

35º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS

GT34 – SOCIOLOGIA E ANTROPOLOGIA DA MORAL

**CIDADANIA, JURISDIÇÃO E RECONHECIMENTO:
DECISÃO E SUBJETIVIDADE DO JUIZ NO SISTEMA BRASILEIRO**

REGINA LÚCIA TEIXEIRA MENDES

2011

CIDADANIA, JURISDIÇÃO E RECONHECIMENTO: DECISÃO E SUBJETIVIDADE DO JUIZ NO SISTEMA BRASILEIRO

Regina Lúcia Teixeira Mendes

Docente do PPGD-UGF

teixeiramendes@globocom.com

INTRODUÇÃO

Esta comunicação tem o objetivo de provocar a reflexão acerca de alguns aspectos relativos às representações de juízes brasileiros sobre seu método decisório, dando ênfase especial ao *livre convencimento do juiz*. O trabalho representa o resultado de pesquisa empírica, na qual privilegiei o método qualitativo, com forte influência da antropologia social, no trabalho de campo tomando como *locus* o campo jurídico brasileiro, prática rara entre os estudiosos do Direito no Brasil.

O trabalho justifica-se uma vez que freqüentemente, o sentimento de distribuição desigual de justiça impõe a falta de segurança jurídica e o descrédito do Poder Judiciário brasileiro frente à população, além de um sentimento profundo de injustiça e impunidade. Soma-se a este, o fato de que no campo jurídico se justificar a divergência de decisões em casos semelhantes pelo *livre convencimento do juiz*. Os dados colhidos em campo apontam para naturalização e para a valoração positiva de ampla manifestação da subjetividade de cada operador na decisão, como demonstraremos o que é sintetizado na lição comum em vários cursos preparatórios para a magistratura que diz: “O juiz decide, como sente”...

1.SUBJETIVIDADE E DECISÃO JUDICIAL

A questão da subjetividade é explorada por vários autores há muito, nas Ciências Sociais. Nessa tradição, não há ações propriamente neutras, pois, em todas elas, aparece presente o componente subjetivo dos atores sociais. A minha pesquisa demonstra que, ainda que os juízes tenham um domínio institucionalizado do saber relativo às suas tomadas de decisões, estas são marcadas por características pessoais. Este trabalho evidencia que as representações dos julgadores variam bastante e que eles estão pessoalmente reproduzindo sua subjetividade na maneira como tomam suas decisões.

Neste contexto, a decisão do juiz é solitária, uma vez que a busca da “*verdade real*”, principal finalidade do processo e único caminho de fazer *justiça*, segundo a representação dos juízes entrevistados e da doutrina, os leva a mergulhar nos autos para

encontrá-la. Entretanto, como tal verdade é inalcançável para qualquer ser humano mortal, são eles aparelhados pela crença no *princípio do livre convencimento* e na *iniciativa probatória do juiz*, ambos os institutos explícitos tanto no discurso legal como no discurso doutrinário. Entretanto, tais explicitações não lhes fornece um entendimento suficiente para justificar suas próprias decisões, o que enseja as expressões pessoais de suas representações sobre os julgamentos que fazem.

Este trabalho retomará o avesso da discussão sobre imparcialidade, neutralidade e subjetividade da decisão judicial, procurando demonstrar a presença de aspectos indissociáveis dos julgadores, não como indivíduos e sim como pessoas que exercem papéis institucionalizados, a que se incorporam inevitavelmente aspectos subjetivos, conforme pode ser constatado nas representações que fazem sobre o seu próprio papel de julgador.

Das entrevistas colhidas e observações realizadas durante a pesquisa, depreende-se que três categorias ganham relevância na fala dos juízes, quando se referem às suas práticas decisórias: imparcialidade, neutralidade e subjetividade. Estas categorias são objeto de discussão por parte dos juízes entrevistados quando tratam tanto da iniciativa probatória quanto do livre convencimento, relativamente a sua atividade decisória nos processos. Tais categorias são também objeto de discussão na doutrina.

Retomamos os discursos dos julgadores e dos doutrinadores, ao mesmo tempo que procuramos interpretá-las como intimamente relacionadas entre si e, sobretudo, ancoradas na subjetividade dos julgadores. Isto porque, a subjetividade agregada às decisões judiciais é constitutiva da estrutura do “eu” dos julgadores, e se acham mescladas por aspectos tradicionais, institucionais e do próprio *habitus* que caracteriza o campo do direito estudado.

O caráter dos atores sociais é formado pela relação dos vários elementos deste e a estrutura social na qual o sujeito está inserido. Desta forma, a estrutura do caráter do sujeito é formada pelo seu organismo e pela sua estrutura psíquica que resulta no aparecimento de uma *persona*, que vai formar sua subjetividade a partir das relações com várias instituições com as quais esta se relaciona.(GERTH, MILLS, 1963:51).

O papel social desempenhado pelo sujeito está vinculado à estrutura social e às relações deste mesmo sujeito com as várias instituições, além de contar com uma carga de componentes pessoais. A estrutura social é formada por diferentes ordens, tais como a

ordem familiar, política, jurídica, econômica, a ordem religiosa, entre outras. Cada uma destas ordens tem símbolos, tecnologias, status e educação próprias. (GERTH, MILLS, 1963:51).

Por definição, segundo os autores, todos os papéis que estão instituídos, qualquer que seja a ordem institucional, compreendem uma distribuição de poder, que, por sua vez abrangem as relações dos papéis com a ordem da qual fazem parte, assim como do papel com outras ordens. A posição de poder das instituições e indivíduos depende, caracteristicamente, de fatores de classes, *status* e ocupações que, freqüentemente estão inter-relacionados (GERTH, MILLS, 1963:307).

Nossa sociedade, segundo Goffman, considera a personalidade como uma espécie de imagem, geralmente digna de crédito, que o indivíduo no campo e como personagem efetivamente tende a induzir e os outros têm a seu respeito (GOFFMAN, 1983:231).

2. IMPARCIALIDADE E DECISÕES JUDICIAIS

Passo a estabelecer um diálogo com o discurso da doutrina jurídica processual, tanto do campo do direito processual civil como do direito processual penal; bem como o faço com o discurso legal e com o discurso dos julgadores a respeito do tema, para investigar e explicitar as categorias jurídicas estruturantes do discurso relativo à subjetividade na decisão judicial, seu significado e as possíveis relações entre elas.

Ovídio Baptista da Silva apresenta, em sua doutrina de processo civil, a distinção entre princípio dispositivo e princípio da demanda. Ressalva, no entanto, “que a distinção é relevante, explicando que o princípio dispositivo diz respeito ao poder que as partes têm de dispor da causa, seja deixando de alegar ou provar fatos a ela pertinentes, seja desinteressando-se do andamento do processo. Neste ponto, o autor cita ENRICO TÚLIO LIBMAN¹, processualista civil italiano, para quem a razão fundamental do princípio dispositivo é a preservação da imparcialidade do juiz, pressuposto lógico do próprio conceito de jurisdição.”

Ovídio Baptista da Silva continua, afirmando “que dificilmente o julgador teria condição de manter-se completamente isento e imparcial, se a lei conferisse a ele plenos poderes de iniciativa probatória, pois, na medida em que o julgador abandonasse a

¹ O professor Enrico Tulio Libman, processualista italiano, como já foi, dito lecionou a disciplina “Direito Processual Civil”, em nível de pós-graduação, na Faculdade de Direito da USP, na primeira metade do decênio de 1940. Além das aulas na faculdade foi defensor do conceito abstrato do Direito Processual, ao reverso da teoria concreta de seu mestre Chiovenda (FRANCIULLI, 1993).

condição de imparcialidade que a função jurisdicional pressupõe, para envolver-se na busca e determinação dos fatos da causa, de cuja parte se haja desinteressado, certamente ele poderia correr o risco de comprometer a própria imparcialidade e isenção” (SILVA, 1996:49).

