha muitas informações, é importante que eu tenha as informações suficientes para decidir. Se eu começar a levar em consideração fatores extra autos, além de me prejudicar, eu vou prejudicar as partes atuantes no processo, os atores, e o próprio acusado. Então eu acho que essencialmente a atividade de julgamento é solitária. Nós temos dois meses de férias exatamente por isto: o nosso trabalho é diferente dos outros mesmo. É uma atividade... Se você levar a sério, como eu... Eu tive vários, vários, vários dramas de consciência.” J7

Malgrado a discussão e a busca de decisões consensuais não sejam valorizadas positivamente nas práticas decisórias e ainda que sejam invocados atributos como a intuição, o “feeling” e etc., o alto grau de subjetividade das decisões não é tampouco visto como algo positivo, o que indica que se aventa a possibilidade do juiz, para decidir, se isolar de qualquer “influência externa”. A “influência da subjetividade”, que poderia ser dito o grau de subjetividade é muito bem justificado no depoimento abaixo apresentado, fato que demonstra que não é exatamente “bem visto”. Há também, no mesmo trecho, uma curiosa representação de que o juiz pode ser um ser vazio de experiência.

“Agora, eu não nego e até me coloco aberta a crítica, que alguma experiência pessoal, às vezes, influencia no caso. O ideal é que não influencie, mas eu tenho desconfiança dessa colocação de que a gente não pode. Primeiro porque eu tenho uma lei dizendo que o juiz pode julgar de acordo com a sua experiência. A experiência é totalmente subjetiva. Ela pode ser uma coisa boa, como uma coisa ruim, porque se o indivíduo não tem experiência nenhuma a cabeça dele vai ser um vazio. O emocional dele vai ser um vazio e com isso ele vai deixar escreverem na consciência dele tudo aquilo que a outra parte quer que ele se convença. Então se eu nunca tive contato com plano de saúde, eu não sei se isso aqui acontece então a minha experiência é um vazio. Se a minha experiência é um vazio, eu vou deixar que aquele que for melhor de escrita, de discurso me convencer. E pior, é capaz de isso aqui passar a ser a minha experiência e eu acabar aplicando nos outros casos também.

Então eu acho que essa questão de deixar o juiz julgar com regras de experiência tem esse ponto que é complicado. Agora eu fico pensando assim, o juiz não vive numa bolha. Ele tem uma história, ele tem um passado e aquele passado vai influenciar ele na hora do julgamento. Tem gente que diz que isso é um absurdo, que na hora de julgar é como se o juiz fizesse a incorporação de um caboclo, uma espécie de um cavalo que recebe a entidade. Eu não sei quem é que monta, mas já me perguntei isso. Eu pouco falo e muito observo e já percebi que muitas vezes o espírito incorporador é o legislador. A sensação do cara é que ele não quer saber do real. Ai é que eu digo que você acaba sendo um computador. Porque você vai olhar, isso eu encaro como uma fórmula matemática. “Isso está em qual artigo? Está no tal. Então o fato é esse e o artigo é esse.” Eu acho que as vezes quando a pessoa desincorpora do seu eu deve ser uma coisa assim pro cara decidir. De onde que ele vai tirar fundamentação?” J9

Há ainda, um aspecto interessante que diz respeito ao peso que a tomada de uma decisão pode representar pessoalmente para o juiz e o quanto ela pode ser nociva para ele próprio, se o juiz pensar no alcance social da decisão.

“Mas você efetivamente não pensa no alcance da decisão na vida das partes envolvidas?”

“Não. Não penso, senão eu não consigo. Se eu for pensar que eu tenho que despejar uma família com 8 filhos que não tem pra onde ir, eu não vou trabalhar. Eu vou ter que parar com o meu trabalho. Então eu não penso. Então eu realmente me abstraio totalmente. É até uma frieza que a gente adquire, porque senão você não consegue trabalhar. Se você for dar um despejo a uma pessoa, despejo aqui é aos montes, pessoas que não pagam nada, não pagam há dois anos porque o cara está desempregado, mas o locador também precisa do imóvel, o imóvel é dele. Eu não tenho outra opção. Eu não posso simplesmente ignorar a propriedade do locador e deixar o locatário morando sem pagar. Eu não posso fazer isso. Mas se

