

DILEMAS DA DECISÃO JUDICIAL AS REPRESENTAÇÕES DOS JUIZES BRASILEIROS SOB O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ E OUTROS PRINCÍPIOS CORRELATOS

Regina Lucia Teixeira Mendes*

RESUMO: O presente artigo é uma síntese da tese de doutorado DILEMAS DA DECISÃO JUDICIAL – As Representações dos Juizes Brasileiros sobre O Princípio do Livre Convencimento do Juiz e outros Princípios Correlatos que teve o objetivo de explicitar a representação de juizes brasileiros 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. Destacaram-se como via de ingresso e de compreensão, as representações dos juizes 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: This article is an overview of my Phd thesis DILEMMAS OF THE JUDGE'S DECISIONS – The Brazilian's Judges Representations on the Principle of Judge's Free

Convincement and other Related Principles aims to explain the representation of Brazilians' judges on the "princípio do livre convencimento" 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.

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

1. INTRODUÇÃO

Este artigo é uma breve exposição da pesquisa que realizei para a minha tese de doutorado apresentada no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Gama Filho. A tese teve por objetivo explicitar questões que despertam atenção e curiosidade de operadores jurídicos, de intelectuais e estudiosos voltados para reflexões sobre o direito brasileiro.

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 positivados. 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 que é um processo onde há maior participação do Estado. Contribui, ainda, para identificação da inquisitorialidade no processo penal, a existência do inquérito policial, procedimento que não está submetido às garantias constitucionais 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 e sobre o conflito nele deduzido. Tais prerrogativas dos julgadores, entretanto, trazem à tona aspectos inquisitoriais identificáveis em todos os ramos do processo judicial brasileiro, seja civil ou penal, contrariando, assim, a visão naturalizada dos operadores.

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, tem 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.”

“... 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!...”

Hierarquizados a seguir estão os doutrinadores, detentores de prestígio singular, pois são intérpretes das leis e das práticas autorizados no 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 este não se equipara ao dos julgadores.

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, já que estas são exclusivas dos juízes.

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 às do Judiciário.

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.

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 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 no âmbito do Judiciário.

O campo jurídico é constituído de um saber que é socializado a partir da formação universitária. Neste âmbito, a doutrina detém, como já mencionado, um lugar privilegiado, uma vez que encerra interpretações do ordenamento jurídico positivo, o que supostamente lhe conferiria função orientadora dos usos do referido saber. Tendo em vista que a legislação brasileira não privilegia interpretações literais³, nem consensuais, tais características abrem espaço para variadas interpretações doutrinárias. Alguns doutrinadores detêm maior reconhecimento do que outros, sendo, portanto, preferidos enquanto 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 em minha tese. Porém, nem sempre são estes e outros não mencionados 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, onde aquele fica submetido a este.

2. O PROBLEMA

Como se pode admitir, o campo do direito permite vasta exploração. Minha tese 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*⁴ 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. Assim sendo, minha tese resultou em reflexão

sobre três discursos entrelaçados, que 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 a minha pesquisa foram: que representações fazem os juízes sobre o *princípio do livre convencimento motivado*? 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 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*, inicialmente privilegiada em meu trabalho, mas que se refletiam sobre outras categorias jurídicas e, ao mesmo tempo eram dela indissociáveis. Trato tanto o *livre convencimento* como a *iniciativa probatória do juiz*, assim como *justiça*, *verdade real* e *imparcialidade* não como princípios jurídicos, mas como categorias que se articulam nos discursos analisados.⁵

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 do trabalho reside na perspectiva empírica da investigação, que é rara no campo jurídico, especialmente entre os estudiosos brasileiros. 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 jurídica⁶ diversa.

Construí o meu objeto livremente. Entretanto, ao iniciar minha pesquisa comecei a realizar 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.

Reinicie o trabalho de campo e surpreendentemente constatei que os juizes, 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.

As entrevistas, na maior parte das vezes - para minha surpresa - tiveram um tom intimista e coloquial, o que não é usual frente ao formalismo adotado neste campo. Constatei em todas elas que o fato dos interlocutores perceberem que eu era uma pessoa “de dentro do campo”, socializada em seu saber “técnico”, contribuiu muito para que eles passassem a falar de uma forma mais próxima e coloquial. Entrevistei juizes de diversas especialidades, por estar investigando uma categoria hegemônica do campo (o *livre convencimento do juiz*). A partir da análise do material levantado nas entrevistas na primeira fase da pesquisa, busquei identificar o significado da categoria objeto do trabalho para os operadores e 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.

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 apresentou ricas oportunidades de reflexão sobre a nossa forma peculiar de construção do saber jurídico.

No campo do direito brasileiro, a principal forma 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*.