O trecho retirado de uma entrevista com um juiz, transcrito a seguir, explicita uma representação recorrente entre os juízes que entrevistei que contraria a representação doutrinária colocada anteriormente. O doutrinador diz que o princípio dispositivo ou princípio da demanda, que determina a inércia da jurisdição, seria a mola mestra para a imparcialidade do juiz. Já na representação do julgador aparece claramente um tom pejorativo à inércia e a valorização da iniciativa probatória do juiz, sem qualquer alusão ao comprometimento da imparcialidade do julgador.

“Eu sempre mando produzir provas. E é nesse ponto que eu chego agora. Princípio da verdade formal. O juiz vai se convencer com base nas provas que vão apresentar a ele. Ele vai ficar olhando... É como se eu estivesse no cinema assistindo a um filme. Existem manuais que estão aí até hoje vendendo muito e que ensinam que o juiz tem que ser um mero espectador das provas e ele vai formar o seu convencimento com base naquilo que as partes apresentam, mas ele não pode mandar produzir provas, porque se não ele ficaria parcial. Aí eu penso assim: “Peraí, só porque eu mandei produzir uma prova eu sou parcial? E por que o cara [o juiz] no crime faz isso e não fica sendo parcial? “Por que no crime não? No crime o juiz está ali pra produzir todas as provas porque tem uma questão da liberdade humana que está envolvida. O que me leva a determinar a produção de prova é o não convencimento ou a desconfiança de que aquilo ali alguma coisa não está batendo. Então entra a questão da experiência pessoal” (J9).

Fato é que a lei atribui poderes probatórios ao juiz tanto no Processo Civil como no Processo Penal e que os julgadores entrevistados não vêem qualquer interferência destes poderes probatórios na sua imparcialidade no julgamento da causa, nem tampouco valorizam a participação da parte no processo. Valorizam, isto sim, a instrução produzida por eles próprios para formar o seu convencimento deixando a parte-cidadã, bem como seu advogado, como uma espécie de platéia da atividade jurisdicional.

Mais uma vez o trecho de entrevista a seguir transcrito demonstra com clareza que, na representação dos juízes, a iniciativa probatória não compromete a imparcialidade, ao contrário ela aparece como função indispensável para o juiz poder julgar. Nítida é também a articulação entre as categorias “justiça” e “verdade dos fatos”. Todavia, o trecho demonstra claramente que além da iniciativa probatória comprometer a parcialidade do julgador, inverte a lógica do raciocínio decisório, isto é, o juiz passa a procurar as provas que confirmam sua hipótese sobre o caso.

“A prática é isso. O livre convencimento é extremamente relativo. Livre convencimento até onde ele é de acordo com a lei. Eu realmente sou adepta de que, hoje em dia, o juiz deve sim produzir prova, ele deve procurar a verdade nos autos, procurar descobrir o que realmente aconteceu pra dar a sentença. Porque essa é a função do juiz. A função do juiz não é simplesmente olhar pro papel e ver qual é a melhor peça produzida, quem escreveu melhor, quem é que produziu a melhor prova e dar a sentença com base nisso. É procurar a verdade dos fatos. É procurar fazer justiça. Isso, eu acho realmente, que é o papel do juiz. E se o juiz tiver que produzir uma perícia, por ordem sua, mesmo que as partes não tenham requerido; oficiar quem quer que seja; descobrir o que realmente aconteceu, acho que deve fazer. O livre convencimento aqui funciona um pouquinho além. Quando chegam os autos, às vezes até pra dar a sentença, eu leio e vejo que está faltando uma prova, mando produzir”² (J7).

A doutrina de Ovídio Baptista da Silva prossegue sustentando “que enquanto o princípio dispositivo diz respeito aos poderes das partes em relação a uma causa determinada, posta sob julgamento, o princípio da demanda refere-se ao alcance da própria atividade jurisdicional. O primeiro deles corresponde à determinação dos limites dentro dos quais o juiz deve se mover, para o cumprimento de sua função jurisdicional, e até que ponto há de ficar ele na dependência da iniciativa das partes na condução da causa e na busca do material formador de seu convencimento; ao contrário, o princípio da demanda baseia-se no pressuposto da disponibilidade, não da causa posta em julgamento,

² Vale ressaltar o fato de J7 ser juiz de Vara Civil, o que demonstra, ao contrário do que diz a doutrina, que o princípio da verdade real orienta ambos os ramos de processo brasileiro, uma vez que é nítida, na representação deste julgador, a ligação que existe entre descoberta da verdade e a efetivação da justiça.

mas do próprio direito subjetivo das partes, segundo a regra básica de que ao titular do direito caberá decidir se o exercerá ou deixará de exercê-lo. O autor explica que o princípio da demanda limita a atividade do juiz aos pedidos formulados pelas partes, ao passo que pelo princípio do dispositivo o juiz fica contingenciado pela iniciativa das partes quanto ao modo de condução das causas e quanto aos meios de obtenção dos fatos pertinentes a esta determinada lide. O princípio da demanda preserva a soberania das partes na determinação das ações sobre as quais elas pretendam litigar; enquanto que o princípio dispositivo, uma vez determinadas as causas sobre que há de versar o litígio, define e limita o poder de iniciativa do juiz com relação a estas causas efetivamente ajuizadas pelas partes, no que respeita à condução do processo e à coleta do material probatório. O princípio da demanda raramente admite abrandamento” (SILVA, 1996:50).

O trecho doutrinário descrito acima deixa a impressão de que ambos os princípios são efetivamente adotados nas nossas práticas processuais. No entanto, as exceções ao princípio dispositivo são tantas que viram regra, sobretudo dados os amplos poderes probatórios que as ditas “exceções” atribuem ao julgador.

Há ainda a descrição do processo decisório que não parte de premissas para, posteriormente, chegar à conclusão. É um processo de raciocínio que chega a uma conclusão apriorística e depois busca elementos de prova que justifiquem a decisão tomada.

O depoimento transcrito a seguir demonstra claramente a representação de que a função do julgador é a de procurar a verdade para poder julgar, em qualquer ramo do processo. Desta forma, os poderes probatórios do juiz são representados como um instrumento indispensável para o julgamento.

Há também, no mesmo trecho, uma interessante e peculiar representação do julgamento como uma escolha que o juiz tem que fazer do “melhor direito” para aquele caso. Assim, se há o melhor direito é porque também há o “pior direito” e na representação dos julgadores, o juiz sabe escolher o melhor direito das partes. Esta inferência aponta para uma característica peculiar do campo jurídico brasileiro que admite várias soluções possíveis para casos idênticos.

Mais uma vez, é nítida a ínfima importância da participação das partes na construção da verdade jurídica e na administração dos conflitos em que estão envolvidas. Fica evidenciada a representação da desigualdade jurídica no plano da aplicação da lei,

entre nós, pois se há mais de um “direito” a ser aplicado ao mesmo caso, as soluções de casos semelhantes podem ser desiguais.

“Mas quer dizer, um processo, se você começar a olhar desde o início, já chega meio demonstrado o que ele é. Às vezes, vêm certas surpresas na contestação, mas isso não é o normal. O normal é a parte pedir a inicial, juntar os seus documentos, você já analisa e a parte vem, concorda ou discorda e traz outros elementos. A questão é analisar se esses outros elementos realmente têm alguma veracidade ou não, mas aí o processo já está muito encadeado. Uma coisa muito rara é a gente ter na audiência de instrução e julgamento uma testemunha que mude o seu convencimento. Isso é uma coisa difícil de acontecer, porque o seu convencimento foi sendo feito desde o início, com as provas que as partes foram montando. Às vezes, na inicial vêm certas provas e você olha: isso realmente é isso... e cita, aí o cara traz outros documentos que já demonstram que a parte autora não tem a menor razão. Então, é muito difícil as testemunhas mostrarem algo diverso daquilo que está no processo. Eu acho que o livre convencimento do juiz, hoje, ele é livre. Ele é relativo com relação ao processo. Acho que em matéria civil, não é mais só processual, acho que normalmente cabe ao juiz procurar a verdade, descobrir a verdade. Como é, e sempre foi, em matéria criminal. Antigamente, quando eu estudei direito, há muito tempo atrás, tinha aquela história de que no direito criminal prevalecia o princípio da verdade real e no direito do processo civil prevalecia o princípio da verdade ficta. Acho que isso é completamente ultrapassado. Acho que o juiz tem sim que procurar a verdade dos fatos. Claro, às vezes tem processos que mesmo assim, depois de você ouvir, fazer tudo, você não sabe qual a verdade real dos fatos. Você também não é Deus. Aquela questão ali você não tem... Aí o juiz tem que julgar. Isso realmente é a função dele, tem que, do jeito que puder, escolher o melhor direito entre as partes. Aí, nessas questões, sem dúvida, ele pode errar. Não tenho a menor dúvida disso, mas aí o juiz tem que decidir. O juiz não pode falar que não tem como decidir” (J9).