eu for pensar que eu estou desalojando aquela família com filhos que não tem pra onde ir, eu vou ficar louca. Eu não vou conseguir trabalhar mais. Não vou conseguir dormir, não vou conseguir nada. Então eu me abstraio totalmente. Eu não penso. Eu dou uma sentença de despejo numa frieza total. É um papel. É uma coisa triste de dizer, é uma coisa até pouco caridosa. Você modifica a vida de uma pessoa e você não pensa nas conseqüências ou nela, mas eu acho que cada um tem achar uma forma de trabalhar e de viver. Se eu começar a pensar nisso eu... Quantas pessoas eu já desalojei da casa, quantas famílias eu já coloquei pra fora da casa. Se eu começar a ficar remoendo isso, eu não vou conseguir mais trabalhar. Mas a verdade é que eu também não posso fazer nada”. J8

No trecho abaixo, mais uma vez aparece a representação de que a decisão do juiz tem que ser solitária, e uma interessante concepção de que a atividade do juiz pode ser comparada a de um psicólogo, que ouve e depois decide a vida do cliente, sozinho. Segundo a representação deste julgador, o psicólogo sabe o que fazer com a vida do seu cliente, assim como o juiz sabe o que fazer com a vida do jurisdicionado.

“Você discute com alguém pra formar o seu convencimento?” “Tanto quanto um psicólogo discute. Chega um momento que ele decide a vida do cliente. Ou o psiquiatra, ou o psicoterapeuta... Ele decide o que fazer com o cliente. Qual a orientação. Uma vez eu ouvi uma mãe dizer que achava que o filho dela, ela era casada com um psiquiatra, e ela achava que um dos filhos tinha sido mal encaminhado pelo cara que fez a psicoterapia dele. E na verdade todos nós tomamos decisões de como atuar, de como fazer isso ou aquilo e quem tem que tomar decisões de caráter geral tem que parar a assessoria e decidir mesmo. Há uma tendência da sociedade brasileira de querer entrar na cabeça do juiz e querer dar a eles as regras de como é que ele tem que decidir. Mas então não precisa de juiz. Quando se faz a opção de ser um judicial, se faz a opção de ter esse tipo de conduta, porque o ser humano é indivisível. Se você escolhe um juiz, então é ele quem vai

decidir. É a mesma coisa com o corpo de jurados. Não dá pra querer controlar um juiz como se fosse um controle remoto”.
J11

“A maior dificuldade que o juiz tem hoje é exatamente decidir sozinho. O juiz precisa ser um homem solitário no momento da decisão. Porque ele tem que decidir de acordo com a sua consciência e não com a consciência dos outros ou com as pessoas externas J12

“O juiz tem que ser solitário. Ele tem que decidir e prestar contas da sua consciência e não com as pressões ou opiniões alheias. Então a idéia base é o seguinte, o juiz pode procurar fatores externos para o conhecimento intelectual. Qual seja, o esclarecimento sobre uma nova técnica, ou até controversas jurídicas, opiniões de fulano, beltrano, para questões doutrinárias, para questões jurídicas, normas técnicas. Agora, pra decidir efetivamente o destino daquela pessoa ele não pode sofrer pressões nem contaminações externas. Ele não pode dizer assim: “O que você acha?” J12

CONCLUSÃO

Este trabalho tem como objeto da representação dos juízes sobre *o livre convencimento*, a partir da análise de três discursos: o da lei, o da doutrina e o dos juízes entrevistados. O princípio do livre convencimento é categoria que, em princípio, informa a avaliação do material probatório no processo judicial brasileiro. No entanto, com base no material colhido em campo, conclui ser esta uma categoria dominante e fundamental no campo do direito brasileiro porque informa toda a prática decisória e ganha significações as mais diversas, que, muitas vezes se afastam completamente daquilo que está escrito nos manuais. Esta categoria entrelaça-se a outras também expressas no depoimento dos julgadores entrevistados, cuja articulação também é objeto das minhas reflexões aqui expostas.

