

COMISION DE TRABAJO 6:
ORGANIZACIÓN JUDICIAL. POLÍTICA JUDICIAL. ACCESO A LA JUSTICIA

del

XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociologia Juridica

“Problemas Sociales de Latinoamérica: Desafíos al Campo Jurídico”

**VERDADE REAL NO PROCESSO JUDICIAL BRASILEIRO:
UMA PESQUISA EMPÍRICA**

REGINA LUCIA TEIXEIRA MENDES DA FONSECA
teixeiramendes@globocom.com

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
UNIVERSIDADE GAMA FILHO
RIO DE JANEIRO - BRASIL

VERDADE REAL NO PROCESSO JUDICIAL BRASILEIRO: UMA PESQUISA EMPÍRICA

Regina Lúcia Teixeira Mendes¹

RESUMO

A presente comunicação trata das representações de juízes brasileiros colhidas em tribunais localizados na região metropolitana do Rio de Janeiro, acerca do princípio da verdade real e sua influência na formação de seu livre convencimento para a tomada de decisões, com o uso exclusivo de métodos antropológicos, particularmente do trabalho de campo e de entrevistas abertas com magistrados. As investigações contidas em 3 discursos distintos: o discurso da lei, o discurso da doutrina e o discurso dos próprios julgadores a respeito da categoria proposta. Visou, ainda, avaliar a maneira como as representações expressas pelos entrevistados interferem em suas decisões judiciais e, se essa interferência guarda relação com opiniões de jurisdicionados acerca da distribuição desigual da justiça, sobre bloqueio de comunicação com as partes, sobre impunidade, entre outros aspectos negativos que nutrem descrenças sobre a instituição judiciária.

Os depoimentos colhidos no trabalho de campo demonstram que os julgadores interlocutores consideram indissociáveis as categorias de “verdade real” e justiça, impondo assim ao juiz o dever de descobrir a “verdade real” ou a “verdade dos fatos” para então poder fazer justiça. Segundo os mesmos dados, as reflexões dos magistrados entrevistados são motivadas pela busca de uma “*verdade real*” inerente a cada caso apreciado. Consideram ainda que a solidão lhes permite percorrer o único caminho para administrar a *justiça* às partes em conflito. As narrativas que fazem desse caminho apóiam-se no princípio do *livre convencimento* e na *iniciativa probatória* que dispõem à frente do processo judicial sugerindo a presença de um tipo de subjetividade própria do *métier* que exercem, neles internalizada como um *habitus* que partilham com seus pares.

RESUMEN

La presente ponéncia se refiere a las representaciones de los jueces brasileños procedentes de los tribunales ubicados en la región metropolitana de Río de Janeiro acerca, principio la verdad sobre lo real y su influencia en la formación de su convicción de libertad para la toma

¹ Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho (2008), mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2003), possui especialização em Políticas Educacionais pelo Instituto de Estudos Avançados em Educação da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (1991), graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1989) e graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1982). Atualmente é docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em pesquisa empírica na área de justiça e cidadania, atuando principalmente nos seguintes temas: igualdade e justiça, prestação jurisdicional e processo judicial, construção da verdade em processos judiciais, igualdade jurídica e cidadania.

e-mail: teixiramendes@globocom.com

de decisiones con el uso exclusivo de los métodos antropológicos, en particular el trabajo de campo y entrevistas abiertas con los magistrados. La investigación contenida en tres discursos diferentes: el discurso de la ley, el discurso de la enseñanza y los discursos de los jueces con respecto a la categoría propuesta. Dirigido también evaluar cómo las representaciones expresadas por los encuestados interferir en sus decisiones judiciales, y si esta interferencia se relaciona con las opiniones judiciales acerca de la distribución desigual de la justicia, en la comunicación con el bloqueo de las partes sobre la impunidad, entre otras cosas desconfianza de alimentación negativo en la institución de procedimientos judiciales.

Los testimonios recogidos durante la presentación de trabajos de campo que los jueces son compañeros inseparables en cuenta las categorías de "verdad real" y la justicia, lo que impone la obligación del juez para descubrir la "verdad real" o la "verdad de los hechos", y entonces usted puede hacer justicia. Según estos datos, las reflexiones de los jueces entrevistados se sienten motivados por la búsqueda de una "verdad real" inherentes a cada caso estudiado. Además, consideran que la soledad les permite ir a la única forma de administrar justicia a las partes en conflicto. Las historias que hacen que este camino se basa en el principio de la libre iniciativa y pruebas convincentes de que tienen frente al proceso judicial, lo que sugiere la presencia de un tipo de oficio propia subjetividad está comprometido en ellos como un hábito interiorizado que comparten con sus compañeros.

