

INQUISITORIALIDADE NO PROCESSO JUDICIAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO¹

Regina Lúcia Teixeira Mendes

Analista Judiciária - Executante de Mandados

Pesquisadora Associada do Programa de Pós-Graduação em Direito - UGF/RJ

RESUMO

O artigo trata de representações de magistrados brasileiros sobre o princípio do *livre convencimento do juiz* e as articulações desta categoria com poderes probatórios conferidos aos julgadores no processo judicial brasileiro. Foram utilizados métodos antropológicos aplicados ao campo do Direito, especialmente o trabalho de campo e entrevistas abertas com magistrados em exercício nos tribunais estaduais, federais e do Trabalho, todos sediados no Rio de Janeiro. A metodologia permitiu trabalhar as categorias expressas nos depoimentos colhidos, sendo a principal delas o “livre convencimento”. De acordo com o material colhido, boa parte dos magistrados reconhece que esta categoria lhes confere poder e liberdade para decidir e admite que, na condução do processo, a função principal do juiz é buscar a *verdade real*, vista por eles como único caminho para a realização da *justiça*, por sua vez alcançada em razão dos amplos poderes probatórios do julgador, identificados no campo jurídico brasileiro pelo conceito “iniciativa probatória”. As representações a respeito desta categoria, no entanto, não são por eles relacionadas com o caráter inquisitorial do processo tampouco como contrárias aos princípios acusatório e da presunção de inocência. Tais princípios ficam imunizados pela prática decisória que adotam, e as categorias de que se valem passam a ter supremacia nas representações sobre seus próprios atos decisórios.

PALAVRAS-CHAVE

Princípio do livre convencimento. Acesso à justiça. Processo judicial. Direitos fundamentais

SUMÁRIO

1 Introdução 2 justiça e saber local 3 a verdade processual: uma verdade controvertida 4 sistema acusatório e iniciativa probatória do juiz 5 Sistema inquisitorial e iniciativa probatória do juiz 6 o princípio da verdade real como reitor da construção da verdade jurídica 7 Conclusão 8 Bibliografia

¹ Recebido em 16/10, aprovado em 12/12/2008 e aceito em 16/3/2009.

ABSTRACT

The article deals with representations of Brazilian prosecutors on the principle of freedom of belief of the judge and the joints in this category with powers conferred on probation in the Brazilian judicial process. Anthropological methods were applied to Law, especially the fieldwork and open interviews with judges in state courts, Federal Justice and Labor Justice, all based in Rio de Janeiro. According material taken from the judges recognize that this category gives them power and freedom to choose and acknowledge that, in conducting the proceedings, judge's primary function is to seek the *real truth*, which they view as the only way for the realization of justice, achieved due to the wide powers of probation judge, identified in the legal category initiative by the Brazilian evidence. The representations on this category, however, are not they related to the character of the inquisitorial process, nor as accusatory and contrary to the principles of presumption of innocence. These principles are immunized by past decisions to adopt, and the categories that rely replaced by absolute supremacy in the representations about its own making acts.

KEYWORDS

Free conviction principle. Access to Justice. Judicial Process. Fundamental Rights.

SUMMARY

1 Introduction 2 Justice and local knowledge 3 The procedural truth: a controversial truth 4 Accusatorial system and judge's evidential initiative 5 Inquisitorial system judge's evidential initiative 6 The truth principle as rector of legal truth building 7 Conclusion 8 Bibliography

1 Introdução

Este artigo tem por objetivo demonstrar o caráter marcadamente inquisitorial do processo judicial brasileiro, tanto no âmbito do processo penal como no processo civil.

Metodologicamente, lancei mão da análise de três discursos que se entrelaçam a respeito do *livre convencimento do juiz*: o da legislação; o da doutrina; e os dos juízes entrevistados; e sua articulação com outras categorias que lhe são solidárias a exemplo da de “justiça” e de “verdade dos fatos” e a “iniciativa probatória”, as quais aparecem articuladas de forma consensual e indissociável na representação dos julgadores entrevistados:

Essa é a função do juiz. A função do juiz não é simplesmente olhar para o papel e ver qual é a melhor peça produzida pelos advogados, quem escreveu melhor, quem é que produziu a melhor prova e dar a sentença com base nisso. É procurar a verdade dos fatos. É procurar fazer justiça. Isso eu acho realmente que é o papel do juiz. E se o juiz tiver que produzir uma perícia, por ordem sua, mesmo que as partes não tenham requerido, 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, eu mando produzir (J9) ²

2 Justiça e saber local

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

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

O caráter essencialmente convencional e precário da idéia de justiça faz com que o reconhecimento de uma solução como 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. A análise de dados colhidos em pesquisa qualitativa demonstra que as categorias “justiça” e “verdade” são ligadas e articuladas indissociavelmente no pensamento dos julgadores brasileiros, como demonstra a transcrição abaixo:

Então eu acho que, no meu caso específico, isso é uma coisa muito difícil porque, pra mim, julgar é chegar à verdade, só que essa verdade nunca é única. A verdade é muito difícil. Por quê? Quando eu atuei em vara de família eu via isso. A parte que chegava lá, a mulher, ela tinha a verdade dela, e a outra parte jurava que a história era completamente diferente. E é com base nesses fatos que o juiz tem que decidir. Então, na verdade, eu tenho a sensação de que o juiz nunca vai chegar a uma verdade absoluta. Porque ele vai chegar a nossa verdade com base naquelas verdades apresentadas e isso a gente sabe que gera uma série de variantes.

