

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Ser Humano ou Ser Juiz:
Etnografia da Persuasão Racional

EDUARDO CRAVO JUNIOR

BRASÍLIA
2011

EDUARDO CRAVO JUNIOR

Ser Humano ou Ser Juiz:
Etnografia da Persuasão Racional

Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de Brasília como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Globalização, Transformações do Direito e Ordem Econômica.

Orientador: Professor Dr. Frederico Henrique Viegas de Lima
Co-orientador: Professor Dr. Luís Roberto Cardoso de Oliveira

BRASÍLIA
2011

RESUMO

A minha vida diária nos tribunais ao longo dos anos me fez perceber a enorme distância entre a teoria jurídica e a prática dos tribunais. Desta forma, compreender a razão pela qual o que é dito na lei e na doutrina não acompanha o que é realizado no cotidiano do judiciário passou a ser um grande desafio para mim, motivando de forma determinante a escolha do tema do presente trabalho.

Interessante perceber que o tema proposto se relaciona diretamente com a forma pela qual nós, que vivenciamos o direito, acreditamos que a “verdade” jurídica é formada. Daí a importância fundamental para o desenvolvimento da dissertação.

Assim, a relação se dá da seguinte forma: a lei normatiza uma determinada conduta; as mais variadas formas de interpretação de como esta normatização deve ser aplicada são usadas pelos juízes no caso concreto; chega-se então a um resultado objetivo, ou seja, o veredito da querela.

Contudo, ao ser feita a normatização e mais tarde a análise doutrinária e jurisprudencial da aplicação da lei aos casos concretos, os pensadores do direito se lastreiam, na maioria das vezes, apenas aos elementos objetivos do julgado, quais sejam: o que a norma diz e se a conduta descrita na demanda se encaixou aos ditames legais. Usando de forma determinante os seus próprios elementos subjetivos como norteadores da análise crítica, ignorando outros elementos que poderiam e que de fato compõem o julgamento de uma lide.

Deste modo, vivemos em uma utopia jurídica ao entender que aos juízes, no momento de aplicação da lei ao caso concreto, está vedado o uso de fatores sociais, emocionais, psíquicos, religiosos, de gênero enfim, fatores externos ao processo, mas muito presentes na personalidade e no caráter de cada ser humano.

Portanto, o desenvolvimento da presente pesquisa tem como objetivo desvendar a real metodologia que é aplicada na prolação da sentença encoberta pela “naturalização” dos rituais e da utopia jurídica que transformam o Juiz em um ser que transcende a natureza humana.

ABSTRACT

My daily toil in the courts over the years has made me realize the enormous distance between legal theory and the actual practice of the courts. Thus, understanding why the judiciary routinely does not follow what the law and the doctrine say has become a great challenge for me, a crucial motivation in the choice of this work's theme.

It is relevant to point out that the proposed subject is directly related to the way in which we, who experience the legal process, believe that the legal "truth" is created. Hence, the fundamental importance in developing this dissertation.

Therefore, the relationship occurs thusly: the law regulates certain conducts; judges then employ the most varied forms of interpretation of how these standards should be applied in actual cases, whereupon an objective result is achieved, i.e. the verdict.

However, by standardizing and later analyzing the doctrinal and jurisprudential enforcement of the law in concrete cases, legal thinkers base themselves, most often, merely on the objective elements of the trial, namely: what the standards say and whether the conduct described in the demand fits the legal dictates. Using, in a determinant fashion, their own subjective elements of critical analysis as a guide and ignoring other elements that could, and in fact do, constitute the judgment of a case.

Thus, a legal utopia is created by the perception that, when applying the law to cases, judges are not allowed the use of social, emotional, psychological, religious, or gender factors, among others. Factors which are external to the case, but very present in the personality and character of every human being.

Therefore, the development of this research aims to unravel the real methodology applied to the delivery of a judgment clouded by the "naturalization" of rituals and utopias in the legal system that transform a judge into a being that transcends human nature

Sumário

Introdução.....	6
CAPÍTULO I.....	11
1 A descoberta da Antropologia.....	11
1.1 O saber Jurídico.....	17
CAPÍTULO II	22
2 Persuasão racional ou livre convencimento motivado	22
2.1 Evolução histórica.....	22
2.2 O sistema da prova legal ou tarifada	23
2.3 O sistema do livre convencimento íntimo	25
2.4 Sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional.....	27
2.5 A persuasão racional na sistemática atual.	30
2.6 Máximas de Experiência.....	34
2.7 Máximas de Experiência e Usos e Costumes.....	36
2.8 Máximas de experiência e o senso comum	37
2.9 Conhecimentos privados do juiz.....	38
Capítulo III	40
3 O empirismo e a doutrina.....	40
3.1 Análise dos dados colhidos.....	45
3.2 O acordo.....	46
3.3 As máximas de experiência	52
3.4 O “bom senso”	55
3.5 A valoração da prova	65
CAPÍTULO IV.....	76
4 Ser humano ou ser juiz	76
4.1 A “Nova” sistemática	86
1. Conclusão.....	90
Bibliografia.....	93
Da Internet.....	97

Introdução

Julgar. Verbo conjugado por todos nós inúmeras vezes ao longo de nossas vidas. Durante os dias tomamos um sem número de decisões: algumas relevantes, outras de tão simplórias são tomadas de forma automática, sem muita reflexão. Porém, das mais simples às mais complexas, todas passam por um mesmo processo mental de construção.

Os mecanismos e elementos desse processo mental são, há muito, estudados pelas ciências médicas e psicossociais, contudo foram seriamente relegadas ao esquecimento pela doutrina jurídica.