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

O trecho do discurso de um dos julgadores transcrito abaixo se apresenta em descompasso com o discurso doutrinário que pontifica que o processo decisório parte da análise das provas e, por um processo dedutivo, chega a decisão.

“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.”

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.

No Brasil, o campo do direito apresenta peculiaridades, conforme demonstra minha tese. 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 bastante 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).

3. O LIVRE CONVENCIMENTO E PRINCÍPIOS CORRELATOS

Sendo o *princípio do livre convencimento* a idéia reitora do meu trabalho, esta categoria foi tratada a luz da legislação e da doutrina, particularmente privilegiando dois doutrinadores, porta-vozes reconhecidos no campo do direito processual brasileiro: Ovídio Baptista da Silva e José Frederico Marques. A análise do discurso do texto doutrinário relativo a este princípio revela que a nossa lei processual outorga ao juiz tão amplos poderes de decisão no processo que este pode inclusive dispensar os ensinamentos dos doutrinadores para

decidir. Sendo assim, inarredável a conclusão de que as decisões não são baseadas no saber, mas no poder.

A esta supremacia do julgador estão associadas outras categorias que a complementam tais como a de “*justiça*”, a de “*verdade real*” ou “*verdade dos fatos*”, a de “*iniciativa probatória do juiz*”, assim como a de “*imparcialidade*”, cuja a análise das articulações mais recorrentes e relevantes passo a expor.

3.1. *Livre Convencimento e Justiça*

Num exercício de decomposição do *livre convencimento* à luz da legislação e da doutrina, assim como nas representações dos julgadores, a relação entre o livre convencimento e as demais categorias que lhe são solidárias a exemplo da de “*justiça*” e de “*verdade dos fatos*”, tomei como pressuposto que a idéia de justiça é uma construção social variável no tempo e no espaço. Todavia, no campo jurídico brasileiro somos fortemente 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 que, como muitas outras acabam por constituir uma identidade cultural.

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. Entre nós, a categoria *justiça* aparece indissociavelmente ligada à categoria de *verdade real*.

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, concepção bastante comum e muito praticada no campo jurídico brasileiro. Se o mesmo conjunto de normas for adotado em sociedades diferentes, certamente ganharão significações distintas em cada um desses contextos sociais.

Em vários depoimentos de juízes aparece uma descrição de atividade decisória que não parte da prova dos autos, conforme recomenda a doutrina. Este exame é posterior a formação do convencimento do juiz que procura nos autos uma justificativa para a decisão que já está 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”.

Vê-se, assim, 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 seqüencial 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

acima transcrito, para que ela sirva de premissa e elemento justificador da decisão que já está previamente tomada.

3.2. *Verdade Real*

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.⁸ Desta forma, a sensibilidade jurídica brasileira, aponta, com uniformidade nos discursos da lei, da doutrina e dos juízes, para a descoberta da verdade como sendo o caminho privilegiado para a realização da justiça.

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. Todavia, as entrevistas demonstram que a decisão judicial não é parte de um raciocínio dedutivo, pois esta “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)

O procedimento adotado aproxima a atividade de julgamento descrita nas entrevistas 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*”.

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, na nossa sensibilidade jurídica a realização da justiça depende da descoberta da “*verdade real*”. Vale enfatizar, no entanto, que esta concepção do campo jurídico sobre a “*verdade real*” pré-existente está em contradição com as formas de construção de verdade nas ciências, tanto nas ditas ciências naturais como nas ciências humanas, uma vez que a ciência estranha a realidade dada, o que a leva a entender toda e qualquer verdade como verdade construída (BOURDIEU, CHAMBOREDON E PASSERON, 2004: 45-48 e 73-80). Assim, toda a verdade no saber científico resulta de uma realidade que é construída e consensualizada, o que não ocorre nas representações expressas nos discursos da lei, dos doutrinadores e dos magistrados.

Conclui-se, pois, que a “*verdade real*” é uma verdade auto-revelada, uma verdade dada, concebida pela formação do convencimento do juiz e por sua autoridade no processo.

3.3. *Iniciativa Probatória do Juiz*

Ainda que parte da doutrina, com base em interpretação dos princípios adotados na Constituição da República de 88 classifique o sistema processual brasileiro como um sistema

acusatório, tendo em vista que as funções de acusação e julgamento estão entregues a órgãos diferentes para garantir a *imparcialidade do juiz*, os amplos poderes probatórios atribuídos ao magistrado por nossa legislação processual dão ao sistema brasileiro cores inquisitoriais bastante fortes⁹ tanto no âmbito do processo penal, como no âmbito do processo civil.