² Os códigos correspondem aos juizes entrevistados.

Primeira variante: será que a parte teve meios de apresentar tudo aquilo que ela poderia apresentar? Será que ela teve uma assistência boa pra chegar ali e apresentar toda a verdade dela? Então, às vezes, a verdade que ela apresenta não é a verdade que ela vê.³ Cansei de ouvir a parte chegar pra mim e dizer: “Poxa! Mas eu tinha tanta prova pra produzir pro senhor chegar a essa conclusão que o senhor falou, e eu não tive essa oportunidade.” Então esse é um problema. (J9)

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

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

Segundo o autor, não obedecemos às leis porque são justas, mas porque têm autoridade. A autoridade das leis está no crédito que a elas concedemos. Acreditamos nelas, e este ato de fé é o seu único fundamento ontológico ou racional. A justiça, no sentido jurídico, não está simplesmente a serviço de uma força, de um poder social, econômico, político ou ideológico exterior a ela, ao qual ela deva se submeter ou se ajustar, segundo a utilidade. A operação de fundar e justificar o direito, fazer a lei, consiste num ato de força, numa violência performativa e, portanto, interpretativa que, em si mesma, não é nem justa nem injusta e da qual nenhuma justiça e nenhum direito prévio e anteriormente fundador podem nem garantir nem contradizer ou invalidar. O discurso da lei encontra em si mesmo o seu limite. É a isto que Derrida chama de “caráter místico da lei”, uma vez que a origem da autoridade, a fundação ou o fundamento, a instauração da lei não pode, por definição, apoiar-se finalmente senão sobre elas mesmas: uma violência sem fundamento, embora não sejam injustas em si próprias (ibid.).

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

³ Esta passagem do discurso deixa claro que o julgador representa a verdade como valor absoluto, é possível a parte não ver a verdade. Nesse caso, o julgador entrevistado é de vara cível, o que contraria a idéia de que o princípio da verdade real esteja predominante apenas no processo penal brasileiro.

3 A verdade processual: uma verdade controvertida

O princípio do livre convencimento motivado do juiz é apresentado pela doutrina e pela lei como a liberdade dada ao julgador para atribuir carga valorativa a cada elemento de prova apresentado no processo, de forma a considerar o conjunto probatório. Em outras palavras, o princípio do livre convencimento motivado, consagrado na legislação brasileira em todos os ramos do processo judicial, permite ao juiz avaliar o conjunto probatório de cada feito sem ser obrigado pelo legislador a atribuir um valor prévio a cada meio de prova.

Ainda que doutrinas e teorias postulem procedimentos racionais e protocolares para a busca da “verdade dos fatos”, nas representações dos juízes sobre sua prática ela aparece de um modo peculiar, a exemplo deste depoimento:

Bom, Regina, no fundo você está me perguntando com eu faço pra analisar a prova, né; como se opera o princípio do livre convencimento? Que valor eu dou às provas? Como eu sopeso provas? É essa a idéia? Eu interpretaria assim a sua pergunta. Mas isso não tem uma regra geral. Cada prova, cada elemento de prova... Por exemplo, tipo de prova, prova testemunhal, prova pericial, prova documental, cada uma tem um peso específico em certo tipo de crime, em certo processo. Então, em alguns processos a prova pericial tem um papel menos importante do que a testemunhal. Isso varia muito. Eu realmente nunca parei pra pensar em que tipos de padrões de comportamento eu sigo para valorar a prova testemunhal como mais importante num processo do que em outro. Isso eu não saberia te dizer assim, agora, quais são os padrões que você usa, ou os critérios, melhor dizendo, pra você escolher uma maior importância da prova testemunhal aqui, do que acolá. Não sei te dizer, mas eu saberia constatar, sem dúvida, de que isso varia de processo para processo e de caso para caso. Então, em alguns casos uma testemunha pouco importante, mesmo que a prova testemunhal pudesse, em tese, dizer alguma coisa ali, porque você tem do outro lado outra prova que te impressionou mais ou ao contrário a testemunha tem muito a dizer, ou te impressiona melhor e se revela mais importante do que outros tipos de prova dos autos. Mas eu não saberia te dizer exatamente, eu precisaria parar pra refletir, porque isso acontece nesses casos, porque a prova testemunhal em alguns casos é mais importante do que em outros e analisando esses vários casos poder extrair daí por indução qual é o critério que, na verdade, está por trás disso que parece a primeira vista intuitivo, entendeu? (J13)

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

Em nosso sistema judicial, a construção da verdade jurídica ocorre no processo e pelo processo. Tomando o processo judicial como objeto de estudo, ele pode ser visto como uma forma de construção de verdade jurídica. Nessa perspectiva, o processo é uma representação da realidade relativamente aos fatos nele tratados - por ser uma representação, nele ocorre necessariamente uma simplificação dos fatos e uma reedição dos acontecimentos.