Entender o que leva uma pessoa a escolher e decidir por um certo caminho é uma tarefa extremamente ingrata, todavia, no campo do jurídico esta tarefa se mostra fundamentalmente necessária, tendo em vista a enorme repercussão que uma sentença tem na vida dos jurisdicionados.

Inúmeras vezes me deparei com a embaraçosa situação de ter que explicar a clientes o porquê de sua pretensão não ter sido contemplada, sendo que a de outro patrocinado na mesma situação, com identidade nas razões e fatos do pedido, fora contemplada. Como explicar o que eu até aquele momento achava inexplicável?. Pois nem eu mesmo entendia como era possível tal discrepância de pensamentos dentro de um mesmo Tribunal.

Esse fato sempre me causou certo estranhamento, pois a nossa sistemática é concebida para dar liberdade ao convencimento do juiz, sem, contudo, permitir que fatores externos ao caso sejam preponderantes na decisão. Assim, a decisão tem, necessariamente, que respeitar as provas contidas nos autos, evitando-se favoritismos, predisposição ou preconceito¹.

Mas foi em agosto de 2004 que se mostrou para mim o exemplo mais latente de que realidade e Doutrina não falavam a mesma língua. Naquela ocasião foi levada ao Supremo Tribunal Federal a discussão sobre a interrupção da gravidez de um feto anencéfalo. Aquele caso me chamou muito a atenção e passei a seguir de perto toda a discussão.

¹CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA NACIONAL (Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337). Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

Para mim, mais interessante ainda era ver como o Procurador-geral da República, à época o Doutor Cláudio Fonteles, iria enfrentar a temática, afinal era um tema controverso que certamente desembocaria em uma discussão religiosa e seus princípios e, como é do conhecimento da maioria, o ex-Procurador-geral é católico praticante. Influenciado ou não pela religião o fato é que o parecer ministerial foi contrário à interrupção da gravidez.

Apesar de esse episódio ter sido proporcionado por um membro do ministério público, – a quem este trabalho não está direcionado – a partir desse momento, passei a procurar traçar, quando possível, o perfil de cada magistrado responsável pelo julgamento das minhas ações.

Contudo, ainda persistia a dúvida sobre como os magistrados construam a sua convicção, quais elementos eram fonte de influência para eles. Em diferentes momentos pude perceber que a racionalidade da motivação da sentença poderia ser apenas um subterfúgio para maquiagem as reais razões do julgador. Desta feita, passei a me perguntar: nossa sistemática é realmente livre de personalidades? Livre dos preconceitos tão comuns a nós seres humanos? Pode o juiz se desnudar de suas convicções íntimas na hora de julgar? Se transformando na personificação do Estado? Quanto mais eu me distanciava da dogmática jurídica, mais próximo ficava da resposta a estes questionamentos.

Durante o mestrado algumas das minhas inquietudes com relação à sistemática jurídica eclodiram. O que antes era apenas resignação com a realidade jurídica se transformou em incômodo e desse incômodo surgiu o questionamento e a não aceitação da realidade que nos é imposta.

Porém, eu não me sentia pronto, dotado de instrumental suficiente para alcançar qualquer tipo de conclusão. Primeiramente, porque sou fruto do Sistema. Por anos trabalhei e ainda trabalho dentro da sistemática etnocentrista e hermeticamente fechada que é o Direito. Assim, toda a realidade que, até então, eu conhecia era a realidade dos manuais, doutrinas, códigos etc., os quais foram e ainda são meus companheiros inseparáveis no cotidiano de trabalho.

Sendo assim, a primeira coisa que eu precisava fazer para ter uma visão mais ampla da problemática era me afastar o máximo possível da realidade a que estou acostumado. Daí se deu o meu encontro com a Antropologia Jurídica, matéria oferecida pelo Professor Dr. Luís Roberto Cardoso de Oliveira.

Nestas aulas pude pela primeira vez ter contato com uma ótica diferente daquela com a qual eu estava habituado. Institutos como a neutralidade e a imparcialidade ganharam novos contornos com a leitura proposta pela Antropologia Jurídica.

Assim, a neutralidade seria a pretensão de eliminar as pressuposições e personalidades do julgador, algo inatingível. Já a imparcialidade é, além da conhecida paridade de armas entre os contendores, a não exclusão de nenhum argumento de forma arbitrária, ou seja, sempre que o julgador for questionado apresentar de forma argumentada o seu ponto de vista.

Os critérios que garantiriam a imparcialidade no nosso sistema funcionam de forma precária, pois se eles aparecem de forma bem definida na paridade, na limitação do campo probatório (não existe vida fora dos autos), esta mesma preocupação não atinge níveis profundos quando se trata da exclusão ou escolha da validade dos argumentos que sustentarão a formação do convencimento do julgador.

Evidentemente, com as aulas o meu desconforto com a sistemática jurídica apenas cresceu, se espalhando como um vírus por toda a dogmática jurídica. Contudo eu precisava delimitar esse vasto campo a algo mais simples e palpável, algo capaz de ser enfrentado em uma dissertação de mestrado. Todavia, ainda me sentia despreparado para o debate que estaria por vir, sem o instrumental necessário para lidar com a problemática que estava disposto a enfrentar como tema de pesquisa.

A dogmática jurídica trata a persuasão racional como princípio posto e insuperável, apesar do claro antagonismo encontrado quando confrontamos prática e teoria. Contudo, a prática, na maioria das vezes, não é levada em consideração pelos juristas na formação do pensamento doutrinário jurídico, mantendo os dogmas jurídicos blindados da influência das práticas dos tribunais.

Assim, o ensino jurídico nos condiciona a enxergar a sistemática de dentro para fora, impedindo que tenhamos uma visão panorâmica do que ocorre, efetivamente, com o Sistema.