Em conclusão de meu estudo, passo a elencar algumas conseqüências que me parecem relevantes relativamente ao impacto dessa categoria e das que lhe complementam na atualização de decisões judiciais. Tais decisões, dada a variação de entendimentos relativos ao *livre convencimento*, geralmente provocam a distribuição desigual de justiça para jurisdicionados, que experimentam conflitos semelhantes em suas vidas cotidianas. Esta 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 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 são visíveis, 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, esta separação não se verifica na prática, segundo os depoimentos transcritos, uma vez que a disponibilidade da iniciativa

probatória do juiz tem supremacia sobre o contraditório e sobre o princípio dispositivo, que determina, segundo a doutrina e a lei, que o ônus da prova cabe às partes.

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. Esta 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 deste 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.

O *livre convencimento* e suas categorias correlatas concedem ao juiz um destacado poder no campo jurídico brasileiro, uma vez que, antes de tudo, fica clara a sua supremacia sobre todos os que postulam no processo. Fica também evidente o seu poder de dizer o direito. Esta prerrogativa, no entanto, pode levá-lo a enfrentar uma luta regulada, da qual, nem sempre sai vencedor. Isso acontece quando sua decisão é reformada por instâncias superiores. Acrescenta-se, ainda, a disputa enfrentada pelos magistrados por promoções, sobretudo por merecimento, na qual o reconhecimento de sua atuação pelas esferas mais altas do Tribunal e suas relações

pessoais com tais instâncias da magistratura podem levá-lo a obter sucesso em sua pretensão de ascender na carreira²⁰⁷.

Além de sobreposicionado em relação aos postulantes – partes, advogados, defensores, procuradores e ainda o Ministério Público – o julgador também não se submete necessariamente aos ensinamentos doutrinários, particularmente quanto exercício do *livre convencimento* e, nesse sentido, contribui para o rebaixamento da doutrina que encerra o saber do campo e a reprodução socializada do saber jurídico. Nesse sentido, o poder do julgador fica unguído por um sobressaber, ou seja, um saber que está acima e além da doutrina e da lei, uma vez que como dito por J20 em sua entrevista, “quem diz o que a lei diz é o juiz.”

Vê-se, assim, que a administração institucional de conflitos no Judiciário brasileiro está, em grande parte, comprometida com o desfecho que os conflitos encontram nas sentenças.

No sistema processual brasileiro, o juiz tem, portanto, um lugar central e de certa forma, autônomo, uma vez que seus amplos poderes probatórios tanto no processo civil, como no processo penal e ainda no processo trabalhista, fazem com que, na prática, ele não dependa das partes para formar seu convencimento. Tal característica afasta o sistema brasileiro de construção de verdade processual de ser um sistema baseado na construção de consensos sucessivos. Sendo assim, as regras relativas ao ônus da prova tornam-se praticamente sem sentido, uma vez que o juiz não depende das provas produzidas ou sequer requeridas pelas partes, tendo em vista que pode e deve ele próprio produzir o que achar conveniente. O processo judicial brasileiro, como foi demonstrado, tem o objetivo de *descobrir a verdade dos fatos*, a *verdade real*, para que o juiz, tendo formado o seu convencimento possa, assim, fazer *justiça*.

Pelo que restou demonstrado nesse trabalho, os juízes brasileiros tratam o *livre convencimento* como um procedimento, que, como está dito por eles, tem aspectos voluntaristas e de poder com grande carga de subjetividade. O isolamento de nossos juízes para decidir é um ato de poder, corroborado pelo controle do juiz sobre o processo, por causa da *iniciativa probatória*, mola mestra para encontrar a *verdade real*.

²⁰⁷ As reformas ou aceitação de suas sentenças na esfera recursal podem influenciar positiva ou negativamente na ascensão de sua carreira. Lutas mais acirradas ainda ocorrem no campo na escolha dos componentes do quinto constitucional.

No Brasil, diferentemente do que provavelmente ocorre nos processos judiciais na França e nos EUA, onde o processo judicial pode ser visto como um ritual (GARAPON, 2003), o processo judicial assume feição particularizada que depende de cada juiz, uma vez que, como ficou demonstrado, na representação dos juízes brasileiros o *livre convencimento* é livre. Além disso, nossos juízes têm, segundo sua representação explicitada nas entrevistas, a “missão” fundamental de chegar à *verdade real* para terminar com o conflito que põe em risco a vida em sociedade, o que não existe, nem é objetivo visado pelos franceses, nem pelos norte-americanos.