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

No Brasil, entretanto, o Estado toma para si o monopólio da atividade de administração de conflitos, exercida por meio da jurisdição. A jurisdição tem no processo judicial um instrumento de construção de verdade jurídica, pois é nele que o julgador vai tomar conhecimento do conflito levado a juízo; formar o seu convencimento sobre a questão e formular a norma jurídica particular e concreta disciplinadora do litígio. Para tanto, é preciso que o conflito do mundo real seja reduzido a uma fórmula juridicamente expressa. Neste sentido, Kant de Lima esclarece:

O processo judicial trata essencialmente, não do que aconteceu, mas do que aconteceu sob o ponto de vista jurídico. O saber jurídico, como sistema de representações sobre a sociedade, produz conteúdos e orientações formais para as ações sociais, de modo que tenham sempre que adequar-se às formulações legais, aos artigos, regulamentos e leis para que se tornem eficazes e legítimos. (KANT DE LIMA, 1995).

O processo judicial quer civil quer criminal é um conjunto de atos preordenados do Poder Judiciário, quando provocado, que pelo menos nominalmente tem por finalidade conhecer a divergência de interesses exposta à sua apreciação e elaborar uma norma jurídica particular e concreta a solucionar este conflito.⁴

⁴ Código de Processo Civil: “Art. 450. No dia e hora designados, o juiz declarará aberta a audiência, mandando apregoar as partes e os seus respectivos advogados.”; “Art. 451. Ao iniciar a instrução, o juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova”; “Art. 452. As provas serão produzidas na audiência nesta ordem: I - o perito e os assistentes técnicos responderão aos quesitos de esclarecimentos, requeridos no prazo e na forma do art. 435; II - o juiz tomará os depoimentos pessoais, primeiro do autor e depois do réu; III - finalmente, serão inquiridas as testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu”; “Art. 453. A audiência poderá ser adiada: I - por convenção das partes, caso em que só será admissível uma vez; II - se não puderem comparecer, por motivo justificado, o perito, as partes, as testemunhas ou os advogados. § 1º Incumbe ao advogado provar o impedimento até a abertura da audiência; não o

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

Contudo, diferentemente do que diz a doutrina, o trecho a seguir demonstra que na representação do juiz entrevistado, o processo decisório parte de uma pré-concepção do juiz sobre o litígio, como uma base na qual ele vai buscar, dentre as provas produzidas, aquelas que se conformam à sua idéia preconcebida.

Na verdade, eu saí de um extremo para o outro. Eu fui forjado, vamos dizer assim, no início da minha carreira, segundo orientação de alguns juizes de vara civil: “Olha, você primeiro *sente* o processo, toma a decisão e depois procura elementos para sua decisão no processo.” Se você achar os elementos para a decisão, então você confirma a sua tendência. Se você não achar, então você decide no outro sentido. Na prática, isso no direito criminal é muito comum porque, na maioria dos casos hoje, a mídia acaba pré-condenando. Então, o juiz fica com essa tendência de seguir a orientação da maioria, procurando no processo elementos que sigam essa tendência. Se não conseguir, ele acaba, então, absolvendo. Um exemplo mais clássico, de repente, pode ilustrar melhor: no caso de um garoto condenado, quer dizer, um garoto acusado de um crime de homicídio, a tendência, por ser um crime grave, é você acreditar, que ele não está ali injustamente, que ele praticou de fato o homicídio. Então, você procura no processo provas que possam confirmar a participação dele no homicídio. Se você não achar você acaba absolvendo ele por falta de provas. *Então, a tendência do livre convencimento é sempre você decidir antes e ler o processo depois.* (J12) (grifo nosso)

fazendo, o juiz procederá à instrução. § 2º Pode ser dispensada pelo juiz a produção das provas requeridas pela parte cujo advogado não compareceu à audiência. § 3º Quem der causa ao adiamento responderá pelas despesas acrescidas”; “Art. 454. Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e ao do réu, bem como ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez), a critério do juiz. § 1º - Havendo litisconsorte ou terceiro, o prazo, que formará com o da prorrogação um só todo, dividir-se-á entre os do mesmo grupo, se não convencionarem de modo diverso. § 2º No caso previsto no art. 56, o oponente sustentará as suas razões em primeiro lugar, seguindo-se-lhe os opostos, cada qual pelo prazo de 20 (vinte) minutos. § 3º Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por memoriais, caso em que o juiz designará dia e hora para o seu oferecimento”; “Art. 455. A audiência é una e contínua. Não sendo possível concluir, num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, o juiz marcará o seu prosseguimento para dia próximo”; “Art. 456. Encerrado o debate ou oferecidos os memoriais, o juiz proferirá a sentença desde logo ou no prazo de 10 (dez) dias”; “Art. 457. O escrivão lavrará, sob ditado do juiz, termo que conterá, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos e a sentença, se esta for proferida no ato. § 1º Quando o termo for datilografado, o juiz lhe rubricará as folhas, ordenando que sejam encadernadas em volume próprio. § 2º Subscreverão o termo o juiz, os advogados, o órgão do Ministério Público e o escrivão. § 3º O escrivão trasladará para os autos cópia autêntica do termo de audiência. § 4º Tratando-se de processo eletrônico, observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 169 desta Lei”.