Desse modo, como saber de forma concreta e segura quais são as representações usadas pelos julgadores no momento em que estão formando o seu convencimento sobre a problemática posta? Certamente, com as ferramentas dadas pelo mundo jurídico isto não seria possível, pois como já foi dito, para nós do Direito

o Sistema funciona de forma coerente e usar o dispositivo legal como base para toda a construção do pensamento jurídico é suficiente para direcionar e limitar a formação do convencimento.

Contudo, a experiência nos corredores do judiciário me trouxe outra sensação: a de que a Lei não é mecanismo suficiente para inibir o arbítrio das decisões, nem tampouco, impedir o uso de personalidades nas soluções dos conflitos.

Desta feita, parti em busca de um mecanismo que me permitisse explorar esse lado obscuro para o Direito, mas fulgente para outras áreas do conhecimento.

Digo isto por que para a Ciência Jurídica o lado humano consegue facilmente ser afastado da vida jurídica, apenas e tão somente, com o respeito aos ditames legais. Se na Lei está escrito que o juiz ao entrar em uma sala de audiências se transveste de Estado-juiz, justo, imparcial, influenciado, única e exclusivamente pela prova colhida nos autos e norteado pelo texto regente da matéria, não há dúvidas que na lida diária seremos expostos a esse comportamento perfeito, coadunado ao texto legal. Assim se forma a utopia do Sistema Jurídico.

Analisando caso por caso, sentença a sentença temos a nítida impressão de que realmente o Sistema é perfeito e acabado; com raras exceções vemos as impressões pessoais de um julgador expostas em um documento oficial. Todavia, é comum que as decisões tenham a “cara” dos seus juízes.

É comum entre os advogados, no momento da distribuição dos processos, cruzarem os dedos para que o processo com determinada matéria caia em uma vara mais favorável à sua tese. Mas por que essa diferenciação? Se o caso é o mesmo, os fatos são os mesmos, por que as decisões são tão diferentes? É evidente que para nós do Direito essa resposta é extremamente simples – é até mesmo um pouco infantil. Para nós isto se dá em razão do livre convencimento motivado do juiz ao examinar as provas. Simples assim. Porém, para mim, isto não se afigura com tanta simplicidade.

Assim, durante as aulas no Departamento de Antropologia fui apresentado à etnografia aplicada ao Direito. O que se mostrou como mecanismo ideal para alcançar as respostas que eu tanto ansiava.

Além do instrumental antropológico fiz uso de teorias filosóficas que influenciaram a formação do saber jurídico ao longo da história. O pensamento dualista elaborado durante o iluminismo, fundamentado na ideia de racionalismo de

Descartes e outros serviram de base para o presente trabalho. Assim como os aforismos nietzschianos foram uma grande influência para a elaboração de alguns pensamentos críticos desenvolvidos por mim durante a pesquisa.

Outro texto que serviu de base para esta pesquisa foi a tese da Dra. Regina Lúcia Teixeira Mendes da Fonseca. Nela a pesquisadora faz uma reflexão sobre o livre convencimento motivado usando a etnografia também como mecanismo de investigação.

O trabalho de Mendes foi significativo também, pois ela faz uma análise de como os julgadores enxergam a sistemática do livre convencimento. Assim, há um ponto de intersecção nos dois trabalhos, pois ela identifica o uso da intuição na formação do convencimento do julgador, todavia, nesta pesquisa os elementos subjetivos pessoais que levam o julgador a formar a sua intuição e outros elementos formadores e que acabam por conduzi-los em determinada direção são o foco principal deste trabalho.

Tomei a liberdade de usar ao longo do trabalho alguns trechos de entrevistas realizadas por ela na tese. Algumas delas se amoldavam à perfeição ao que pretendo propor no trabalho.

Deste modo, esta pesquisa foi desenvolvida com o intuito de desvendar a real metodologia aplicada na prolação da sentença encoberta pela “naturalização” dos rituais e da utopia jurídica.

CAPÍTULO I

1 A descoberta da Antropologia

A etnografia é uma estratégia de investigação que permite aos pesquisadores explorar a cultura e a própria sociedade, partes fundamentais da experiência humana. Assim como em várias outras estratégias de investigação científica, o etnógrafo, como pesquisador, não é um observador independente ou alheio. O etnógrafo coleta dados em campo, em primeira mão, se envolvendo diretamente com o tema de investigação ou com os informantes, sem, contudo realizar qualquer tipo de influência no comportamento ou no resultado da pesquisa. Isto é, ainda que não deixe de acionar suas precompreensões no esforço de apreensão do “ponto de vista nativo”, o principal objetivo do etnógrafo é compreender as práticas sociais pesquisadas (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2010). Com algumas exceções, o etnógrafo realiza pesquisas, interagindo com outros indivíduos que fazem parte do estudo, mas mantendo sempre a distância necessária, permitindo a naturalidade nos resultados observados.

Tal interação assume muitas formas, como conversas e entrevistas que possibilitam o compartilhamento de rituais e experiências emocionais, o que mais tarde se torna a pesquisa etnográfica.

Do ponto de vista da etnografia, a única maneira plausível para se estudar os fenômenos culturais é estudá-los em ação, no campo, na forma em que se apresentam em seu estado natural.

A complexidade da interação da vida humana não pode ser reduzida a um experimento de laboratório, limitando milhares de variáveis e características observadas em campo a uma experiência científica qualquer, se amoldando à perfeição aos objetivos traçados neste trabalho, tendo em vista que a etnografia visa o estudo da vida fora do ambiente controlado. Como resultado desta característica, o objeto de estudo, por vezes, se torna de difícil identificação e, sempre, sujeito a alterações em razão de ajustes diversos surgidos durante a observação, dentre outras variáveis que corriqueiramente surgem durante a observação.