Soma-se ainda ao exposto, como vimos nas entrevistas, que a lógica do contraditório e a valorização de várias interpretações diferentes da lei, não literais, fomentam o dissenso no campo jurídico brasileiro, o que permite ao juiz o convencimento livre também em matéria de direito.

Pelo exposto, podemos concluir que o processo judicial brasileiro, antes de ser representado pelos julgadores como a garantia das garantias fundamentais para o cidadão de um Estado Democrático de Direito, que tem no poder judiciário o guardião da efetividade dos direitos civis no nosso sistema, aparece como um instrumento do Estado para “dirimir os conflitos” – como se isto fosse possível numa sociedade de mercado, como a brasileira – já que estes são considerados, como demonstram as entrevistas colhidas, incompatíveis com a existência da sociedade.

Os juízes assumem assim, em sua representação, um papel muito importante que não é o de garantia dos direitos civis da cidadania, mas de garantidores da existência da própria sociedade ameaçada de extinção pelo conflito, o que lhes confere o “*poder-dever*” de “*descobrir a verdade*” e “*fazer justiça*”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Maria Stella de; KANT DE LIMA, Roberto; MENDES, Regina Lúcia Teixeira (Org.) **Ensaio sobre a igualdade jurídica: acesso à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, Introdução.

AMORIM, Maria Stella de; KANT DE LIMA, Roberto; BURGOS, Marcelo Baumann (Org.). **Juizados Especiais Criminais, Sistema Judicial e Sociedade no Brasil: ensaios interdisciplinares**. Niterói: Intertexto, 2003. Introdução.

AMORIM, Maria Stella de; Juizados Especiais na região metropolitana do Rio de Janeiro, in *Direito Federal – Revista da AJUFE nº. 86*. Brasília: AJUFE, 2006. 149-174.

BERMAN, Harold J. *Direito e Revolução. A formação da Tradição Jurídica Ocidental*. São Leopoldo. Unisinos, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era Dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1999.

BOURDIEU, Pierre. Campo Intelectual e Projeto Criador. In: Pierre Bourdieu. **Problemas do Estruturalismo**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968: 105-143.

_____. **Coisas ditas**. São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____. Sistemas de Ensino e Sistemas de Pensamento. In: Pierre Bourdieu. **A Economia das Trocas Simbólicas**. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1987: 203-229.

_____. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: Pierre Bourdieu. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: DIFEL, 1989: 209-255.

_____. A linguagem autorizada: As condições sociais da eficácia do discurso ritual. In Pierre Bourdieu. **A economia das trocas lingüísticas**. São Paulo: Edusp, 1996: 85-128.

_____. CHAMBOREDON, Jean- Claude. PASSERON, Jean- Claude. **O ofício de sociólogo.** Metodologia da pesquisa na sociologia. Petrópolis: Vozes, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 4ª. Ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho Procesal Civil y Penal.** Mexico: Editorial Pedagógica Iberoamericana., 1994.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

DAMATTA, Roberto. Você sabe com quem está falando? In: Roberto DaMatta. **Carnavais, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro.** Rio de Janeiro: Zahar, 1979: 139-193.

_____. **Relativizando:** Uma Introdução à Antropologia Social. 2ª ed. Petrópolis: Rocco, 1987: 11-58.

_____. **O que faz o brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1984.

_____. **A casa & a rua:** espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1985.

DAVIS, Shelton (org.). **Antropologia do Direito.** Estudo Comparativo de categorias de dívida e contrato. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

DERRIDA ,Jacques. **Força de lei.** Fundamento místico de autoridade. Coleção tópicos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

DEU, Teresa A. **Principio Acusatorio y Derecho Penal.** Barcelona : JMB, Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, 1995.

DUARTE JÚNIOR, João Francisco. A Realidade Científica. In: João Francisco Duarte Júnior. **O que é a realidade?** 10. ed. São Paulo: Brasiliense, 1984: 89-101.

EYMERICH, Frei Nicolau. **Manual dos Inquisidores.** (Directorium Inquisitorum) Brasília, Universidade de Brasília e Rosa dos Tempos, 1993.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder:** formação do patronato político brasileiro. Porto Alegre: Globo, 1958.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão.** Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O devido processo legal:** um estudo comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FIGUEIRA, Luiz Eduardo de Vasconcellos. **O Ritual Judiciário do Tribunal do Júri.** Tese de Doutorado. Programa de Pós Graduação em Antropologia da Universidade Federal Fluminense, 2007.