PALAVRAS CHAVE: princípio da verdade real, desigualdade, igualdade e justiça, prestação jurisdicional e processo judicial, construção da verdade em processos judiciais, igualdade jurídica, cidadania.

PALABRAS CLAVE: Principio de la verdad real, la desigualdad, la igualdad y la justicia, el juicio y el enjuiciamiento, la construcción de la verdad en los procesos judiciales, la igualdad legal, la ciudadanía.

INTRODUÇÃO.

Este trabalho tem o objetivo de discutir e demonstrar, a partir da análise do discurso da doutrina jurídica brasileira e dos atores sociais envolvidos na construção da verdade jurídica, mais especificamente, os juízes, a relação entre a representação do princípio da verdade real e a representação do princípio do livre convencimento motivado do juiz, suas formas de atualização nas sentenças judiciais e a influência desta atualização na reprodução da desigualdade jurídica que se verifica no ordenamento objetivo brasileiro.

Para analisar as representações dos atores sociais diretamente envolvidos na construção da verdade jurídica processual em nossos tribunais acerca do princípio da verdade real e sua estreita ligação com o princípio do livre convencimento motivado do juiz decidi analisar primeiramente como a doutrina jurídica brasileira trata do tema e introduzir algumas considerações sobre o processo judicial de conhecimento e a construção da verdade jurídica para, no momento seguinte, contrapor com algumas notas colhidas no campo.

METODOLOGIA

Este trabalho é parte de uma pesquisa mais ampla que teve o objetivo de demonstrar e explicitar as articulações do princípio do livre convencimento do juiz – categoria norteadora da tomada das decisões pelos julgadores - com outras categorias com as quais se articulam para explicar a lógica e a mecânica da prática da tomada de decisão pelos juízes, vista por eles próprios.

A doutrina jurídica brasileira afirma que o processo judicial nada mais é do que um conjunto de atos do Estado-juiz, quando provocado que, pelo menos nominalmente, tem por finalidade conhecer o conflito de interesses exposto pelas partes à sua apreciação para, a partir deste conhecimento, elaborar uma norma jurídica que venha solucionar ou a administrar este conflito. O conflito resulta de determinados fatos que tem que ser provados para que seja possível a concretização na norma jurídica objetiva na decisão final. Desta forma os princípios e os métodos usados pelo Estado-juiz para a apreciação da prova são fundamentais para a construção da verdade jurídica (SANTOS, 1995).

Assim, a verdade processual é, como todas as demais, uma verdade construída socialmente, precária e local por definição.(FOUCAULT, 1998) No entanto, não é esta a concepção de verdade jurídica que se depreende da leitura da doutrina processual brasileira que insiste em pretender descobrir, pela via do processo, uma “verdade real”, que deve estar em algum lugar esperando para ser descoberta.

Segundo Ernani Fidélis dos Santos, 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.(SANTOS, 1996) Fato, por sua vez, é matéria de prova e prova, é a confirmação do fato alegado. Somente os fatos devidamente comprovados deveriam servir para a construção de uma sentença, que seria a aplicação da hipótese legal ao caso concreto descrito no processo.

Segundo Moacyr Amaral Santos, “não se encerra o ciclo probatório com a produção das provas. Com a produção completa a parte propriamente processual da instrução. Até então tudo ou quase tudo, no processo probatório, é movimento, é contato entre o juiz e partes com matéria perceptível, com pessoas, coisas e documentos, que afirmam ou atestam fatos. Com a produção das

provas se aparelha o processo daquilo que permite ao espírito persuadir-se da verdade com referência à relação jurídica controvertida: está fornecida a prova no sentido de *elemento de prova* (SANTOS, 1995).

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

No direito brasileiro, a “verdade dos fatos” é entendida como uma “verdade real”, existente *a priori*, ainda que desconhecida, o que justifica uma investigação minuciosa a seu respeito, uma vez que, 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 FENECH² (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 julgador debe llegar a la verdad de los hechos tal como ocurrieran historicamente, y no tal como quieran las partes que aparescan realizados.*”³ 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

² *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.

³ O julgador deve chegar à verdade dos fatos, tal como eles ocorreram historicamente, e não como as partes querem que eles pareçam ter acontecido.

suspeito. Neste ponto o autor cita novamente VINCENZO MANZINI⁴ 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 incontrovertidos 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 incontrovertidos*’(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)⁵, dizendo que essa regra geral está, no entanto, sujeita a algumas exceções. O direito estrangeiro e o direito consuetudinário podem ser objeto de prova. E o mesmo se diga do direito emanado das autarquias no uso de seu poder regulamentar, e ainda de portarias, instruções, ordens internas e disposições disciplinares de repartições públicas, secretarias de Estado e ministérios (MARQUES, 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

⁴ *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.