Etnógrafos empregam inúmeras técnicas e métodos em uma complexa rede estratégica que se adapta de acordo com o que ocorre com o seu objeto de estudo².

Hoje em dia, em várias disciplinas os pesquisadores usam a etnografia como estratégia de investigação. Dentre elas podemos citar como exemplo a Sociologia, a Educação³ e o próprio Direito. Essa abrangência no uso da etnografia indica que a utilidade da abordagem se torna interessante em circunstâncias nas quais se deseja uma melhor compreensão da dinâmica social e cultural, baseando a análise no estudo comportamental dos atores.

As origens da etnografia estão na obra dos antropólogos do século XIX que observaram diferentes culturas pré-industriais⁴. A principal referência para a etnografia moderna é o trabalho de Malinowski⁵. Atualmente, a "etnografia" abrange uma série muito mais ampla de campos de estudos incluindo grupos da própria cultura do pesquisador, transformando-a, desta forma, em uma poderosa ferramenta.

Alguns pesquisadores contemporâneos compartilham a crença dos primeiros antropólogos de que para entender o mundo em "primeira mão" é preciso participar dele em vez de apenas observar as pessoas à distância. Isso tem dado origem ao que é descrito como o método de observação participante. Na verdade, em um sentido bastante geral, a observação participante é mais do que apenas um método. Ela descreve um recurso básico de toda pesquisa social: em certo sentido, toda pesquisa social é uma forma de observação participante, porque não é possível estudar o mundo social sem ser parte dele. Sob tal ponto de vista, a observação participante não é uma técnica de pesquisa específica, mas um modo de estar no mundo característico dos pesquisadores, ou seja, estar inserido e em contato permanente com a realidade do objeto a ser pesquisado. Assim, como o meu objetivo é um confronto entre realidade e doutrina, decidi por utilizar este tipo de abordagem no presente trabalho, convivendo com os sujeitos da pesquisa.

² Etnografia é o estudo das pessoas em locais ou "campo" que ocorrem naturalmente, através de métodos de coleta de dados que captam seus significados sociais e suas atividades comuns, envolvendo a participação direta do pesquisador no local, se não também nas atividades, para coletar dados de uma maneira sistemática. (Brewer, J. Ethnography. Buckingham: open University Press, 2000, p. 6)

³ Cita-se como exemplo o livro Etnografia da Prática Escolar - Marli Eliza D. A. Andre, editora Papyrus do ano de 2003 que já está em sua 11ª edição.

⁴ MARCHINSON, Julian M. Ethnography Essentials, Jossey-Bass, 1ª ed. 1973, pag. 05; Silverman, David, Interpretação de dados qualitativos – métodos para análise de entrevistas, textos e interações – porto alegre, Artmed, 2009, 3ª ed. Pag. 71.

⁵ "Argonauts of the Western Pacific" – 1922. No Brasil foi publicado como: MALINOWSKI, Bronislaw. Argonautas do pacífico ocidental: Um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné melanesia. São Paulo: Abril Cultural, 1976.

Como a aplicação da etnografia por operadores do direito em suas pesquisas é algo novo no campo jurídico⁶ e, principalmente, novo para pesquisas desenvolvidas na Universidade de Brasília⁷, me sinto na obrigação de detalhar este instrumental. Até mesmo como forma de validação e credibilidade ao que será delineado no presente trabalho.

Por definição etnografia é a ciência de descrever um grupo humano – suas instituições, seus comportamentos interpessoais, suas produções materiais e suas crenças (ANGROSNO, 2009, pág. 30).

No início ela foi concebida como instrumento de observação, compreensão e estudo de tribais não ocidentais. Porém, hoje em dia a etnografia é usada em quaisquer tipos de condições sociais, estudando basicamente o cotidiano das pessoas (atores) que serão o objeto de estudo, coletando dados sobre a vivência humana a fim de discernir e interpretar padrões de comportamento e de visões de mundo.

A etnografia é feita in loco e o etnógrafo é, na medida do possível, alguém que participa subjetivamente nas vidas daqueles que estão sendo observados, assim convive diariamente face a face com as pessoas que estão sendo estudadas, criando uma interação desejável com os atores.

Ela é conduzida pelo uso de duas ou mais técnicas de coleta de dados - as quais podem ser de natureza qualitativa ou quantitativa - para triangular uma conclusão que pode ser considerada fortalecida pelas múltiplas vias com que foi alcançada.

No caso da presente pesquisa foi utilizada a pesquisa qualitativa, técnica esta que será explicitada mais adiante. Desta feita, como pode envolver uma série de técnicas e métodos, ela requer um compromisso de longo prazo, ou seja, é conduzida por pesquisadores que pretendem interagir com as pessoas que eles estão estudando durante um longo período de tempo. Neste trabalho, por exemplo, a minha imersão no mundo observado foi de aproximadamente três meses, embora o tempo exato possa variar de algumas semanas a mais de um ano.

⁶ A antropologia do direito começou a ganhar força a partir da década de 80. Como marco interessante podemos citar o trabalho de Roberto Kant de Lima.

⁷ Dentre outros, podemos citar alguns autores Bárbara Gomes Lupetti Baptista e Regina Lúcia Teixeira que realizaram e realizam este tipo de pesquisa no Brasil. Dentro da Universidade de Brasília este tipo de abordagem é inédita.