A concepção de verdade jurídica que se depreende da leitura da doutrina processual brasileira afasta-se muito da idéia de processo como forma de construção de verdade. A doutrina brasileira insiste em que o julgador deve pretender descobrir, pela via do processo, uma “verdade real”, absoluta, que deve estar em algum lugar esperando para ser descoberta.

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

Coube a Michel Foucault (2003) demonstrar que as práticas judiciárias são a maneira pelas quais os erros e as responsabilidades são arbitrados entre os homens, formas que variaram consideravelmente na história do Ocidente. Elas representam, segundo o autor, a maneira pela qual os homens podem ser julgados pelos erros cometidos, além da possibilidade de se impor reparação aos danos causados por determinadas ações, e punição por outras. Foucault demonstra que essas práticas regulares são incessantemente modificadas pelo decurso histórico, no qual definem-se diversas formas de construção de verdade jurídica.

Foucault assevera, por exemplo, que a finalidade do sistema da prova judiciária feudal não trata da pesquisa da verdade, e sim de uma espécie de jogo de estrutura binária: o indivíduo aceita a prova ou a ela renuncia. Se renunciar à prova, perde o processo de antemão; com a prova, vence ou fracassa.

O inquérito, por sua vez, seria uma forma de construção de saber produzida pelos gregos na Antiguidade e está baseado na lembrança, no testemunho. Tal forma de produção de verdade ficou esquecida durante séculos, e só foi retomada na Europa dos séculos XII e XIII (FOUCAULT, 2003, p. 61).

Já o inquérito na Europa Medieval seria, sobretudo, um processo de governo, uma técnica de administração, uma modalidade de gestão: em outras palavras, o inquérito é uma determinada maneira de o poder se exercer. Estaríamos enganados se vissemos no inquérito o resultado natural de uma razão que atua sobre si mesma, se elabora e faz seus próprios progressos (ibid, p. 73).

Foucault argumenta que nenhuma história feita em termos de progresso da razão, de refinamento do conhecimento pode dar conta da aquisição, da racionalidade

do inquérito. Seu aparecimento é um fenômeno político complexo. É a análise das transformações políticas da sociedade feudal que explica como, por que e em que momento aparece esse tipo de estabelecimento da verdade a partir de procedimentos jurídicos completamente diferentes. Nenhuma referência a um sujeito de conhecimento e a sua história interna daria conta deste fenômeno: somente a análise dos jogos de força política, das relações de poder pode explicar o surgimento do inquérito (ibid.).

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

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

A forma peculiar pela qual o campo jurídico brasileiro aplica o *princípio do livre convencimento* permite que a verdade jurídica seja construída pelos tribunais, na maior parte das vezes, de forma não consensual e autoriza o juiz, diante do litígio submetido à sua apreciação, a decidir primeiro e a depois buscar no processo as razões que fundamentam esta decisão. Kant de Lima, mais uma vez, ajuda a esclarecer o tema: “a construção da verdade jurídica processual, entre nós, não resulta de um raciocínio lógico-demonstrativo que parte dos fatos comprovados no processo, uma vez que o princípio em análise permite que o juiz escolha quais provas vai considerar mais na sua tomada de decisão” (KANT DE LIMA, 2004-a).

O trecho da doutrina de Frederico Marques transcrito abaixo é importante, porque vincula a prova tarifada a um sistema de construção de verdade jurídica, cuja finalidade é reconstituir os fatos. Todavia, não menciona quando e onde este sistema foi adotado.⁵ O autor afirma, em *Elementos de Direito Processual Penal* “que o princípio do livre convencimento (ou da livre convicção) situa-se entre o sistema da certeza legal e o sistema do julgamento *secundum conscientiam*”. Neste último, diz o autor, “pode o juiz decidir com a prova dos autos, sem a prova dos autos e contra a prova dos autos: é a chamada *convicção íntima*, em que ‘a verdade jurídica reside por inteiro na consciência do juiz’, que julga os fatos segundo sua impressão pessoal, sem necessidade de motivar sua convicção.”

⁵ No entanto, Foucault não menciona este sistema, como já ficou demonstrado neste trabalho.

Pelo princípio da certeza legal⁶, ao contrário, os elementos probatórios têm valor inalterado e prefixado, que o juiz aplica quase que mecanicamente. Já o *livre convencimento* leva o juiz a pesar o valor das provas segundo o que ele deve expor na decisão. Frederico Marques explica que a regra da *livre convicção* não desvincula o juiz das provas dos autos: *quod non est in actis non est in mundo*.⁷ No entanto, a apreciação dessas provas não fica dependendo de critérios legais discriminados *a priori*. O juiz só decide com a prova dos autos, mas avaliando-as segundo o critério da *crítica sã* e racional⁸ (MARQUES, 1997-b, v. 2, p. 275).

4 Sistema acusatório e iniciativa probatória do juiz

Ovídio Baptista da Silva sustenta que a doutrina processual costuma indicar certos princípios informadores do Direito processual, que com maior ou menor intensidade, ocorrem em todos os sistemas legislativos, sejam inquisitoriais ou acusatórios.