Nos discursos dos juízes que entrevistei, encontrei várias tendências de entendimento prático do *princípio dispositivo* que determinam que a jurisdição só deve ser exercida pelo Estado mediante provocação. Todos os argumentos ligados à iniciativa probatória do juiz justificam tais poderes, dizendo que o princípio da inércia deve ser

observado só no início da ação, no entanto, no curso da ação, a iniciativa probatória do juiz não compromete, a seu ver, a inércia, já que sua função é descobrir a verdade real para poder fazer justiça.

No depoimento a seguir transcrito vale ressaltar, primeiramente, que o discurso do julgador aponta para o papel preponderante e central que o juiz tem no processo brasileiro, uma vez que o julgador está lamentando não ter podido dar aquilo que a parte tinha direito, porque esta não tinha pedido. A ignorância da parte de seus direitos é pressuposta pelo julgador, assim como a incapacidade dela de saber o que quer. Por outro lado, está claro no discurso transcrito, que o juiz diz que sabe o que é bom para a parte, mesmo que ela não tenha explicitado isto, o que denota um caráter tutorial da prestação jurisdicional.

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

Outra expressão que chama a atenção no trecho anteriormente transcrito é o “o bom direito dele seria”, pois ela leva às seguintes conclusões: em primeiro lugar, ou a parte não sabe o que quer ou não soube pedir, por seu advogado; em segundo lugar, indica que se existe o bom direito da parte, que o juiz conhece, também existe o direito ruim da parte que foi o que ela pediu. Assim, o *princípio do dispositivo* é representado por este julgador como um empecilho à realização da justiça porque, se ele não tivesse que se restringir ao pedido da parte, ele poderia ter dado a ela o “bom direito”. Cumpre frisar ainda que não houve qualquer menção ao comprometimento da imparcialidade do juiz pela eventual não observância do princípio dispositivo.

Quando o juiz se refere à parte, pode parecer que ele está se referindo ao jurisdicionado, cidadão comum, que é parte do processo, onde é tratado o litígio que envolve seu interesse. No entanto, o juiz acima está falando de um advogado, representante do cidadão, que efetivamente é ator do campo, uma vez que foi o advogado que não soube pedir o que deveria ter pedido.

Em última análise, aparece no discurso mencionado anteriormente, uma luta interna do campo, pois o juiz está dizendo que o advogado da parte não soube pedir. O discurso está, portanto, privado de significado simbólico implícito, uma vez que por mais que o juiz fale na parte, na realidade ele está se referindo ao advogado da parte³. Entretanto, esta confusão entre parte/jurisdicionado e seu representante é recorrente e merece ser explicitada, uma vez que além de ser bastante comum a representação de que a parte cidadã nada entende de direito, muitas vezes, como no caso do comentário feito pelo entrevistado acima, o endereçado de seu discurso é o advogado. Este enunciado implícito também reafirma a hierarquia existente no campo onde os juízes sabem mais, os advogados sabem menos e as partes nada sabem.

Apesar de todos os poderes probatórios atribuídos ao juiz em qualquer ramo do processo brasileiro, segundo a doutrina de Ovídio Baptista da Silva, “pode-se dizer que ainda vigora o *princípio dispositivo*, como regra fundamental ou como simples princípio diretivo, sujeito, porém, a severas limitações previstas pelo legislador em inúmeros dispositivos legais que o abrandam consideravelmente, outorgando ao juiz uma apreciável faculdade de iniciativa probatória, o que, aliás, apenas demonstra que o princípio dispositivo, tal como a doutrina o descreve, jamais foi observado historicamente como norma absoluta” (SILVA, 1996:48).

Os juízes descrevem diferentes percepções do princípio dispositivo, mas raramente deixam de mencionar que usam sua iniciativa probatória prevista em lei para formar o convencimento e depois de chegar à verdade dos fatos e assim fazer justiça. A iniciativa probatória do juiz raramente aparece no discurso dos julgadores como atividade capaz de comprometer sua imparcialidade ou de promover a desigualdade jurídica entre as partes, que deve ser mantida por ser garantia fundamental disciplinada pela Constituição da República de 1988 e por ser princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

“Então, com iniciativa probatória, você não fica vendido, porque se uma das partes não trabalha direito, não faz o seu papel, numa questão fundamental que é a liberdade alheia ou a proteção de bens jurídicos importantes, como a administração pública, se uma das partes não faz o seu papel, o papel do juiz fica vendido. Eu acho que a

³ É muito comum no campo do direito brasileiro haver um grande distanciamento entre o judiciário e as partes cidadãs envolvidas no processo. Neste sentido, ver LUPETTI, 2007.

possibilidade do juiz buscar provas de ofício é fundamental. Sem ela você [juiz] fica vendido, porque se uma das partes trabalha mal ou está de ma-fé, você [o juiz] não tem como desempenhar o seu papel corretamente. No final das contas você não está buscando a distribuição da justiça, você não está buscando a verdade real? Então se você não tem a possibilidade de produzir provas...” (J13).

O trecho mencionado a seguir revela uma representação que coloca o juiz como sujeito principal do processo e demonstra, com clareza, como é pequena e desvalorizada a participação das partes. Mais uma vez, o juiz se coloca numa posição de primazia absoluta, de um poder absoluto no campo. A afirmação de que “tudo é possível ao juiz” desqualifica inclusive a relevância dos discursos dos doutrinadores, preocupados, como temos visto neste trabalho, entre outros princípios, com o da imparcialidade do julgador. Se ele pode tudo, pode ser parcial ou imparcial, o que novamente reafirma a posição de supremacia dos julgadores no campo do direito, desta vez, em relação aos doutrinadores.

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

Pode-se dizer ainda, em face do exposto, que a preocupação dos julgadores com a preservação de sua imparcialidade é relativamente menor do que a dos doutrinadores e do que prescrevem a Constituição da República de 1988, os códigos de Processo Civil e de Processo Penal.

3.DECISÃO SOLITÁRIA, A SUBJETIVIDADE DO JUIZ E O DISSENSO NAS DECISÕES.

A questão da subjetividade foi introduzida nas Ciências Sociais no século XIX e continua sendo discutida até hoje. Desde Hurssell (1986), Max Weber (1974), Alfred Schütz (1993) entre outros. Contemporaneamente, Bourdieu (1990), Goffman (1983) e Foucault (2004), por exemplo, exploram a questão do componente da subjetividade nas ações humanas. Nessa tradição, não há ações propriamente neutras, pois, em todas elas, aparece presente o componente subjetivo dos atores sociais. Exemplo disso pode ser metaforicamente apropriado, na representação que atores diferentes fazem da mesma

peça teatral escrita por um determinado autor. Por mais que o texto seja o mesmo, a interpretação dos atores acaba por dar a cada personagem características peculiares de sua pessoa. Este trabalho demonstra que ainda que os juízes tenham um domínio institucionalizado do saber relativo às suas tomadas de decisões, denominado por eles de saber “técnico”, suas decisões são, sem dúvida, marcadas por características pessoais.

Este trabalho evidencia que as representações dos julgadores no campo do direito brasileiro, variam bastante e as entrevistas explicitam que eles estão pessoalmente reproduzindo a maneira como tomam suas decisões. De seus depoimentos depreende-se que a importância hierarquicamente privilegiada dos julgadores incentiva aspectos do desabrochar de interioridades pessoais específicas, uma vez que a divergência de interpretações legais e doutrinárias frequente, não lhes deixa oportunidade outra que não seja a de construir um discurso próprio sobre as suas decisões.