FOOTE-WHYTE, William. Treinando a observação participante. In: Alba Zaluar (org.) **Desvendando Máscaras Sociais.** Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A., 1975: 77-86.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: Nau, 2003.

_____. **Hermenêutica do sujeito.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. **Dez Anos Sem Frederico Marques.** In: Site do Superior Tribunal de Justiça.

http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/297/4/Dez_Anos_sem_Frederico.pdf

GARAPON, Antoine. **Bem Julgar:** ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

_____. **O juiz e a democracia:** o guardião das promessas. 2ª ed Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **O Juiz e a democracia.** O Guardião das Promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. PAPAPOPOULOS, Ioannis. **Juger en Amérique et en France:** deux cultures juridiques distinctes. França: Odile Jacob, 2003.

GERTH. Hans y WRIGHT MILLS, C., Caracter y estructura social. Buenos Aires: Paidós, 1963.

GEERTZ, Clifford. O Impacto do Conceito de Cultura sobre o Conceito de Homem. In: Clifford Geertz. **A interpretação das culturas.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1978: 45-66.

_____. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. In: Clifford Geertz. **O Saber Local.** Petrópolis, Vozes, 1998: 249-356.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro.** 3 v. 12ª. Edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 1996.

GOFFMAN, Erving. **A representação do eu na vida cotidiana.** Petrópolis: Vozes, 1983.

HUSSERL, Edmund. **A idéia da Fenomenologia.** Lisboa: Edições 70, 1986

JARDIM, Afrânio. **Direito Processual Penal:** estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

KANT DE LIMA, Roberto. Por uma Antropologia do Direito no Brasil. In: Joaquim de Arruda Falcão. **Pesquisa Científica e Direito.** Recife: Massangana, 1983: 89-116.

_____. Tradição inquisitorial no Brasil, da Colônia à República: da devassa ao inquérito policial. **Religião e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 16, n.1/2, nov. 1992: 94-113.

_____. **A Polícia da Cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Da Inquirição ao Júri, do Trial by Júri a plea bargaining: modelos para a produção da verdade e a negociação da culpa em uma perspectiva comparada Brasil / Estados Unidos.** Tese para o concurso de Professor Titular em antropologia do Departamento de Antropologia da Universidade Federal Fluminense. 1995-a.

_____. Pluralismo jurídico e construção da verdade judiciária no Brasil: inquirição, inquérito, júri. In: CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS: territórios da língua portuguesa – culturas, sociedades, políticas, IV, 1996, Rio de Janeiro. Anais. Rio de Janeiro, set. 1996: 165-171.

_____. **A Antropologia da Academia: quando os índios somos nós.** Niterói: EdUFF, 1997.

_____. Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In: Laura Graziela Gomes; Livia Barbosa; José Augusto Drummond (Orgs.). **O Brasil não é para principiantes.** Rio de Janeiro: FGV, 2000: 105-123.

_____. **Direitos Cíveis e Direitos Humanos: uma tradição judiciária pré-republicana?** São Paulo em Perspectiva, São Paulo, SP, v. 18, 2004-a: 49-59.

_____. **Igualdade, desigualdade e métodos de produção da verdade jurídica: uma discussão antropológica.** In: CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS: a questão social no novo milênio, VIII, set. 2004, Coimbra. 2004-b.

_____. Policia, justicia y sociedad en el Brasil. In: TISCORNIA, Sofía; PITA, María Victoria (Org.). **Derechos humanos, tribunales y policías en Argentina y Brasil: estudios de antropologia jurídica.** Buenos Aires: Antropofagia, 2005: 89-115.

_____. VARELLA, Alex. **Saber Jurídico e Direito à Diferença no Brasil: questões de teoria e método em uma perspectiva comparada.** Rio de Janeiro: Revista Ciências Sociais, UGF, vol. 7, n. 1, 2001: 38-65.

LIMA, Lana Lage da Gama. **Tradição inquisitorial jurídica em Portugal e no Brasil: o segredo e a construção da verdade.** In: CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS: territórios da língua portuguesa – culturas, sociedades, políticas, IV, 1996, Rio de Janeiro. Anais. Rio de Janeiro, set. 1996: 172-176.