O autor apresenta os seguintes princípios: *princípio do dispositivo*; *princípio da demanda*; *princípio da oralidade*; *princípio da imediatidade*; *princípio da identidade física do juiz*; *princípio da concentração*; *princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias*; *princípio do contraditório*; e *princípio do livre convencimento do juiz*. Em seguida, passa a expor o conceito de prova e apresenta os princípios relativos ao direito probatório: *princípio do ônus da prova*; *princípio da necessidade da prova*; e *princípio da verdade real*.

Nota-se na descrição da doutrina que, em momento algum, qualquer dos autores faz menção às características dos sistemas acusatório e inquisitorial nem localizam tais sistemas processuais no tempo e no espaço, o que gera muitas possibilidades de superposições paradoxais de ambos os sistemas no sistema brasileiro, tal como se demonstrará adiante.

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

⁶ Expressão usada pela doutrina como sinônimo de prova legal.

⁷ “O que não está nos autos, não está no mundo.”

⁸ Mais uma vez, Frederico Marques não esclarece o que entende por crítica sã e racional.

Particpei de um programa oferecido pelo Departamento de Estado Norte-Americano a convite do Consulado Americano. O Departamento de Estado Americano tem um projeto em que eles convidam pessoas. Foi legal. No entanto, eu não concordo com o sistema deles. Eles manipulam o medo do acusado, pois nem sempre estes têm acesso às provas produzidas contra eles na hora de fazer a barganha. (J12)

Quanto à *iniciativa probatória do juiz* vale retomar a doutrina de Ovídio Baptista da Silva:

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

Embora sejam muito fortes os traços dos discursos doutrinários analisados que remetem a semelhanças entre o sistema brasileiro e os sistemas inquisitoriais, há também expressões fortes e recorrentes que apontam, para características de um sistema acusatório no Brasil, nos quais os juízes não têm poderes probatórios. Aparecem também os discursos que dizem que o livre convencimento do juiz se limita à atividade de apreciação da prova e que a decisão resulta de uma operação racional a partir da análise de provas apresentadas pelas partes.

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

Um dos juizes criminais entrevistados, (J2), demonstrou-me o valor dos indícios, dizendo que o *princípio do livre convencimento* está na justificação da sentença, pois o trabalho do juiz parte das premissas da acusação, e tem de se chegar a uma conclusão na sentença. Citou o exemplo do filho que saca o dinheiro da conta da mãe idosa: há a certeza na íntima convicção da culpa do sujeito, mas o acesso dele aos meios fraudulentos não fica comprovado no processo. Logo, condenação não teria justificativa.

O entrevistado enfatizou que, muitas vezes, os indícios são muito mais seguros que as provas. Para falar de um exemplo de sua prática, mencionou um caso recente de crime de corrupção por ele julgado:

Os fiscais públicos tinham 12 milhões de dólares na Suíça; este fato estava comprovado. Não tinham rendimentos que justificassem este patrimônio, não receberam herança ou doações que justificassem a quantia, não podiam receber honorários que justificassem estes valores, já que tinham impedimentos legais para o exercício da consultoria. Pelo livre convencimento, estas premissas me levaram à conclusão que aquele dinheiro depositado no exterior só poderia ser produto de corrupção. Foi por isto que os condenei. De mais a mais, se eles tivessem como comprovar a origem do dinheiro teriam feito durante a instrução criminal. Se não fizeram é porque o dinheiro era fruto da corrupção.

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

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

5 Sistema inquisitorial e iniciativa probatória do juiz

Amplios poderes probatórios são atribuídos ao juiz nos sistemas jurídicos da Europa continental. Nesses sistemas, tais poderes são competência de um juiz de instrução, que preside o inquérito na busca de provas a instruírem o processo. Entretanto, o juiz de

instrução não é o mesmo que vai julgar a causa. Lá, os juízes têm atribuições de instrução e de julgamento, e podem exercer ambas as funções, embora em processos diferentes. Nos sistemas acusatórios de processo, próprios das nações de *common law*, os poderes instrutórios são atribuídos ao acusador público, representante da sociedade em juízo, nos casos de jurisdição criminal. Nesses sistemas, o juiz não tem poderes probatórios, e fica adstrito às provas trazidas pelas partes ao processo (GARAPON; PAPADOPOULOS, 2003).

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

De acordo com Ovídio Baptista da Silva, processualista civil, “o *princípio dispositivo* costuma se contrapor ao chamado *princípio inquisitório*, segundo o qual compete ao juiz o poder de iniciativa probatória, para a determinação dos fatos postos pela parte como fundamento de sua demanda.” Para o autor, estes princípios não ocorrem de modo exclusivo em nenhum sistema processual: é normal que o legislador de ambos se utilize, dando prevalência ora a um ora a outro. Desta forma, de acordo com o doutrinador, mesmo naqueles sistemas mais comprometidos com o *princípio dispositivo*, onde o juiz tenha limitados poderes de iniciativa probatória, encontram-se exemplos de aplicação do princípio inquisitório.⁹ (SILVA, 1996, p. 48).