Neste contexto, a decisão do juiz é solitária, uma vez que a busca da “verdade real” os leva a mergulhar nos autos para encontrá-la. Entretanto, como tal verdade é inalcançável para qualquer ser humano mortal, são eles aparelhados pela crença no *princípio do livre convencimento* e na iniciativa probatória do juiz, ambos os institutos explícitos tanto no discurso legal como no discurso doutrinário. Entretanto, tais explicitações não lhes fornece um entendimento suficiente para justificar suas próprias decisões, o que ensejam as expressões pessoais de suas representações sobre os julgamentos que fazem.

Normalmente, o juiz se vê sozinho diante do que consta nos autos⁴. Para uns basta o que consta no processo, para outros – a grande maioria – é necessário amadurecer o seu convencimento com a produção de provas “do juízo”. O contato com as partes, para os julgadores que o valorizam, serve, como já vimos, para a formação do seu convencimento. Porém, sua decisão é sempre solitária, o que se depreende de várias entrevistas em que afirmam ser a decisão atividade indelegável e incompartilhável, ou seja, da exclusiva competência deles. A valorização das representações que fazem sobre seus atos de decidir, se por um lado os deixa em uma posição solitária, por outro reafirma a supremacia de seu poder no campo. Cumpre frisar que a subjetividade não se confunde com a parcialidade com falta de neutralidade.

⁴ Os juízes cujos depoimentos foram transcritos nesse tese são todos juízes monocráticos, juízes de 1ª instância, por isto este capítulo trata da “decisão solitária”. Assim, esta pesquisa não tratou das decisões dos órgãos colegiados dos tribunais, tema que merece aprofundamento. No entanto, deve ficar claro que o livre convencimento também vigora em instâncias superiores de julgamento, no campo jurídico brasileiro.

Chama à atenção a representação que particulariza a formação do convencimento do juiz e a idéia de que a tomada de decisão tem que ser solitária, uma vez que cabe ao juiz e somente ao juiz decidir. Em muitos casos, notei que a palavra contágio ou contaminação apareciam nas justificativas dos julgadores, para esta necessidade de solidão no momento de decidir. Assim, a idéia é a de que o juiz tem que decidir sozinho cada caso, pois a opinião de outra pessoa a quem o julgador eventualmente recorra para discutir o caso e a decisão a ser tomada contaminará esta decisão.

Para demonstrar a explicitação da subjetividade da tomada de decisões, ponto, no trecho abaixo transcrito, uma contradição que me chamou a atenção. Se por um lado J9 diz que o *princípio do livre convencimento* não é tão livre assim como sugere o julgador, dado o princípio da legalidade, está adstrito aos ditames da lei, por outro ele afirma que o juiz pode se convencer “sabe-se lá porque” com base numa única prova de todas as que foram apresentadas, o que sugere a decisão como uma escolha subjetiva do julgador e não como o resultado de um raciocínio lógico dedutivo.

“Eu acho assim, esse princípio tem que ser muito bem entendido, porque as pessoas pensam - isso é uma coisa do leigo - que o juiz pode decidir da cabeça dele, totalmente da cabeça dele. Assim, do nada. Ele pode inclusive ser contrário àquilo que é apresentado a ele.[provas] Na verdade, eu nunca vi qualquer juiz fazer isto, só no Tribunal do Júri. (...) Então, esse livre convencimento não é um livre convencimento totalmente livre. É um convencimento que tem um certo parâmetro. O parâmetro é aquele campo que o juiz tem na sua frente. Aquilo que a parte produz, aquilo que você [juiz] pede pra ser produzido, aquilo que você [juiz] vê. Então, eu acho que esse livre convencimento é relativo, não é tão amplo como as pessoas pensam que na verdade tem essa liberdade. Não é. Agora, claro que em cima daquilo que é apresentado você tem um livre convencimento.” J9

Vários juízes afirmam, ainda que, muitos fatores externos ao processo influenciam na formação do seu convencimento num determinado processo. São fatores de várias naturezas, aos quais o juiz não está imune, na representação de muitos. No entanto, a influência de fatores externos ao processo no convencimento do juiz é admitida por muitos, mas apresentada como um fator inevitável e negativo. No trecho de

entrevista que se segue, o jogador relata um caso extremamente importante, no qual fatores externos ao processo influenciam e chegam a determinar a decisão.

“De matéria criminal eu não gosto. Acho tudo muito repetitivo. Não há resultado, no exercício da jurisdição criminal, que me agrade. Quando eu estava lidando com matéria criminal nas varas do interior, eu achava que a legislação criminal era muito pesada para a realidade da roça. As punições e o sistema penitenciário são muito pesados para quem comete crime no interior. No interior, é muito comum existir um tipo de furtador que tem o apelido de “tralha” no jargão policial e forense locais. O “tralha” é o carinha que furta tudo. Ele não rouba, jamais usa a violência. Ele só furta. Furta roupas do varal, furta eletrodomésticos, furta bicicleta, furta o que aparecer pela frente. As cidades são pequenas, todo mundo se conhece e ele sabe quando não há ninguém em casa e passa a mão no que estiver pela frente. O que é interessante também é que ele tem identidade e fama na cidade e vira uma espécie de “bode expiatório”. Tudo o que acontece fica por conta do “tralha”, mesmo que não tenha sido ele. Trabalhei em Santa Maria Madalena e em Sumidouro. Sempre há um “tralha”. Todo mês tem sentença de “tralha”. São clientes assíduos. O que acontece é sempre a mesma coisa. Estes caras nunca têm um único processo por furto, pois são reincidentes contumazes. Na primeira condenação por furto, ele vai ter direito aos benefícios da lei 9099; no 2º, se o juiz forçar a barra, ainda consegue enquadrar na 9099, mas depois do 3º tem que mandar o cara para o sistema penitenciário. Aí ele vai cumprir pena de 3 (três) ou 4 (quatro) anos, não faz jus a *sursis* por ser reincidente. Antigamente, antes do programa da Delegacia Legal do Garotinho, ele cumpria a pena na delegacia local, do interior, e depois voltava para a rua e começava tudo de novo, mas o poder ofensivo não crescia. Garotinho, com o programa da delegacia legal, acabou com a carceragem nas delegacias do interior, mas também não fez as Casas de Custódia que estavam previstas para estes casos de crimes de baixo potencial ofensivo. O resultado é que agora o sujeito tem que vir para o presídio aqui no Rio de Janeiro. Vou traçar o perfil do “tralha”. Na maior parte das vezes são analfabetos ou semi-analfabetos; nunca saíram da cidade onde nasceram; são caipiras; têm muito medo da violência do Rio de Janeiro. Com este novo sistema, este cara, uma vez condenado, vem para o presídio de Água Santa e, ao entrar, a primeira coisa que acontece com ele é que ele tem que escolher uma facção para se afiliar. Ele, com

muito medo, escolhe qualquer coisa. Passado o tempo de cumprimento de pena, que é de dois anos mais ou menos, ele tem que voltar. Quando sai da penitenciária, sai junto com outro que é barra pesada, aí combinam de ir para o interior e ele leva o barra pesada para sua cidade. Chegando lá, entra no bar da cidade, ponto de reunião e de divulgação de informações e anuncia que é do Comando Vermelho. Não demorou meia hora para a cidade estar toda fechada. O comércio todo fechado e as pessoas recolhidas nas suas casas, porque o Comando Vermelho estava na cidade. Nesta ocasião, o Prefeito ligou para a juíza, que era eu, para que eu resolvesse o problema, porque ninguém tinha coragem de fazer nada contra o Comando Vermelho. Aí eu me reuni com a delegada e com o promotor para resolver o problema. A solução foi a seguinte: a Delegada registrou a ocorrência de ameaça e o promotor pediu a prisão preventiva por haver perigo à ordem pública. E este cara, vai se fazer o quê? É prisão perpétua para ele? O jeito é pegar um dos processos e condenar de novo. Evidentemente, uma situação como esta vai acabar com o livre convencimento porque agora o juiz tem que resolver o problema da cidade. O jeito, é buscar nos outros processos uma forma de condenar. E o meu livre convencimento? Foi para o espaço! E não é difícil condenar porque o “tralha” leva a culpa de tudo na cidade mesmo que não tenha nada com um determinado fato. Ele funciona como uma espécie de bode expiatório. Antes, eu achava que o sistema penitenciário poderia resolver alguma coisa, hoje tenho certeza que para estes casos é completamente ineficaz e pesado demais.” J4