_____. **O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição: o suspeito é o culpado.** **Revista de Sociologia e Política,** Curitiba, n. 13, nov. 1999: 17-21.

_____. **As contraditas no processo inquisitorial.** In: REUNIÃO DE ANTROPOLOGIA DO MERCOSUL, IV, 2001, Curitiba, 2001.

LUHMANN, Niklas. **Sistema y Funcion.** In: Izuzquia, Ignacio. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría.* Barcelona, Buenos Aires, México: Ediciones Paidós, 1990.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: lições introdutórias.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LUPETTI, Bárbara. **O princípio da oralidade às avessas: um estudo empírico sobre a construção da verdade no processo civil.** 2007. Dissertação de Mestrado em Direito – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.

MERRYMAN, John. **The civil law tradition. An introduction to the legal system of Western Europe and Latin América.** Califórnia: Stanford University Press, 1969.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil.** 3v. São Paulo: Bookseller, 1997 - a

_____. **Elementos de Direito Processual Penal.** 4v. 1ª. ed. Atualizada. São Paulo: Bookseller, 1997 - b

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status.** Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **O Princípio da Isonomia à Brasileira:** igualdade é tratar desigualmente os desiguais. 2003. Dissertação de Mestrado em Direito – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.

_____. **Brasileiros: nacionais ou cidadãos?** – estudo acerca dos direitos de cidadania no Brasil numa perspectiva comparada, in *Cadernos de Direitos Humanos 1, Direitos negados – questões para uma política de direitos humanos*, Rio de Janeiro: Centro de documentação da Secretaria de Direitos Humanos do Estado do Rio de Janeiro. Booklink, 2004: 94-121.

_____. **Igualdade à brasileira: cidadania como instituto jurídico no Brasil.** In Maria Stella de Amorim,; Roberto Kant de Lima; Regina Lúcia Teixeira Mendes, (Org.) **Ensaio sobre a igualdade jurídica:** acesso à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, João. **O processo criminal brasileiro.** 4ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, v. 1, título III,; 244-269.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. José Frederico Marques: O Professor, o Juiz, o Jurista e o Amigo. In **Temas de Direito Processual**, 3ª. Série, São Paulo: Ed. Saraiva, 1984.

_____. **O Novo Processo Civil Brasileiro:** exposição sistemática do procedimento. 20ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MOREIRA-LEITE, Ângela. **Em tempo de conciliação.** Niterói: EdUFF, 2003.

MOTA, Fábio Reis. O Estado contra o Estado: direitos, poder e conflitos no processo de produção da identidade "quilombola" da Marambaia. In: Roberto Kant de Lima (Org.). **Antropologia e Direitos Humanos**. 1. ed. Niterói: EdUFF, 2001, v. 3: 133-183.

MOUZINHO, Glaucia Maria Pontes. **Sobre culpados e inocentes**: o processo de criminalização e incriminação pelo Ministério Federal Brasileiro. Tese de doutorado apresentada ao PPGA- UFF. Niterói: Departamento de Antropologia o ICHF/UFF, 2007.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi!** A pesquisa sóciojurídica na pós-graduação em direito. in Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. **Direito legal e insulto moral**: dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

PINTO, Paulo Gabriel Hilu da Rocha. **Práticas acadêmicas e o ensino universitário**: uma etnografia das formas de consagração e transmissão do saber na universidade. Niterói: EdUFF, 1999.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. O Processo de Conhecimento. Vol. I. São Paulo: Saraiva. 4^a. Edição atualizada e reformulada. 3 vol., 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas do Direito Processual Civil**. 3v. São Paulo: Saraiva. 1995.

SCHÜTZ, Alfred. La construcción significativa del mundo social. Barcelona: Paidós Ibérica, 1993

SILVA, Augusto Santos. **A ruptura com o senso comum nas ciências sociais** in Augusto Santos Silva e José Madureira Pinto (orgs.) Metodologia das ciências sociais, Porto, Edições Afrontamento: 1989, p. 29-53

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Vol. I. Processo de Conhecimento 3ª. Edição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1996.