A etnografia tem como característica básica o acúmulo descritivo de detalhes para a construção de modelos gerais ou teorias explicativas, afastando, deste modo, qualquer ideia de que ela foi concebida para testar hipóteses derivadas de teorias ou modelos existentes. E isso se confirma com o fato de todas as conclusões e interpretações poderem ser discutidas pelos informantes na medida em que elas vão se formando. Busca-se com isso a revelação do quadro mais completo e próximo da realidade do grupo em estudo.

O resultado alcançado na coleta de dados etnográficos pode ser reduzido a tabelas, gráficos e diagramas, mas, ao todo, o relatório etnográfico acabado toma a forma de narrativa, uma longa história cuja meta principal é reproduzir para o leitor a experiência de interação e vivência do etnógrafo numa determinada comunidade.

Entre os muitos modos pelos quais um etnógrafo pode contar uma história, três são usadas com mais frequência (ANGROSNO, 2009, pág. 32):

Histórias contadas de modo realístico são retratos objetivos e despersonalizados, feitos por um analista emocionalmente não envolvido – mesmo que ele tenha sido pessoa participante e engajada emocionalmente durante a própria realização da pesquisa, a análise dos dados colhidos e a apresentação do resultado é feita de forma imparcial. Há ainda o modo confessional, modelo pelo qual o etnógrafo torna-se um personagem central e a história da comunidade em estudo é explicitamente contada de seu particular ponto de vista. Por fim o impressionista, modelo no qual são adotados abertamente procedimentos literários ou de outras artes – como o uso de diálogo, descrição elaborada de personagens, descrições evocativas de paisagem ou ambiência, estrutura narrativa com flashback e flashforward, uso de metáforas, etc. (ANGROSNO, 2009)

Nesta pesquisa ficará claro que o estilo adotado é o primeiro.

Como já foi dito, existem várias técnicas metodológicas para o uso da etnografia, porém, elegi a observação participante como metodologia para o desenvolvimento do trabalho.

Entendi que esta técnica me permitiria uma maior proximidade com os atores, possibilitando um enfoque maior nas reais razões que levam os julgadores na formação do livre convencimento motivado.

Assim, como método de observação optei por acompanhar os juízes atuando em audiência e após isto, realizar uma entrevista sobre o meu objeto de pesquisa, inserindo assuntos afetos ao tema, usando as técnicas etnográficas com o objetivo

de identificar e compreender as suas representações, suas categorias e, principalmente, como eles entendem o seu mundo.

Optei também pela coleta de dados qualitativos ao invés de quantitativos. Entendo que esta minha opção se deve à necessidade de estudar o comportamento dos atores em seu contexto “natural”, interpretando os significados e causas dos dados colhidos, possível apenas na coleta qualitativa de dados.

Ainda optei pela coleta qualitativa em razão do curto espaço de tempo do mestrado, não me dando tempo hábil para lidar com os dados colhidos, somado a isso ainda a repetição de padrões e categorias percebidas enquanto realizava a pesquisa; assim, isso me permitiu concluir que os dados qualitativos seriam suficientes para o presente trabalho.

Contudo é bom destacar que o campo de estudo foi relativamente abrangente na presente pesquisa, pois foram acompanhadas, em pouco mais de três meses, 38 audiências em varas cíveis, de família e violência doméstica. Foram entrevistados, ainda, 08 juízes de 08 varas distintas, totalizando mais de 08 horas de gravações. Tudo isto possibilitou um excelente campo de estudo com um bom número de dados colhidos.

É bom destacar que limitei o número de juízes e varas a oito em razão da padronização de comportamento e respostas. Durante as audiências pude perceber que havia alteração de comportamento entre os julgadores, contudo esta variação se dava dentro de um espectro repetitivo, ou seja, havia variação, mas dentro de um limite de comportamento.

Desta forma, aumentar o número de varas e juízes entrevistados iria apenas aumentar o meu volume de informações repetidas, o que não acrescentaria em nada no desenvolvimento da pesquisa.

Outro ponto que vale a pena destacar é a representatividade dos casos que acompanhei dentro do universo do Direito. Com relação às varas de família, posso assegurar que foram etnografadas todas as ações possíveis de serem propostas no direito de família, uniões estáveis, divórcios, ações de guarda, etc. foram objeto da presente pesquisa.

Quanto às ações cíveis, evidentemente, o alcance representativo foi menor, contudo, isto não foi obstáculo para a percepção daquilo que é o cerne da pesquisa, a presença de personalidades na formação do convencimento dos julgadores.

Como primeiro passo para a realização da pesquisa elaborei ofício dirigido a todas as varas cíveis de Brasília e Regiões Administrativas explicando de forma resumida do que se tratava a minha pesquisa, solicitando autorização para o acompanhamento das audiências e ao final, uma entrevista com o juiz que estivesse à frente daquela vara. Tomei o cuidado de fazer este pedido e comunicar a minha presença mesmo naquelas varas que são abertas ao público e não são “protegidas” pelo segredo de justiça.

Em todas as varas fui muito bem recebido pelos funcionários cartoriais, ouvindo até mesmo pedidos de desculpa quando da negativa do juiz em conceder a entrevista ou acompanhar as audiências.

Interessante ressaltar que em todas as negativas a explicação sempre foi a mesma: a enorme demanda de serviço ou o segredo de justiça sempre foram evocados.

Também foi interessante perceber que vários juízes se mostraram avessos à entrevista, não se importando, contudo, com a etnografia das audiências. Interessante notar que a maioria deles era recém-empossada. No entanto, não quero fazer qualquer tipo de afirmação, apenas achei curioso este dado.