Por outro lado, um dos julgadores mencionou que houve, há algum tempo, no tribunal, estudos a respeito de um projeto que seria adotar o princípio da identidade física do juiz às avessas, de tal forma que aquele que instrísse o processo não fosse competente para o julgamento. A idéia que orienta esta tese, segundo o juiz entrevistado, é a de que o contato com a parte pode contaminar o julgamento do magistrado, ou ainda, exercer influência sobre seu convencimento, comprometendo a sua imparcialidade. Assim, mais uma vez, o contato com a parte aparece como um fator negativo que pode comprometer a imparcialidade do juiz. Cumpre, pois, chamar a atenção, aqui, para uma tensão existente entre a imparcialidade do juiz e influência que a parte pode exercer sobre o seu convencimento que aponta para uma outra tensão entre uma concepção de verdade jurídica construída consensualmente com a participação das partes, própria dos sistemas acusatórios de processo uma concepção de verdade jurídica ditada pelo juiz, própria dos

sistemas inquisitoriais. Fica também demonstrado que existe uma tensão clara na representação dos juízes entre uma construção de verdade oral, característica dos sistemas acusatórios e uma construção de verdade escrita, característica dos sistemas inquisitoriais, em nosso sistema jurídico.

Nota-se, mais uma vez, que a influência da parte é representada como uma “má influência”. É nítida também a relação que o contato com as partes tem com o comprometimento da imparcialidade do juiz.

“Eu, particularmente, tenho dois questionamentos íntimos. Primeiro, o projeto que foi discutido há um tempo atrás de desvincular isso. O juiz que estivesse diante das pessoas não poderia julgar. Foi até na época que eu estava no mestrado da UGF. Muitos professores achavam que isso era a solução para todas as problemáticas dessa questão da decisão judicial, principalmente nessa área do direito civil. Eu tenho certa reserva em relação a isso porque o papel aceita qualquer coisa. Aquilo que é colocado por uma pessoa que não interagiu com a outra, como é que a pessoa vai decidir com base num papel... É o inverso oposto radical do princípio da identidade física do juiz. Eles queriam acabar com essa identidade física sobre o argumento de que o juiz que tinha presidido a instrução acaba sofrendo certa influência do contato com a parte. Mas se a influência não vier da parte, vai vir de onde? Aí é que está. Eles achavam que a imparcialidade estaria vinculada a esse não contato. Se a pessoa não tivesse o contato não estaria contaminada por uma possível parcialidade. Porque, por exemplo: o juiz se estressa com a parte. A parte é desrespeitosa. Então talvez, em virtude disso, ele tivesse uma tendência a julgar desfavoravelmente aquela pessoa em decorrência desse contato. Só que eu acho que isso é uma ilusão. Porque, o que vai acontecer? Essa é a minha visão, se você desvincula a pessoa que vai julgar do contato com a parte, o poder de convencimento dessa pessoa está extremamente enfraquecido. Porque ele só vai estar diante de um papel e aí o que vai prevalecer é o discurso. Aquele que tiver o melhor discurso, a parte que teve condição de contratar um advogado com o melhor discurso, é a que vai prevalecer. Porque você não vai verificar se aquele discurso que está sendo apresentado é um discurso que realmente tem uma base verdadeira”. J9

“Eu tenho colegas que dizem: Ah, não. Pra que audiência? Vamos julgar tudo antecipado porque se tem meios de julgar antecipado pra que eu vou marcar data na minha agenda. Colocar audiência pra caramba na minha agenda, ficar com a minha agenda entupida simplesmente pra ter um contato com a parte?... Só que sem esse contato com a parte você não chega a nenhum tipo de conclusão real daquilo que está acontecendo. E eu acho que a pior coisa que a pessoa pode ter é ela ter um problema e chegar ao Judiciário, onde ela esperava que fosse a solução do problema dela, e ela se sentir injustiçada. Aquilo é uma dor pra ela que é muito pior do que a dor que ela está sofrendo. É um insulto.” J9

Continuando a mesma fala, o julgador aponta o dilema entre a oralidade e a escritura, presente na construção de verdade jurídica no sistema brasileiro, além de deixar evidente a tensão existente entre a proximidade entre o juiz e as partes e a imparcialidade do juiz. Na representação deste julgador aparece o seguinte dilema: de um lado, a frieza do papel que não leva à formação do convencimento próxima da realidade e submete o convencimento do julgador à retórica do advogado; de outro lado, a observância do princípio da oralidade expõe o juiz à influência da emoção das partes — o que pode comprometer a imparcialidade do julgador – mas, faz o juiz chegar mais perto da “verdade dos fatos”, ainda que esta aproximação dificulte a fundamentação da decisão.

“O outro ponto que eu acho muito estranho e muito difícil pro juiz é o seguinte: a parte chega, ela apresenta as provas, você vê e lê o papel, o papel te dá uma orientação. Você chega a uma conclusão. Poxa, eu vou fazer essa audiência, isso aqui é simples. Pelo que está me apresentando, a minha decisão vai ser num determinado sentido.” E quando você chega diante das pessoas pra ouvir o que ela tem a dizer você acaba chegando a conclusão de que aquilo que você viu no papel não era aquilo que você vê na realidade, ali diante das pessoas. E depois disso tudo é que você vai ter que decidir em relação aquilo que está ali no processo”. J9

Bárbara Lupetti conclui seu trabalho sobre princípio da oralidade nos tribunais brasileiros que: “É importante também explicitar as representações que informam e fazem atuar o princípio nas práticas judiciais brasileiras. As distintas verdades

produzidas nas instâncias processuais, entremeadas entre escritura e oralidade, fazem com que o sistema perca legitimidade perante a sociedade e, ademais, o alto grau de subjetividade expressado na legislação e nas práticas judiciárias permite que situações idênticas tenham representações e soluções distintas, dependendo da pessoa que pleiteia; do Juiz que aplica a norma; e da fase em que se encontra o processo”. (LUPPETI, 2007)

No trecho seguinte, o julgador fala da dificuldade de contato com as emoções das partes, tendo em vista que este contato dificulta a explicitação das razões que o levaram a decidir de determinada maneira.

O trecho denota uma tensão incômoda entre a objetividade que é exigida do julgador e a expressão de razões advindas de sua subjetividade que ele é obrigado a explicitar para fundamentar decisões que se baseiam em impressões pessoais que ele teve a partir do contato com a parte.

É interessante também a alusão a uma iluminação, isto é, ao acesso a um saber revelado, que o ajudou a conduzir-se na decisão da causa.

Vale enfatizar que não há menção no discurso a uma preocupação do julgador de perguntar às partes pessoalmente o que elas queriam e porque tinham estas pretensões.

“Agora outro lance que eu acho que acontece muito é que este contato com a parte muda o ponto de vista da leitura do processo, porque depois que você tem esse contato, nesse ponto é verdade, você começa a ler o que está sendo apresentado pra você sob outra ótica. E isso é que acaba, às vezes, dando ao juiz uma conduta decisória que quem vai ler simplesmente o processo não vai conseguir entender a razão que levou o juiz a decidir de uma determinada maneira.

Resta, no entanto, a questão sobre quais evidências serão consideradas relevantes pelo juiz na sua livre apreciação da prova.