SIMON, Patrick . **Les sciences sociales françaises face aux catégories ethniques et raciales**. Annales de Démographie Historique. Paris: 2003 n° 1 p. 111 à 130

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. In Revista dos Tribunais. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1999.

TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Rio de Janeiro, Forense. 14ª. Edição, vol. I. 1995.

WEBER, Max. **Economia y sociedad**. Vol.1. México: Fondo de cultura econômica, 1964.

_____. **Sobre a teoria das Ciências Sociais**. Lisboa: Editorial Presença, 1974

ANEXO I

JUIZES ENTREVISTADOS RELACIONADOS POR ORDEM CRONOLÓGICA DA REALIZAÇÃO DE ENTREVISTAS	
J1	Juiz federal de execução fiscal
J2	Juiz federal criminal
J3	Juiz federal de execução fiscal
J4	Juiz estadual civil
J5	Juiz estadual criminal
J6	Juiz estadual civil
J7	Juiz estadual criminal
J8	Juiz estadual civil
J9	Juiz estadual civil
J10	Juiz estadual criminal
J11	Juiz federal civil
J12	Juiz estadual infância e juventude
J13	Juiz federal criminal
J14	Juiz do trabalho
J15	Juiz federal civil
J16	Juiz federal criminal
J17	Juiz federal criminal
J18	Juiz federal criminal
J19	Juiz estadual criminal
J20	Juiz federal civil
J21	Juiz estadual civil aposentado

ANEXO II

JUIZES ENTREVISTADOS AGRUPADOS POR JUSTIÇA (FEDERAL, ESTADUAL OU DO TRABALHO) E POR FUNÇÃO QUE EXERCEM HOJE	
Juiz estadual criminal	J5 J7 J10 J19
Juiz estadual civil	J6 J8 J9 J 21
Juiz estadual de família	J4
Juiz estadual da infância e juventude	J12

JUIZES ENTREVISTADOS AGRUPADOS POR JUSTIÇA E POR FUNÇÃO QUE EXERCEM ATUALMENTE	
Juiz federal criminal	J13 J16 J17 F18
Juiz federal civil	J11 J15 J 20
Juiz federal de execução fiscal	J1 J3
Juiz federal de juizado especial criminal	J2 J13 J16 J17 F18
Juiz do trabalho	J14

ANEXO III

JUÍZES ENTREVISTADOS AGRUPADOS POR JUSTIÇA E POR TODAS AS FUNÇÕES QUE JÁ EXERCEU	
Juiz estadual criminal	J5 J7 J10 J19 J4 J2 J4 J12
Juiz estadual civil	J6 J8 J9 J 21 J4 J2 J4 J5 J9
Juiz estadual de família	J4 J5 J9
Juiz estadual de registros públicos	J6
Juiz estadual da infância e juventude	J12 J4 J5 J12
Juiz estadual de falências	J4 J5
Juiz estadual de juizado especial criminal	J10
Juiz estadual de juízo único	J2 J4 J5 J6 J7 J8 J9 J10 J12 J19 J21
Juiz estadual de juizado especial civil	
Juiz federal criminal	J13 J16 J17 F18

	J2
Juiz federal civil	J11 J15 J 20
Juiz federal de execução fiscal	J1 J3
Juiz federal de juizado especial criminal	J2 J13 J16 J17 F18
Juiz federal de juizado especial civil	
Juiz do trabalho	J14

TESE APRESENTADA AO DOUTORADO EM DIREITO DA
UNIVERSIDADE GAMA FILHO, NO RIO DE JANEIRO, E APRESENTADA
A COMISSÃO EXAMINADORA COMPOSTA PELOS SEGUINTE
PROFESSORES:

Prof. Dr. Roberto Kant de Lima
Universidade Gama Filho – UGF
(Orientador)

Profa. Dra. Maria Stella de Amorim
Universidade Gama Filho – UGF

Profa. Dra. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva
Universidade Gama Filho – UGF

Prof. Dr. Luiz Roberto Cardoso de Oliveira
Universidade de Brasília – UNB

Profa. Dra. Juliana Neuenschwander Magalhães
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UFRJ

Prof. Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UFRJ

Rio de Janeiro, 22 de fevereiro de 2008.

Prof. Dr. Paulo Emílio Vautier Borges de Macedo
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito – UGF