Das 27 varas cíveis e de família de Brasília recebi autorização para realizar a pesquisa na maioria delas, alcançando rapidamente material necessário para o desenvolvimento da dissertação, tendo em vista a forma padronizada pela qual as audiências eram conduzidas. De tal modo, dei início ao estudo empírico dos padrões ou categorizações dos julgadores, tentando compreender de forma mais real como era a construção do convencimento e os fatores que o influenciavam. Para tanto reconheci algumas categorias nos seus comportamentos durante as audiências e posteriormente nas entrevistas, categorias estas que descreverei detalhadamente em momento oportuno.

A escolha de focar a etnografia no primeiro grau, ou seja, nos juízes singulares, se deve ao fato de que é nele que as provas são colhidas, o juiz aplica a sua “racionalidade” nesta apreciação e exara a sua decisão. A partir daí toda discussão será feita em cima da convicção formada no juízo de primeiro grau, por isso faz muito mais sentido etnografar a origem do livre convencimento motivado e a falta de critérios que impeçam a exclusão ou escolha arbitrárias de argumentos.

Neste ponto cabe salientar que a razão da escolha metodológica para o desenvolvimento do presente trabalho passa necessariamente pela característica

peculiar da nossa sistemática jurídica, sendo assim, é essencial explicitar como é a formação da “ciência” jurídica.

1.1 O saber Jurídico

Em razão da nossa estrutura social hierarquizada e desigual o judiciário assume um papel de pacificador social, aquele cuja missão é trazer justiça e paz social. Assim, a figura do judiciário se autocoloca em uma posição hierarquicamente superior na estrutura social⁸. Tudo isso se reflete na forma pela qual o saber jurídico é construído e, principalmente, na forma pela qual a “Justiça” é feita no Brasil. Afirma-se, na visão dos julgadores, que eles são “pacificadores de conflitos” e não administradores (AMORIM, KANT DE LIMA e MENDES; 2005).

Enfrentando o tema por etapas, passarei a discorrer sobre a formação do saber jurídico.

Antes de tudo é importante salientar que a abordagem deste tema, se mostra angustiante. E na medida em que se aprofunda mais na pesquisa o sentimento torna-se ainda mais presente. Afirma-se isso tendo em vista a forma pela qual o profissional do Direito é forjado, assim, desconstruir a formação da dogmática jurídica é uma tarefa árdua até para mim, que estou inserido há muito tempo nesta sistemática.

O saber jurídico é uma sucessão de colagens de pensamentos sedimentados por renomados doutrinadores que “pensam” o direito. Assim, metodologicamente, a formação do saber jurídico é mera reprodução daquilo que já foi dito antes, pois nesta área do saber os institutos são considerados como verdades sedimentadas, dogmáticas, postas por aqueles que detêm o “monopólio” do conhecimento, não restando alternativa senão repetir o que está posto.

Assim, esta foi uma preocupação na hora de formular este trabalho – não ser mais uma colcha de retalhos de vários autores e pensamentos reconhecidos. Desta forma, busquei me afastar das pesquisas jurídicas tradicionais, me preocupando mais em formular um problema sujeito à pesquisa empírica do que procurar

⁸ “A atividade da magistratura tem um papel social muito importante porque não visa simplesmente resolver os casos que lhe são trazidos. O magistrado, ele deve atuar como um agente de modificação, no plano social e não apenas como executor das leis.” Juiz nº 3.

“validação” retórica ao que me propus a fazer. Mesmo porque, o uso da etnografia em trabalhos jurídicos é um instrumental ainda muito pouco utilizado.

Desta feita, é necessário esclarecer que neste trabalho não há apenas um marco teórico, mas uma série de trabalhos que, somados, embasaram a pesquisa desenvolvida.

Interessante notar que para a doutrina jurídica o livre convencimento motivado é um sistema pronto e acabado, refletindo o estado da arte da nossa sistemática na construção da convicção probatória.

Isso pode ser aduzido das palavras de Dinamarco (2002, pp. 104/105.) que define o livre convencimento motivado como o mais importante entre todos os pilares do direito probatório, baseando os julgados em premissas, como a necessidade de julgar segundo as imposições da justiça em cada caso e com a certeza da incapacidade do legislador em prever todos os cenários possíveis. Apoiado nestas premissas e com a obrigatoriedade de motivar todas as suas decisões, faria o nosso sistema livre de pessoalidades e arbitrariedades.

Neste ponto é importante ressaltar que na sistemática jurídica o que concede legitimidade a qualquer construção de saber é a doutrina. Quanto mais doutrinadores consagrados nos apoiando em nossas teses, mais reconhecimento e legitimidade recairão sobre aquilo que estamos propondo. Porém, Antropologia e Direito ainda são tratados como duas linhas paralelas. Desta feita, encontrar na doutrina tradicional algo que pudesse me alicerçar seria uma tarefa ingrata, para não dizer impossível. Por isso, não pude me prender a apenas um autor, eventualmente eleito para ser o marco teórico do pensamento, eu tive que pincelar pensamentos e aforismos dos mais diversos campos do saber.

Ademais, a metodologia de pesquisa adotada aqui prestigia o instrumental antropológico, sendo assim, é evidente que o que dá vida ao trabalho são os dados colhidos em campo; são deles as bases de sustentação em que se alicerçam toda a argumentação desenvolvida ao longo do texto.