“É muito pobre eu chegar, aplicar uma lei cegamente, sem saber se aquela aplicação da lei está solucionando adequadamente aquele caso concreto. Só porque eu tenho um papel escrito? Ah, mas é a lei. Aí, eles dizem assim: ‘Foi votado por representantes do povo e por causa disso a gente tem que acatar’. Aí eu tenho um outro problema, porque a minha dissertação de mestrado demonstrou que a lei em

nenhum momento foi criada por esses representantes do povo. O povo, na verdade, não influencia nada. Então, se o povo não influenciou em nada, por que eu vou ter que submeter o cara a uma decisão que é mera aplicação de um artigo totalmente fora de contexto. Eu estou negando com isso os direitos muito maiores que ele tem que são o direito a vida, direito a dignidade, etc. Então, todos esses fatores acabam influenciando no meu convencimento. Todos. Eu sei que com isso eu tenho um problema. É o problema de você desconstruir o discurso que é apresentado. Isso é uma função que eu acabo tendo que fazer, de desconstruir a prova. Isso é trabalhoso, mas é gratificante. A partir do momento que eu tenho um convencimento de que a decisão mais acertada é aquela, eu vou desconstruir o discurso do cara ali. Eu sei que eu tenho que explicar àquelas pessoas o porquê de eu ter decidido daquela maneira, gostando eles ou não. E eu sei que aquilo está passível de um recurso, também.” J9

É recorrente nos discursos analisados a idéia de que a decisão do juiz tem que ser tomada exclusivamente por ele, sem que haja influência de qualquer pessoa ou fator externo ao processo. É muito freqüente a idéia de um possível “contágio” da decisão que sofrer influência de algum fator externo.

“O livre convencimento do juiz não é tão livre assim porque afinal ele está preso ao positivismo e a lei. Depois os juízes estão presos ao entendimento dos tribunais e, por isto, não são tão livres assim. É por isto que juízes novos são tão conservadores!” Continuou a refletir e disse: “O trabalho do juiz é um trabalho muito solitário, o juiz fica preso aos limites dele próprio porque não tem com quem trocar. Ele fica preso ao que tem da vida própria vida dele!”(Serventuária do gabinete de um juiz)

O trecho acima transcrito foi parte de uma conversa que tive com uma oficial de gabinete de um dos juízes entrevistados enquanto eu esperava por ele para a entrevista. Resolvi transcrevê-lo por achá-lo extremamente elucidativo da carga de solidão e subjetividade das decisões judiciais.

Os trechos que se seguem foram ditos por juízes e explicitam os mesmos pontos, trazendo algumas variações sobre o tema.

O trecho abaixo revela um valor negativo atribuído às práticas de consensualização de decisões. A idéia de influência como algo negativo e contagioso aparecem com a palavra “inculcação de idéias.”

“Decidir é um ato solitário na maior parte das vezes. Raramente procuro saber a opinião de um colega a respeito de um determinado caso para me ajudar a decidir. Estes contatos são informais, normalmente feitos por telefone. Não acho que as práticas de consensualização fazem falta, pois elas trazem o risco de haver inculcação de uma determinada posição.” J3

O próximo trecho traz o dilema da decisão entre várias decisões possíveis e sobre a ponderação das possíveis ponderações sobre as implicações sociais de uma decisão. É comum a idéia de que o Judiciário deve tomar para si a função de realizar a justiça social privilegiando os “menos favorecidos” e “mais fracos”.

“Decidir é um ato solitário. Eu tenho uma figura super interessante pra isso. O desembargador F ele uma vez falou na minha posse aqui pra entrância especial, e foi uma coisa que eu acho sensacional, agora. Pegou aquela música do Peninha e disse exatamente o momento de decidir do juiz. “As vezes no silêncio da noite eu penso no antes, no agora e no depois”. Eu não consigo decidir sem identificar o que está acontecendo, o que eu vou fazer e o que vai acontecer daqui pra frente. Isso ficou marcante na minha vida. Tem coisas que você interpreta: “Meu Deus, posso decidir para os dois lados”. O código de defesa do consumidor me permite muito isso. Sempre que tiver alguma dúvida na interpretação vamos beneficiar o consumidor. O lado social que eu te digo. Então ele te bota em cima do muro. Vamos lá pro lado do consumidor porque ele é mais fraco”.

“Agora, que é um ato extremamente solitário, é. Muitas vezes extremamente desgastante. Dependendo da situação e dos valores que estão em jogo, não é valor econômico, é o valor moral em jogo, é uma coisa extremamente desgastante.” J6

“Eu acho que o princípio complementa a atividade do julgador. Faz parte da atividade. Você quer saber se eu, analisando a prova, se eu amenizo a minha dor de julgar com as informações que eu recebo. Eu

tenho que julgar com isso. Essa é a forma que eu tenho realmente de viver, né. O juiz vive convencido pelas outras partes. Se não, ele não vive. O juiz não pode sair por aí se convencendo. É complicado demais. Aí você não dorme”. J6

O trecho seguinte demonstra que a própria máquina judiciária brasileira impõe a decisão solitária uma vez que não cria mecanismos de consensualização de decisões. As práticas de discussão são tão pouco utilizadas, e a idéia de consenso é tão pouco conhecida que um dos julgadores desenvolve uma interessante idéia de formar um “consenso consigo mesmo”.

“Não é que discutir a questão com alguém atrapalha, é que a gente não tem com quem discutir. A pessoa que eu tenho mais contato aqui é a minha secretária, às vezes a gente até comenta alguma coisa, mas discutir casos mais complexos que realmente tenha que decidir não tenho ninguém pra conversar, porque a secretária pode até falar, mas realmente não é alguém que vá influir na minha decisão. E a gente não tem ninguém pra conversar, a gente não tem nenhum desembargador, não tem ninguém com quem a gente possa conversar”. J9

“Não. Eu fico pensando. Eu pondero todas aquelas informações que são apresentadas, tanto por uma parte, quanto pela outra. Se eu tive a oportunidade de entrar em contato com a pessoa, aquilo que eu vi, aquilo que eu verifiquei, eu vou comparar aquilo que está ali (escrito) com aquilo que eu vi e vou tentar chegar a um consenso de idéias na minha cabeça sobre o que realmente aconteceu. Qual é a situação daquelas pessoas.” J9

“Consenso seu? Com você? Você não está discutindo com ninguém?” “Não. Consenso meu, comigo mesma. Às vezes, pra isso serve muito dirigir. Porque quando eu estou dirigindo, eu entro às vezes no piloto automático e eu começo a pensar no caso que eu tenho que decidir. Às vezes, eu vou dormir, não consigo dormir pensando naquilo. Às vezes eu vou dormir e durmo porque eu estou morta de cansada, mas aí no meio da noite eu acordo com uma coisa nova na minha cabeça sobre aquele caso. Às vezes eu saio, estou cansada, vou ao cinema e quando eu volto eu leio de novo pra ver se tem alguma coisa ainda que eu não vi, que eu deixei passar, pra poder agregar nessa grande receita

de bolo que você vai usar pra decidir depois. Isso é muito complicado.”

J9

É muito comum os juízes fazerem menção às discussões “em tese” e mencionarem a formação de convencimento sobre matéria de direito, isto é, discute-se qual a melhor interpretação de uma norma e não a decisão de um caso concreto ou da matéria de fato, objeto de prova num determinado processo. Na representação dos julgadores, especialmente dos juízes do Tribunal de Justiça do Estado, as manifestações indicam uma valoração negativa para qualquer prática de discussão de casos concretos. É como se assim o juiz estivesse delegando sua própria função e até mesmo sua investidura. A decisão passa, assim, a ser um problema que deve ser resolvido pela consciência individual de cada juiz.