Ovídio Baptista prossegue: “A legislação processual adota esta “mistura de princípios”, uma vez que são bastante amplos os poderes de produção de prova do juiz no sistema brasileiro, tanto no processo civil como no processo penal, conforme os art. 157 do Código de Processo Penal¹⁰ e o art. 330 do Código de Processo Civil”¹¹ (ibid.). Assim, ainda que a Constituição de 1988 e parte da doutrina classifiquem o sistema processual brasileiro como um sistema acusatório pelo fato de as funções de acusação e julgamento estarem entregues a órgãos diferentes para garantir a imparcialidade do juiz, os poderes probatórios do juiz dão ao sistema brasileiro cores inquisitoriais bastante fortes¹² tanto no âmbito do processo penal como no âmbito do processo civil.

⁹ A proposição do autor é extremamente generalista, sem evidências de que em todos os sistemas ocorra esta concepção mista.

¹⁰ Código de Processo Penal: “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

¹¹ Código de Processo Civil; “Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença; I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II - quando ocorrer a revelia (art. 319).”

¹² O princípio inquisitório traz características ao processo, além da separação dos órgãos de acusação e julgamento. As principais são: sigilo da acusação e forma escrita do processo (LIMA, 1996).

Outro ponto a ser destacado é o de que o princípio em análise tal como é descrito por alguns dos julgadores faz com que a atividade decisória seja prévia à análise das provas: o juiz decide antes e busca os elementos probatórios que sirvam para justificar sua decisão num momento lógico posterior, o da fundamentação da decisão. Muitas vezes estas provas são produto da atividade probatória do julgador, que já a dirige, como se vê no depoimento a seguir transcrito, para que ela sirva de premissa e elemento justificador da decisão que previamente tomada: “O livre convencimento faz a decisão vir antes. Tanto é assim que na hora que eu faço as perguntas, eu direciono para justificar a minha decisão que já foi tomada” (J4).

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

Este método aproxima a atividade de julgamento descrita das práticas dos juízes dos sistemas inquisitoriais, os quais dão aos juízes amplos poderes de atividade probatória e a função de descobrir a “verdade dos fatos”, ou o que “de fato aconteceu”. São representações que apontam, ainda, para a decisão judicial como fruto de uma escolha aleatória e subjetiva do juiz, e não como produto de uma operação neutra e imparcial. Nota-se, também, que os parâmetros de justiça são orientados por uma tradição não manifestada conscientemente, uma vez que aparecem de forma particularizada como se dependessem da concepção particular de justiça de cada julgador.

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

O princípio da livre convicção do juiz traz, ao mesmo tempo, uma liberdade e uma responsabilidade. Liberdade de decidir como eu achar melhor e a responsabilidade de decidir bem. Tirando os casos

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

Como se vê nos depoimentos acima, existe uma tendência que poderia configurar um método usado na decisão judicial bastante conhecido dos julgadores que realizam operações mentais similares de busca da confirmação de uma decisão prévia tomada com base numa verdade a eles revelada, o que se aproxima bastante suas formas de decisão de características inquisitoriais. Além da ocorrência de uma decisão prévia à análise das provas, é recorrente também a referência à intuição nos processos decisórios, o que aponta, mais uma vez, para uma experiência de acesso a um saber revelado, conforme ilustram o trechos de entrevista, a seguir transcritos:

Você quer saber como é que eu decido mesmo? Vou te dizer: eu leio a inicial e mais especificamente o pedido, e por ali já tenho uma idéia do que a pessoa quer. Depois leio os fatos. Se for um tema desconhecido que eu nunca tenha decidido, aí eu vou à contestação para ver qual é a questão que vai ser discutida. Se for um tema que eu já conheço, eu nem vou à contestação ou no máximo vou à contestação para não ter problemas com embargos de declaração por ter deixado alguma coisa de fora. Agora, nas questões novas, depois de ler a inicial e a contestação, já se tem uma idéia de qual é o recorte daquele debate, e aí já se tende a resposta. Eu acho que a decisão não é um processo racional. É uma escolha sentida, intuitiva, chame como quiser. Depois de decidir, eu vou buscando como justificar a minha escolha. Eu acho que o juiz sente, intui, sei lá como é que se pode chamar isto. Eu acho que o juiz não decide, acho que ele escolhe, aí decide e depois justifica. (J10).

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

O juiz que está no processo normalmente ele já sabe o que vai fazer. Ele busca, então, elementos seguros de convencimento para aquilo que ele já resolveu fazer. Se ele não encontrar, após a decisão, ele

confirma a sua tendência. Modernamente, com essa questão até um pouco mais globalizada, a ideologia dos juízes foi se ajustando para algumas tendências. Então nós temos grupos de juízes que se afirmam na ideologia mais democrata. Temos, então, um grupo de juízes que segue uma tendência religiosa e um outro grupo de juízes que segue uma tendência mais voltada para as ciências sociais. Então os juízes mais modernos estão se ajustando por ideologias, e aí que eu penso que é um risco muito grande porque a isenção do juiz passa a ser comprometida com sua idéia preconcebida do contexto social. Então nós temos juízes, por exemplo, que são a favor da redução da maioria penal e que, portanto, não aplicam o Estatuto da Criança e do Adolescente nas suas denúncias porque eles são a favor de que o estatuto não se aplique naquele caso (J12).