O conhecimento produzido a partir da análise dos dados colhidos na pesquisa é legítimo não por advir do poder ou da autoridade de alguém, mas por representar exatamente aquilo que as pessoas envolvidas no sistema pesquisado pensam a respeito de suas categorias e instituições. Desse modo, o campo possibilita a percepção de uma realidade dinâmica, uma vez que os fatos estão acontecendo enquanto se faz a pesquisa; ao passo que o estudo abstrato do Direito, formalizado

pela dogmática, por ser estático e, especialmente, por não ouvir aqueles que estão diretamente envolvidos com o objeto da pesquisa, não corresponde à realidade investigada (BAPTISTA, 2007, pág. 149)

Portanto, não pode haver dúvida que o mundo observado é que deu sentido a esta pesquisa e não o contrário. Interessante dizer que este pensamento vai de encontro com o que até pouco tempo atrás era entendido como realidade, afinal, no Direito, o mundo real deve se adequar sempre à utopia jurídica. Neste ponto sirvo-me das palavras de Barbara Gomes Luppeti:

“... no Direito a realidade deve se adequar à teoria. As leis são padronizadoras do comportamento social e, conseqüentemente, tudo o que está entrelaçado nesse campo possui certezas prévias. A essência desse "campo" é "doutrinária" e - como o próprio significado da palavra doutrina (ensinamento) aponta - trata-se, este campo, de um meio em que a pretensão é sempre ensinar por se supor que não há mais nada para se aprender. (BAPTISTA, 2007, pág. 147)

E continua a autora:

Em sendo assim, no Direito, os dados da realidade que não ratifiquem o "marco teórico" previamente definido para o trabalho devem ser dele expurgados: fecha-se os olhos para a sua incontestável existência. Há um desejo muito presente no campo de manter os fatos à distância em procedimentos jurídicos e, nesse contexto, o Direito acaba se afastando, cada vez mais, da história real e completa.(BAPTISTA, 2007, pág. 148)

Procurei aplicar a esta pesquisa os traços característicos da Antropologia. Estranhar, comparar realidade e teoria, buscando em um primeiro momento a compreensão para depois, repensar as categorias que compõem o objeto a ser estudado, “ouvindo” sempre o que os dados de campo me diziam.

A minha preocupação sempre foi a de arejar a forma como vemos o sistema jurídico, entendendo que apenas com as ferramentas que temos em mãos não seremos capazes de construir um sistema que atinja a plenitude do seu objetivo⁹. (BAPTISTA, 2007, pág. 14)

Assim, o diálogo entre direito e ciências sociais é essencial para aprendermos as repercussões do campo jurídico em nossa sociedade, sendo capazes desta

⁹ Baptista, Bárbara Gomes Lupetti. Op. Cit., pág. 141- “O conhecimento jurídico é atualizado de forma a não produzir transformações, mas cópias. Conhecer, nesse campo, equivale a deixar as coisas tal como estão e não intervir na sua forma de atuação, Para mim, ao contrário, explicitar as representações práticas dos institutos jurídicos é a melhor forma de compreendê-los, e a Antropologia possibilita isso: analisar, empiricamente, os institutos jurídicos e, com isso, entender suas distintas categorizações para, então, se for o caso, conhecendo-os, transformá-los”.

forma de diminuir as suas incoerências e inconsistências, aproximando teoria da prática e, por consequência, judiciário e sociedade.

Tive a certeza de que, descrevendo as práticas judiciárias, os problemas obscuros do campo jurídico, inevitavelmente, apareceriam. Hoje, terminada a pesquisa, ratifico: enquanto não existirem estudos voltados a essa interlocução com as metodologias das ciências sociais, não enxergaremos as incongruências deste campo e as repercussões sociais de suas rotinas.

Não é admissível que o nosso judiciário seja tão distanciado da sociedade, que deveria ser, na verdade, o grande beneficiário do sistema. Do mesmo modo, não é admissível que os processos e procedimentos continuem sendo um código secreto, compreendido e entendido só por alguns, afastando-se de forma determinante do seu objetivo: a solução dos conflitos com a consequente paz social.

Em razão da sistemática jurídica adotada no Brasil, esta pretensa paz social passa necessariamente pelas mãos dos nossos julgadores que são obrigados a seguir determinadas regras na prolação da sentença. Assim, o exame de tais regras é essencial para nós, cidadãos¹⁰ (BAPTISTA, 2007, pág. 147), enquanto destinatários das intercorrências jurídicas e para os estudiosos do Direito que se lançam em busca da efetividade do texto legal.

Vale ressaltar que a tradição civilista brasileira se baseia na retórica do contraditório que é imune a consensos. Assim, na nossa sistemática prevalece uma lógica do contraditório na qual se exige a confrontação de teses opostas entre as partes, sem que se realize uma confrontação dos fatos argumentados por elas, ou seja, um cotejamento sistemático do substrato empírico de referência que possibilite uma interpretação argumentada sobre a veracidade dos fatos. (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2010).

Desta foram, a verdade que prevalece é a do juiz (verdade real), outorgada pela Lei, e o seu convencimento não é resultante de um processo de elucidação argumentada dos fatos.

Assim, como conclui Cardoso de Oliveira, (2010).

“a ausência de critérios de validação discursiva do referencial empírico, o embate retórico que não distingue adequadamente entre argumento (fundamentado) e opinião, e o processo decisório que prioriza o argumento

¹⁰ Baptista, Bárbara Gomes Lupetti. Op. Cit., pág. 147 - “O Direito faz parte da vida dos cidadãos. Ele influencia o seu cotidiano e, portanto, as pessoas precisam ser socializadas com as suas regras, com a sua estrutura e com o seu funcionamento. Sem isso, ele não conseguirá a legitimidade que busca...”.

da autoridade em oposição à autoridade do argumento, tornam o estilo de contraditório vigente na apropriação brasileira da tradição civilista mais distante da perspectiva das ciências sociais”.

E por certo, mais distante de uma real interpretação das repercussões sócias da atividade jurídica em nosso Estado.