“Os Defensores Públicos e os promotores sempre trazem coisas novas. Assim como a gente também leva coisas novas para eles. Assim a gente vai intercambiando, criando as nossas orientações, os nossos precedentes do ponto de vista estritamente técnico, não estou falando da análise da prova nem de formação de convencimento. É lógico que acaba interferindo, porque a forma de interpretar a lei vai interferir de alguma forma na formação do seu convencimento. Agora, a questão de decisão solitária é outra coisa. Na formação da convicção eu não admito que haja participação do promotor e do defensor de jeito nenhum. Aliás, eu não admito que haja participação de qualquer pessoa. A formação de convicção é solitária mesmo. Porque a convicção é minha. A gente tem que partir do princípio que o Estado me paga para fazer isto, eu escolhi esta atividade, eu sou um profissional que está preparado para julgar solitariamente. O julgamento do juiz singular é solitário. Por isto que nós temos vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos, independência funcional, algumas inúmeras garantias como, por exemplo, não ser responsabilizado se não agir com dolo ou fraude, o que dá ao juiz a chance de errar. Então estas são coisas inerentes à minha atividade as quais eu não posso delegar, né?” J9

“Eu só comento os casos com outros indiretamente. Em tese. Senão eu estaria transferindo para outra pessoa a minha função. O que deve me influenciar: os valores que eu agrego e as provas que eu colhi. Pode até me atrapalhar. Se eu começar a ouvir um e outro e outro. Vai

acabar me atrapalhando porque vai acabar me trazendo insegurança. São muitas informações. Não é importante que eu tenha muitas informações, é importante que eu tenha as informações suficientes para decidir. Se eu começar a levar em consideração fatores extra autos, além de me prejudicar, eu vou prejudicar as partes atuantes no processo, os atores, e o próprio acusado. Então eu acho que essencialmente a atividade de julgamento é solitária. Nós temos dois meses de férias exatamente por isto: o nosso trabalho é diferente dos outros mesmo. É uma atividade... Se você levar a sério, como eu... Eu tive vários, vários, vários dramas de consciência.” J7

Malgrado a discussão e a busca de decisões consensuais não sejam valorizadas positivamente nas práticas decisórias e ainda que sejam invocados atributos como a intuição, o “feeling” e etc., o alto grau de subjetividade das decisões não é tampouco visto como algo positivo, o que indica que se aventa a possibilidade do juiz, para decidir, se isolar de qualquer “influência externa”. A “influência da subjetividade”, que poderia ser dito o grau de subjetividade é muito bem justificado no depoimento abaixo apresentado, fato que demonstra que não é exatamente “bem visto”. Há também, no mesmo trecho, uma curiosa representação de que o juiz pode ser um ser vazio de experiência.

“Agora, eu não nego e até me coloco aberta a crítica, que alguma experiência pessoal, às vezes, influencia no caso. O ideal é que não influencie, mas eu tenho desconfiança dessa colocação de que a gente não pode. Primeiro porque eu tenho uma lei dizendo que o juiz pode julgar de acordo com a sua experiência. A experiência é totalmente subjetiva. Ela pode ser uma coisa boa, como uma coisa ruim, porque se o indivíduo não tem experiência nenhuma na cabeça dele vai ser um vazio. O emocional dele vai ser um vazio e com isso ele vai deixar escreverem na consciência dele tudo aquilo que a outra parte quer que ele se convença. Então se eu nunca tive contato com plano de saúde, eu não sei se isso aqui acontece então a minha experiência é um vazio. Se a minha experiência é um vazio, eu vou deixar que aquele que for melhor de escrita, de discurso me convencer. E pior, é capaz de isso aqui passar a ser a minha experiência e eu acabar aplicando nos outros casos também. Então, eu acho que essa questão de deixar o juiz julgar com regras de experiência tem esse ponto que é complicado. Agora eu fico

pensando assim, o juiz não vive numa bolha. Ele tem uma história, ele tem um passado e aquele passado vai influenciar ele na hora do julgamento. Tem gente que diz que isso é um absurdo, que na hora de julgar é como se o juiz fizesse a incorporação de um caboclo, uma espécie de um cavalo que recebe a entidade. Eu não sei quem é que monta, mas já me perguntei isso. Eu pouco falo e muito observo e já percebi que muitas vezes o espírito incorporador é o legislador. A sensação do cara é que ele não quer saber do real. Ai é que eu digo que você acaba sendo um computador. Porque você vai olhar, isso eu encaro como uma fórmula matemática. “Isso está em qual artigo? Está no tal. Então o fato é esse e o artigo é esse.” Eu acho que as vezes quando a pessoa desincorpora do seu eu deve ser uma coisa assim pro cara decidir. De onde que ele vai tirar fundamentação?” J9

Há ainda, um aspecto interessante que diz respeito ao peso que a tomada de uma decisão pode representar pessoalmente para o juiz e o quanto ela pode ser nociva para ele próprio, se o juiz pensar no alcance social da decisão.

“Eu efetivamente não penso no alcance da decisão na vida das partes envolvidas. Não penso, senão eu não consigo. Se eu for pensar que eu tenho que despejar uma família com 8 filhos que não tem pra onde ir, eu não vou trabalhar. Eu vou ter que parar com o meu trabalho. Então eu não penso. Então eu realmente me abstraio totalmente. É até uma frieza que a gente adquire, porque senão você não consegue trabalhar. Se você for dar um despejo a uma pessoa, despejo aqui é aos montes, pessoas que não pagam nada, não pagam há dois anos porque o cara está desempregado, mas o locador também precisa do imóvel, o imóvel é dele. Eu não tenho outra opção. Eu não posso simplesmente ignorar a propriedade do locador e deixar o locatário morando sem pagar. Eu não posso fazer isso. Mas se eu for pensar que eu estou desalojando aquela família com filhos que não tem pra onde ir, eu vou ficar louca. Eu não vou conseguir trabalhar mais. Não vou conseguir dormir, não vou conseguir nada. Então eu me abstraio totalmente. Eu não penso. Eu dou uma sentença de despejo numa frieza total. É um papel. É uma coisa triste de dizer, é uma coisa até pouco caridosa. Você modifica a vida de uma pessoa e você não pensa nas conseqüências ou nela, mas eu acho que cada um tem que achar uma forma de trabalhar e de viver. Se eu começar a pensar nisso eu... Quantas pessoas eu já

desalojei da casa, quantas famílias eu já coloquei pra fora da casa. Se eu começar a ficar remoendo isso, eu não vou conseguir mais trabalhar. Mas a verdade é que eu também não posso fazer nada”. J8

No trecho abaixo, mais uma vez aparece a representação de que a decisão do juiz tem que ser solitária, e uma interessante concepção de que a atividade do juiz pode ser comparada a de um psicólogo, que ouve e depois decide a vida do cliente, sozinho. Segundo a representação deste julgador, o psicólogo sabe o que fazer com a vida do seu cliente, assim como o juiz sabe o que fazer com a vida do jurisdicionado.

“Você discute com alguém pra formar o seu convencimento?” “Tanto quanto um psicólogo discute. Chega um momento que ele decide a vida do cliente. Ou o psiquiatra, ou o psicoterapeuta... Ele decide o que fazer com o cliente. Qual a orientação. Uma vez eu ouvi uma mãe dizer que achava que o filho dela, ela era casada com um psiquiatra, e ela achava que um dos filhos tinha sido mal encaminhado pelo cara que fez a psicoterapia dele. E na verdade todos nós tomamos decisões de como atuar, de como fazer isso ou aquilo e quem tem que tomar decisões de caráter geral tem que parar a assessoria e decidir mesmo. Há uma tendência da sociedade brasileira de querer entrar na cabeça do juiz e querer dar a eles as regras de como é que ele tem que decidir. Mas então não precisa de juiz. Quando se faz a opção de ser um juiz, se faz a opção de ter esse tipo de conduta, porque o ser humano é indivisível. Se você escolhe um juiz, então é ele quem vai decidir. É a mesma coisa com o corpo de jurados. Não dá pra querer controlar um juiz como se fosse um controle remoto”. J11

“A maior dificuldade que o juiz tem hoje é exatamente decidir sozinho. O juiz precisa ser um homem solitário no momento da decisão. Porque ele tem que decidir de acordo com a sua consciência e não com a consciência dos outros ou com as pessoas externas. J12