6 O princípio da verdade real como reitor da construção da verdade jurídica

No Direito brasileiro, a “verdade dos fatos” é entendida como uma “verdade real”, existente *a priori*, ainda que desconhecida, o que justifica uma investigação minuciosa a seu respeito, uma vez que, como já foi visto no capítulo anterior, na nossa sensibilidade jurídica a realização da justiça depende da descoberta da “verdade real”. Todavia, essa 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 verdade resulta de uma realidade construída e consensualizada entre os que, de algum modo, participaram de sua constituição e que a aceitam como uma verdade que não precisa ser investigada, porque é real (BOURDIEU et al., 2004, p. 45-48; 73-80).

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

Frederico Marques afirma, baseado em Fenech¹³ (autor espanhol) que, no processo penal, não se exclui do objeto da prova o chamado *fato incontroverso* ou *fato admitido*: “O julgador deve chegar à verdade dos fatos, tal como eles ocorreram historicamente, e não como as partes querem que eles pareçam ter acontecido” (trad. livre).

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”

¹³ FENECH, Miguel. Derecho procesal penal. 2. ed, v. 2. Barcelona: Labor, 1952. Apud MARQUES, 1997-b, v. 2, p. 253).

do processo civil, ou seja, o que é levado ao juiz, por iniciativa das partes. Por isso, os juízes podem e devem tomar a iniciativa de trazer aos autos tudo o que pensarem interessar ao processo, *ex-officio*, para formar o seu “livre convencimento” examinando a “prova dos autos”. Assim, todos os elementos que se encontram registrados, por escrito, nos volumes que formam os processos judiciais, incluindo os inquéritos policiais, podem ganhar o mesmo “estatuto de verdade” para a sentença final e o juiz pode, inclusive, discordar de fatos considerados incontroversos pela acusação e pela defesa: “O princípio da verdade real, que foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para a utilização de poderes ilimitados na busca da prova, significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e uma verdade ética, constitucional e processualmente válida. Isso para os dois tipos de processo, penal e não-penal. E ainda, agora exclusivamente para o processo penal tradicional, uma verdade a ser pesquisada mesmo quando os fatos forem incontroversos”(GRINOVER, 1999, p. 78-79)” (KANT DE LIMA, 2004-a, p. 8).

Frederico Marques explicita que a descoberta da verdade é a finalidade do processo. Assim, o juiz só poderá fazer justiça se conseguir a reconstituição dos acontecimentos pretéritos pela produção da prova, para que possa formar o seu convencimento e julgar a causa. Como se tem demonstrado, a representação da verdade jurídica como verdade absoluta é atualizada na representação dos julgadores, tanto quando estes tratam de matéria civil como quando tratam de matéria penal, o que afasta a crença de que o princípio da verdade real só orienta o processo penal.

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, p. 258).

Para o doutrinador, ainda, que a verdade real é a *causa finalis* da instrução e, portanto, do próprio processo. Tendo em vista os graves interesses que estão em conflito na esfera penal, é absolutamente imprescindível que fique elucidado o *thema probandum*, a fim de que se dê solução justa e exata ao pedido contido na acusação, o que só ocorre quando emergem da instrução de maneira fiel e real os acontecimentos que motivaram a acusação. Para tanto, também é necessário que o juiz aprecie os dados e informações obtidos com a instrução para reconstruir a situação concreta a ser objeto

do pronunciamento jurisdicional: a prova deve atingir seu objetivo de restauração de um acontecimento pretérito: primeiro, o procedimento probatório; a seguir, a valoração dos elementos que este procedimento obtém e fornece. O procedimento probatório leva ao juiz fatos e acontecimentos, dados diretos ou circunstâncias sobre os quais recai, no momento culminante do *judicium*, a valoração do magistrado (op. cit., p. 259).

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

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).

Nos próximos trechos, 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 a 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. Ou seja, a *verdade real* aparece como justificativa do *livre convencimento do juiz*. É pelo canal da prova que os fatos criam situações jurídicas, e cabe ao juiz, pelo seu *livre convencimento*, atribuir esta condição aos fatos que restarem provados: está obrigado não a considerar todos os fatos demonstrados no processo, mas a explicitar os fundamentos da verdade em sua decisão.

Você é o julgador mesmo. Ali é escutar... Pesar os prós e os contras se está convencido para absolver ou condenar: sentença e pronto e acabou. Se não está convencido, o artigo 157¹⁴ 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 juizes que se você dá um processo criminal pra decidir ele vai ler o que está escrito e vai decidir de acordo com o que está escrito e pronto. Se tiver alguma dúvida ele aplica o princípio do *in dubio pro reo*, absolve e acabou. Por exemplo, uma testemunha presencial que faltou, uma testemunha que viu o crime, mas não foi à audiência. O promotor desistiu, a defesa desistiu, ele pura e simplesmente homologou a desistência e absolveu o caso. Fez justiça? 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 previamente concebida. Assim, no sistema processual brasileiro, em vez de o juiz ser o guardião da observância da igualdade jurídica entre os cidadãos - como acontece no sistema dos EUA, por exemplo -, passa a ser um árbitro a quem é permitido julgar sem critérios consensuais.