Para chegar à *verdade real*, são atribuídos ao juiz amplos poderes probatórios a tal ponto que ele pode, até mesmo, mandar produzir provas sobre fatos incontroversos, isto é, sobre fatos que estão consensualizados entre as partes. É o que afirma Frederico Marques, baseado em FENECH.¹⁰

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 prevalece o objetivo de realização do direito penal material, enquanto no processo acusatório preponderante é a defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade do arbítrio do poder de punir, o que define o horizonte do mencionado processo.” (PRADO, 2006: 104)

Entretanto, nas representações da *iniciativa probatória* expressas nas entrevistas realizadas esta não aparece relacionada 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 entrevista 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, em matéria penal, processual penal, se o juiz 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 busca do que costumam chamar de verdade real. Eu acho que por esse dispositivo, 157, o juiz não tem limites na busca dessa verdade real.”

“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”.

Ainda que o discurso doutrinário diga que o ônus da prova é da parte, e que, portanto, ao juiz não é permitido ele próprio por sua atividade produzir prova, resta admitir que esta é uma idéia equivocada em nosso sistema, uma vez que a lei atribui expressamente ampla capacidade probatória ao juiz¹¹, como se vê no depoimento a seguir:

“Eu tenho uma opinião contrária a 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 as 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. 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.”

Nesse depoimento aparece a tensão existente entre parte da doutrina jurídica que acha que o princípio acusatório não admite a *iniciativa probatória* do juiz e as representações dos julgadores que acham que a *iniciativa probatória* do juiz é atributo indispensável para a atividade judicante no nosso sistema processual.

É importante esclarecer que, dentre os juizes 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 1988.¹²

“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, isto definitivamente não é ideal no processo penal.”

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 a efetivação da *justiça*. Por esta razão, a *iniciativa probatória* do juiz fica justificada e autorizada também no âmbito do processo civil.

“Eu tento não me influenciar exclusivamente com o papel. Eu tento extrair a verdade e eu acho que a verdade a gente só extrai¹³ ouvindo as pessoas, ouvindo aquilo que as pessoas têm a dizer.”

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 o convencimento do julgador. Sendo assim, fica ao alvedrio do magistrado aceitar ou não a produção da prova conforme entenda que ela seja necessária, ou não, para o seu convencimento. Portanto, provar não é um direito da parte, mas um ônus que lhe é atribuído formalmente e que tem a finalidade de contribuir, ou não, para o convencimento do juiz.

3.4. *Imparcialidade, Neutralidade E Subjetividade*

Seguindo o encadeamento das categorias indissociáveis do *livre convencimento*, destaco a esfera de liberdade do julgador na produção da prova processual e agrego discussões explícitas e implícitas sobre a *imparcialidade* e a *iniciativa probatória* do juiz.

Em acréscimo, apresento o avesso da discussão introduzida no ítem relativo à *iniciativa probatória*. Tal discussão recai sobre a *imparcialidade*, neutralidade e subjetividade da decisão judicial, aspectos presentes na atividade dos julgadores, não como indivíduos, mas 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.

O trecho de entrevista abaixo transcrito demonstra que, na representação dos juízes, a *iniciativa probatória* não compromete a *imparcialidade*. Ao contrário, ela aparece como indissociável e inerente à função do juiz. Todavia o trecho demonstra claramente que além da *iniciativa probatória* comprometer a *imparcialidade* do julgador, inverte a lógica do raciocínio decisório, isto é, o juiz, para formar sua decisão, 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; oficiar 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".¹⁴

Desse modo, a *imparcialidade* do juiz não aparece questionada nas entrevistas realizadas. Ela fica completamente dissociada da *iniciativa probatória* lhes é permitida no processo, o que pode torná-lo parte no processo. Já o contato do juiz com as testemunhas e com as vítimas é representado pelos julgadores como ameaçador a sua *imparcialidade*.

A questão da subjetividade foi introduzida nas Ciências Sociais no século XIX e continua sendo discutida até hoje. Desde Hursell, Max Weber, Alfred Schütz entre outros e, contemporaneamente, Bourdieu, Goffman e Foucault, 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. Entretanto, ainda que os juízes tenham um domínio institucionalizado do saber relativo às suas tomadas de decisão, denominado por eles de saber "técnico", suas decisões são, sem dúvida, marcadas por características pessoais. As representações dos julgadores, entretanto, variam bastante a respeito de interferências subjetivas em suas decisões.

Seus depoimentos destacam a posição hierarquicamente privilegiada que desfrutam e os aspectos do desabrochar de interioridades pessoais a eles específicas, uma vez que a divergência de interpretações legais e doutrinárias freqüente, 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*" o 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* que lhes é atribuída, ambos institutos explícitos no discurso legal e no discurso doutrinário.