“O juiz tem que ser solitário. Ele tem que decidir e prestar contas da sua consciência e não com as pressões ou opiniões alheias. Então a idéia base é o seguinte, o juiz pode procurar fatores externos para o conhecimento intelectual. Qual seja o esclarecimento sobre uma nova técnica, ou até controversas jurídicas, opiniões de fulano,

beltrano, para questões doutrinárias, para questões jurídicas, normas técnicas. Agora, pra decidir efetivamente o destino daquela pessoa ele não pode sofrer pressões nem contaminações externas. Ele não pode dizer assim: “O que você acha?” J1

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho é uma parte de pesquisa mais ampla que teve como objeto a representação dos juízes sobre *o livre convencimento*, a partir da análise de três discursos: o da lei, o da doutrina e o dos juízes entrevistados. O princípio do livre convencimento é categoria que, em princípio, informa a avaliação do material probatório no processo judicial brasileiro. No entanto, com base no material colhido em campo, conclui ser esta uma categoria dominante e fundamental no campo do direito brasileiro porque informa toda a prática decisória e ganha significações as mais diversas, que, muitas vezes se afastam completamente daquilo que está escrito nos manuais. Esta categoria entrelaça-se a outras – justiça, verdade real, iniciativa probatória e imparcialidade - também expressas no depoimento dos julgadores entrevistados, cuja articulação também é objeto das minhas reflexões aqui expostas.

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

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

De forma nitidamente naturalizada e pouco perceptível pelos operadores, o direito às garantias processuais não são visíveis, o que introduz discussões infundáveis sobre a natureza do processo ser acusatória ou inquisitória. Geralmente, a inquisitorialidade costuma ser mais atribuída ao processo penal do que ao processo civil. No entanto, como se demonstrou, esta separação não se verifica na prática, segundo os depoimentos transcritos, uma vez que a disponibilidade da iniciativa probatória do juiz tem supremacia sobre o contraditório e sobre o princípio dispositivo, que determina, segundo a doutrina e a lei, que o ônus da prova cabe às partes.

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

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

O *livre convencimento* e suas categorias correlatas concedem ao juiz um destacado poder no campo jurídico brasileiro, uma vez que, antes de tudo, fica clara

a sua supremacia sobre todos os que postulam no processo. Fica também evidente o seu poder de dizer o direito. Esta prerrogativa, no entanto, pode levá-lo a enfrentar uma luta regulada, da qual, nem sempre sai vencedor. Isso acontece quando sua decisão é reformada por instâncias superiores. Acrescenta-se, ainda, a disputa enfrentada pelos magistrados por promoções, sobretudo por merecimento, na qual o reconhecimento de sua atuação pelas esferas mais altas do Tribunal e suas relações pessoais com tais instâncias da magistratura podem levá-lo a obter sucesso em sua pretensão de ascender na carreira⁵.

Além de sobreposicionado em relação aos postulantes – partes, advogados, defensores, procuradores e ainda o Ministério Público – o julgador também não se submete necessariamente aos ensinamentos doutrinários, particularmente quanto ao exercício do *livre convencimento* e, nesse sentido, contribui para o rebaixamento da doutrina que encerra o saber do campo e a reprodução socializada do saber jurídico. Nesse sentido, o poder do julgador fica ungido por um sobressaber, ou seja, um saber que está acima e além da doutrina e da lei, uma vez que como dito por J20 em sua entrevista, “quem diz o que a lei diz é o juiz.”

Vê-se, assim, que a administração institucional de conflitos no Judiciário brasileiro está, em grande parte, comprometida com o desfecho que os conflitos encontram nas sentenças.

No sistema processual brasileiro, o juiz tem, portanto, um lugar central e de certa forma, autônomo, uma vez que seus amplos poderes probatórios tanto no processo civil, como no processo penal e ainda no processo trabalhista, fazem com que, na prática, ele não dependa das partes para formar seu convencimento. Tal característica afasta o sistema brasileiro de construção de verdade processual de ser um sistema baseado na construção de consensos sucessivos. Sendo assim, as regras relativas ao ônus da prova tornam-se praticamente sem sentido, uma vez que o juiz não depende das provas produzidas ou sequer requeridas pelas partes, tendo em vista que pode e deve ele próprio produzir o que achar conveniente. O processo judicial brasileiro, como foi demonstrado, tem o objetivo de *descobrir a verdade dos fatos*, a *verdade real*, para que o juiz, tendo formado o seu convencimento possa, assim, fazer *justiça*.

⁵ As reformas ou aceitação de suas sentenças na esfera recursal podem influenciar positiva ou negativamente na ascensão de sua carreira. Lutas mais acirradas ainda ocorrem no campo na escolha dos componentes do quinto constitucional.

Pelo que restou demonstrado nesse trabalho, os juízes brasileiros tratam o *livre convencimento* como um procedimento, que, como está dito por eles, tem aspectos voluntaristas e de poder com grande carga de subjetividade. O isolamento de nossos juízes para decidir é um ato de poder, corroborado pelo controle do juiz sobre o processo, por causa da *iniciativa probatória*, mola mestra para encontrar a *verdade real*.

No Brasil, diferentemente do que provavelmente ocorre nos processos judiciais na França e nos EUA, onde o processo judicial pode ser visto como um ritual (GARAPON, 2003), o processo judicial assume feição particularizada que depende de cada juiz, uma vez que, como ficou demonstrado, na representação dos juízes brasileiros o *livre convencimento* é livre. Além disso, nossos juízes têm, segundo sua representação explicitada nas entrevistas, a “missão” fundamental de chegar à *verdade real* para terminar com o conflito que põe em risco a vida em sociedade, o que não existe, nem é objetivo visado pelos franceses, nem pelos norte-americanos.

Soma-se ainda ao exposto, como vimos nas entrevistas, que a lógica do contraditório e a valorização de várias interpretações diferentes da lei, não literais, fomentam o dissenso no campo jurídico brasileiro, o que permite ao juiz o convencimento livre também em matéria de direito.

Pelo exposto, podemos concluir que o processo judicial brasileiro, antes de ser representado pelos julgadores como a garantia das garantias fundamentais para o cidadão de um Estado Democrático de Direito, que tem no poder judiciário o guardião da efetividade dos direitos civis no nosso sistema, aparece como um instrumento do Estado para “dirimir os conflitos” e promover a “paz social” – como se isto fosse possível numa sociedade de mercado, como a brasileira – já que estes são considerados, como demonstram as entrevistas colhidas, incompatíveis com a existência da sociedade.

Os juízes assumem assim, em sua representação, um papel muito importante que não é o de garantia dos direitos civis da cidadania, mas de garantidores da existência da própria sociedade ameaçada de extinção pelo conflito, o que lhes confere o “*poder-dever*” de “*descobrir a verdade real*” e “*fazer justiça*”.

REFERÊNCIA:

Bourdieu, P. (1990). *Coisas ditas*. São Paulo: Brasiliense.

Foucault, M. (2004). *Hermenêutica do sujeito*. São Paulo: Martins Fontes.

Franciulli N. D. (2005) *Dez Anos Sem Frederico Marques*.

http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/297/4/Dez_Anos_sem_Frederico.pdf

(consultado na internet em 16 de março de 2007).

Garapon, A. P. Ioannis. *Juger en Amérique et en France: deux cultures juridiques distinctes*. França: Odile Jacob, 2003.

Gerth, H. y Wright M. C. (1963). *Caracter y estructura social*. Buenos Aires: Paidós.

Goffman, E. (1983). *A representação do eu na vida cotidiana*. Petrópolis: Vozes.

Husserl, E. (1986). *A idéia da Fenomenologia*. Lisboa: Edições 70.

Lupetti, B. (2007). *O princípio da oralidade às avessas: um estudo empírico sobre a construção da verdade no processo civil*. Dissertação de Mestrado em Direito – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.

Schütz, A. (1993). *La construcción significativa del mundo social*. Barcelona: Paidós Ibérica.

Silva, O. B. da. (1996). *Curso de Processo Civil*. Vol. I. Processo de Conhecimento 3ª. Edição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.

Weber, M. (1974). *Sobre a teoria das Ciências Sociais*. Lisboa: Editorial Presença.