⁵ *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.

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).

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 nisso, 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 88⁶, 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 *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

⁶ **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.

construída. Por outro lado, os sistemas que privilegiam a descoberta da verdade real descartam a conciliação.

A iniciativa probatória do juiz aparece, justificada pela busca a verdade real, 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, as categorias justiça e “verdade dos fatos” estão permanentemente associadas no discurso dos juízes quando descrevem suas práticas de julgamento, de tal forma que os juízes explicitam que sem a descoberta da verdade real, eles ficam impedidos de fazer justiça.

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 defesa, está voltado para a conformidade da decisão jurisdicional em um caso concreto; é exercitado por pessoa ou órgão distinto daquele constitucionalmente incumbido de julgar; não se limita a iniciar o processo, pois o autor pretende ver a pretensão que deduz reconhecida, embora o não-reconhecimento não implique afirmar a inexistência do direito de ação; inclui, por certo, o direito de provar os fatos que consubstanciam a acusação deduzida e de debater as questões de direito que surgirem; a acusação integra o direito de ação e, na medida em que dela se defenderá o acusado, delimita o objeto da contenda, tal seja o objetivo pretensamente litigioso do processo; e, por fim, legitima o autor a preparar-se adequadamente para propô-la, na medida em que afetando o *status dignitatis* do acusado, não deve decorrer de um ânimo beligerante temerário ou leviano, mas fundar-se em uma justa causa⁷” (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.

⁷ Por justa causa o autor entende indícios de autoria e da existência da infração penal.

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

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

“E 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 Penha⁸, 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. 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 Civil⁹, vigora, entre nós, para valoração da prova, o *princípio do livre 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

⁸ 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.

⁹ 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.

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 15710 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 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

¹⁰ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL Art. 157 - O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

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. 1).

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 FLORIAN¹¹. Segue citando outro autor italiano, CAPAGRASSI, in *Giudizio, Processo, Cienza, Verità*, de 1950¹², 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 no sistema processual civil são nítidas, uma vez que a finalidade do processo, em ambos os casos, é descobrir a verdade do que aconteceu, a dita “verdade dos fatos”, por ser este, segundo o que se concebe no campo jurídico brasileiro, o único caminho possível de se fazer justiça. Assim, a busca da verdade real orienta tanto o processo civil como o processo penal no Brasil.

A representação dos doutrinadores sobre a verdade processual não encontra grande discrepância nas 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,

¹¹ A obra citada foi *Elementos de Derecho Procesal Penal* de Eugênio Florian, pp. 308-309, de 1934. Não há na bibliografia qualquer referência à editora da obra.

¹² Não há na bibliografia apresentada no final do volume qualquer referência a este autor nem à sua obra ou à editora dela.

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 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 verossimilhança¹³ 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:

“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.¹⁴ Cansêi 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).

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 integra a disputa pelo sucesso da causa e da construção de uma verdade na qual houve efetiva participação das partes.

¹³ 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.

¹⁴ 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.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

Uma análise detida dos depoimentos colhidos permite ensaiar o percurso do raciocínio dos julgadores sobre o modo como atualizam o *livre convencimento*. Na tentativa de compreender a fenomenologia da mente dos julgadores, na fase do exercício do *livre convencimento motivado*, o juiz necessariamente é levado a questionar a prova que está nos autos, pois, segundo sua representação, ele só poderá fazer justiça se souber a “verdade real”. 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.

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 acerca da verdade real do caso concreto*, 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, a busca da verdade real, 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.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BOBBIO, Norberto. A Era Dos Direitos. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra.
- BOURDIEU, Pierre. CHAMBOREDON, Jean- Claude. PASSERON, Jean- Claude. O ofício de sociólogo. Metodologia da pesquisa na sociologia. Petrópolis: Vozes, 2004.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria Geral do Processo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel (1998). A Verdade e as Formas Jurídicas. Rio de Janeiro, Editora Nau.
- KANT DE LIMA, Roberto. Direitos Cíveis e Direitos Humanos: uma tradição judiciária pré-republicana? São Paulo em Perspectiva, São Paulo, SP, v. 18, 2004-a: 49-59.
- 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
- PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- SANTOS, Ernani Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil. O Processo de Conhecimento. Vol. I. São Paulo: Saraiva. 4ª. Edição atualizada e reformulada. 3 vol., 1996.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas do Direito Processual Civil. 3v. São Paulo: Saraiva. 1995.
- SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil. Vol. I. Processo de Conhecimento 3ª. Edição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1996.