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 esclarece a concepção de verdade atualizada no campo jurídico brasileiro:

¹⁴ Código de Processo Penal: “Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”.

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

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

O trecho 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 dê 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 será que ele 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”. Nesse ponto, Marques cita Florian¹⁵ e Capagrassi, em *Giudizio, Processo, Cienza, Verità* (1950): “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’ [...] 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, p. 254).

Segue-se doutrina do professor Ernâni 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. Fato, por sua vez, é matéria de prova. A prova, por sua vez, é a confirmação do fato alegado. Somente os fatos devidamente comprovados deveriam servir para a construção de uma sentença. (SANTOS, 1996).

Nos dois trechos doutrinários citados, a descoberta do que “de fato” aconteceu é apresentada como a finalidade do processo probatório, também no processo civil. Ao contrário da crença amplamente difundida no campo jurídico brasileiro, a descoberta da *verdade real* não orienta apenas o sistema processual penal, mas rege também o processo judicial civil ou trabalhista - portanto, todo o sistema processual brasileiro.

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

Verifica-se nos depoimentos que envolvem o tema da concentração da instrução probatória na audiência de instrução e julgamento - para dar efetividade ao princípio da oralidade e, assim facilitar a formação do convencimento do julgador - é que a

¹⁵ *Elementos de Derecho Procesal Penal*, 1934, p. 308-309.

concepção da finalidade processual no processo brasileiro entra em conflito com este princípio. Em outras palavras, como na representação dos julgadores a finalidade do processo é descobrir a verdade para fazer justiça, reduzir a instrução probatória a um único ato seria limitar as oportunidades de se chegar à verdade e, conseqüentemente, a probabilidade de se fazer justiça.

Na próxima transcrição, fica evidente que a concepção de verdade que o julgador discute é a de verdade absoluta e única: ele não lê a verdade processual como a comprovação da verossimilhança¹⁶ daquilo que foi alegado como razão do pleito deduzido. Por buscar a verdade absoluta, que ele próprio diz ser difícil de encontrar (como se ela fosse possível), o julgador problematiza a redução dos atos instrutórios a uma única audiência, já que esta redução torna menor o número de oportunidades de se chegar à verdade. O julgador parece representar esta problemática como se fosse só dele. Vejamos:

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

Já Ernâni Fidélis dos Santos afirma que o princípio dispositivo, que tem como conseqüência a inércia da jurisdição, também vigora, mas atenuado pelo *princípio do livre convencimento* que permite a pesquisa da *verdade real*. Segundo o autor “o juiz pode sempre determinar a complementação da prova, como ocorre com a testemunha referida (art. 418, I do CPC)¹⁷, e, sendo necessário, ou, pelo menos, de evidente utilidade, determinar, de ofício, provas técnicas e de observação pessoal, hipótese de perícia (art. 420)¹⁸ e da inspeção judicial (art. 440)”¹⁹ (SANTOS, 1996, v. I). Mais uma vez, fica nítido que o argumento justificador da iniciativa probatória do juiz está diretamente ligado à busca da *verdade real*, necessária à efetivação do *princípio do livre convencimento do juiz* e à conseqüente realização da justiça. Dessa forma, em última análise, o que justifica o caráter marcadamente inquisitorial da atividade judicante entre nós é a solidariedade entre as idéias de verdade e justiça, sendo a verdade revelada pela formação do *livre convencimento do juiz*.

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.

¹⁶ Qualidade ou caráter de verossímil - que parece verdadeiro, que é provável (Dic. Aurélio de Língua Portuguesa).

¹⁷ “Art. 418. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte: I - a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas; II - a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações.”

¹⁸ “Art. 420. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação. Parágrafo único. O juiz indeferirá a perícia quando: I - a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico; II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas; III - a verificação for impraticável.”

¹⁹ “Art. 440 - O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.”

As características inquisitoriais nos sistema processual civil são nítidas, uma vez que a finalidade do processo, em ambos os casos, é descobrir a dita “verdade dos fatos”, por ser este, segundo a concepção no campo jurídico brasileiro, o único caminho possível de se fazer justiça.

7 Conclusão

Segundo material colhido os magistrados reconhecem que o princípio do livre conhecimento lhes confere poder e liberdade para decidir e admitem que, na condução do processo, a função principal do juiz é buscar a *verdade real*, vista por eles como único caminho para a realização da *justiça*, por conta das atribuições da iniciativa probatória.

8 Bibliografia

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 Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: fundamento místico de autoridade*. Coleção tópicos. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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

GARAPON, Antoine; 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: *O saber local*. Petrópolis, Vozes, 1998: 249-356.

KANT DE LIMA, Roberto. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Direitos civis e direitos humanos: uma tradição judiciária pré-republicana?* São Paulo em Perspectiva, São Paulo, SP, v. 18, 2004-a, p. 49-59

MARQUES, Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 4. 1. ed. atualizada. São Paulo: Bookseller, 1997.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. O princípio da isonomia à brasileira: igualdade é tratar desigualmente os desiguais. Dissertação de Mestrado em Direito - Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2003.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. Vol. I. Processo de Conhecimento. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.