Porém, tal elaboração não é suficiente para lhe conceder entendimento suficiente acerca da dimensão subjetiva presente em suas decisões. Eles percebem a própria dimensão subjetiva considerando-a incidente fatal e inevitável no curso de seus julgamentos, que resultam em decisões que exprimem o seu poder.

Chama a atenção nas representações aquelas que apontam para a decisão judicial como fruto de uma escolha pessoal, subjetiva e não como produto de uma operação neutra

e imparcial, tal como recomenda a doutrina. 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.

“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.”

CONCLUSÃO

A título de conclusão passo a elencar algumas conseqüências que me parecem relevantes relativamente ao impacto da categoria *livre convencimento motivado* e das que lhe complementam na atualização de decisões judiciais.

A descrição dos discursos doutrinário, legislativo e dos juízes, quer no campo do processo civil quer no do processo penal, apontam aspectos inquisitoriais do processo judicial, atribuídos usualmente exclusivamente ao âmbito criminal. Entretanto, o sistema de justiça brasileiro incorpora o inquérito, tanto ao processo civil como ao processo penal. A *iniciativa probatória do juiz*, admitida e valorizada tanto no processo civil como no penal, introduz nítidas características inquisitoriais ao processo brasileiro, uma vez que, segundo os discursos objeto da pesquisa, 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 exame do material colhido, o único caminho possível de se fazer *justiça*.

As decisões judiciais, 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. Tal situação, ainda que não afete internamente o campo jurídico brasileiro, não contribui para a credibilidade do Judiciário na nossa sociedade. A fragilidade do reconhecimento atribuído aos tribunais contribui para aumentar o afastamento entre o direito, a Justiça e a 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.

Geralmente, a inquisitorialidade costuma ser mais atribuída ao processo penal do que ao processo civil. No entanto, 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. Para os juizes entrevistados, entretanto, se torna impossível atingir o *livre convencimento* sem, a seu critério, buscar novas provas ou esclarecimentos sobre as que já constam dos autos. Normalmente, o juiz se vê sozinho diante do que consta nos autos¹⁵. 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.

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.

BOURDIEU, Pierre. **Coisas ditas**. São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____. 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.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

_____. **Hermenêutica do sujeito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a democracia**. O Guardião das Promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

- _____. PAPADOPOULOS, Ioannis. *Juger en Amérique et en France: deux cultures juridiques distinctes*. França: Odile Jacob, 2003.
- GEERTZ, Clifford. 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.
- KANT DE LIMA. **Direitos Civis e Direitos Humanos: uma tradição judiciária pré-republicana?** São Paulo em Perspectiva, São Paulo, SP, v. 18, 2004-a: 49-59.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 4v. 1ª. ed. Atualizada. São Paulo: Bookseller, 1997 – b
- 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.
- PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas do Direito Processual Civil**. 3v. São Paulo: Saraiva. 1995.
- TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. **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.

NOTAS

* Faculdade de Direito - Universidade Gama Filho - Rio de Janeiro - teixeiramendes@globocom

¹ O depoimento admite a falta de literalidade das leis no campo do direito brasileiro, uma vez que, apesar de estarem escritas, como disse o entrevistado " ...a lei não diz nada...".

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

³ Afirmo que legislação brasileira não privilegia interpretações literais, pois ela vale conforme a interpretação que lhe é dada pela autoridade judicial (KANT DE LIMA, 2004 a).

- ⁴ 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.
- ⁵ Foram entrevistados 21 juízes de diversas especialidades, tanto da Justiça Federal como da Justiça Estadual, bem como da Justiça do Trabalho.
- ⁶ Sensibilidade jurídica é conceito construído por Geertz para designar a noção de justiça em uma cultura. 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)
- ⁷ 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, mestre e doutora em direito. Frequentei durante alguns anos os cursos preparatórios para concursos públicos. Fiz vários deles para carreiras jurídicas. Hoje exerço o cargo de Oficial de Justiça da Justiça Federal de 1ª Instância, na 2ª Sessão Judiciária da Justiça Federal que inclui os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo. Além disso, sou professora da graduação em direito na Universidade Gama Filho há 9 anos, onde já ministrei várias disciplinas, dentre as quais Direito Constitucional e Direito Processual Penal.
- ⁸ Neste sentido, posicionam-se todos os doutrinadores citados neste trabalho.
- ⁹ 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)
- ¹⁰ 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.
- ¹¹ 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.
- ¹² Neste sentido (PRADO,2005)
- ¹³ 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 a efetivação da justiça.
- ¹⁴ Vale ressaltar o fato de que o juiz autor do depiemnto é 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 nitida, na representação deste julgador, a ligação que existe entre descoberta da verdade e a efetivação da justiça.
- ¹⁵ Os juízes cujos depoimentos foram transcritos nessa 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.