Fica claro que o uso da Antropologia é determinante, pois continuar recorrendo aos manuais, ou melhor, à bibliografia jurídica tradicional, jamais se alcançariam os objetivos propostos – desvendar a real metodologia aplicada na prolação da sentença encoberta pela “naturalização” dos rituais e da utopia jurídica.

CAPÍTULO II

2 Persuasão racional ou livre convencimento motivado

2.1 Evolução histórica

Discorrer sobre a evolução histórica de um determinado assunto é sempre muito importante para dar sustentação sobre alguma teoria que se pretende descrever. Assim, apesar da imprecisão histórica dos fatos narrados nos livros de Direito que tentam tratar do tema, achei importante dedicar um capítulo para este tem, pois, apesar da imprecisão, podemos com os dados aqui descritos entender como o tema se desenvolveu e, principalmente, ter uma ideia temporal de como foi este desenvolvimento.

Vale destacar que o histórico aqui desenvolvido é um apanhado de várias obras que descreveram a persuasão racional, não há na descrição histórica-temporal qualquer opinião do autor.

Ao longo da evolução o homem sempre se deparou com o desafio de julgar seus pares. A busca pela equação ideal levou à experimentação de vários sistemas, mecanismos e até mesmo fórmulas matemáticas.

O Direito, na tradição civilista, apesar de várias formulações em contrário, é extremamente sensível às mudanças experimentadas por uma sociedade. Reflexo disto é a própria evolução do sistema probatório que ao longo dos séculos se aproximou cada vez mais do momento histórico vivido pela humanidade. Contextualizando, o procedimento probatório saiu dos ritos tribais até à preocupação na defesa dos postulados humanistas implantados e difundidos pela Revolução Francesa. (TUCCI, 1987).

Para o presente trabalho usaremos como marco histórico inicial o século XIII, época em que nasceu o sistema da prova legal ou tarifada, passando pelo sistema do convencimento moral ou íntimo e, por fim, o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, este último objeto da presente pesquisa.

Tal histórico se mostra importante na medida em que pode ser observado que ao longo da história os limites ao poder daquele que era responsável por julgar sempre foi uma tônica. Mesmo nos modelos mais antigos, os quais a sistemática

jurídica não lembra em nada os padrões adotados por nós atualmente, há a preocupação em dosar o poder daquele que julga.

2.2 O sistema da prova legal ou tarifada

O sistema da prova legal ou tarifada nasceu no século XIII em oposição ao sistema anterior que dava total liberdade ao julgador na apreciação da prova. (FORNACIARI, 2004, pág. 11). No sistema anterior o juiz podia julgar de acordo com a sua íntima convicção, não lhe sendo imposto qualquer limite ou regra à sua liberdade de apreciar o caso posto. Assim sendo, a decisão fundava-se na certeza moral do juiz. O juiz não estava obrigado a nenhuma regra legal, pautando-se única e exclusivamente pela sua consciência. Nesse sistema, inclusive, a fundamentação – hoje obrigatória em qualquer decisão prolatada – era inteiramente dispensada. Evidente que tal sistema apresentou uma série de questionamentos, tendo em vista a falta de segurança jurídica contida nas decisões.

Daí o surgimento do sistema da prova legal, sistema, no qual, tolhia por completo a liberdade do juiz. Tal sistema carregava no seu cerne a característica inquisitorial. Ele foi adotado em toda a Europa, e era baseado no autoritarismo, na centralização do poder em torno de um juiz dependente ou fortemente ligado ao Executivo, sendo-lhe inerente o segredo, a ausência de defesa, e um procedimento escrito, permitindo-se ao juiz, inclusive o uso da tortura na busca da verdade.

Esse sistema era baseado em uma minuciosa predeterminação (legislativa) do caráter e valor de cada prova e indício, e na sua classificação em um sistema ainda mais preciso de prevalência hierárquica, do que resultou uma tarifação legal das provas, consistente em cálculos aritméticos afastando-se por completo o convencimento pessoal do juiz.

Assim, como já dito anteriormente, nesse sistema não há qualquer valoração da prova, tendo em vista que todas são previamente tarifadas e valoradas pelo legislador. O valor das provas era atribuído por lei que fixava as condições gerais abstratamente preestabelecidas, aplicadas a cada caso que se amoldavam àquelas características. Desta forma, a atividade do juiz era meramente de aplicador dos valores preestabelecidos pelo legislador, uma vez que não há operação racional para a formação de sua convicção. Afinal, a ideia era justamente esta, impedir que

houvesse qualquer tipo de valoração subjetiva do julgador, transformando a tarefa de decidir em mera atividade mecânica.

Evidentemente, esse sistema, radicalmente oposto ao anterior, também encontrava problemas, uma vez que a correta determinação da norma ao caso concreto e suas nuances estava completamente afastada, todavia, não se pode esquecer a sua importância para o momento histórico e, principalmente a sua contribuição no caminho jurídico-evolucionário para a conquista de um sistema mais humanizado, ligado aos princípios basilares que galgam a maioria dos sistemas jurídicos ao redor do mundo atualmente.

Sua instituição se deu na tentativa de busca pela racionalidade, limitando de forma definitiva o arbítrio dos julgadores, na maioria dos casos, dando uniformidade e objetividade aos julgados.

Todavia, o sistema era muito rígido, uma equação matemática em que eram atribuídos valores percentuais para cada tipo de prova para cada caso específico; atribuído os valores para cada fato tudo era somado e o resultado disso definia qual seria o destino dado ao processo. Assim, a busca pela prova incontestável passou a ser a chave para o sucesso ou fracasso de uma causa, criando um imenso preconceito com este sistema. Tal qual descreve Carnelutti, (2001, págs. 253/254) ele sacrifica a necessidade de justiça e de certeza, crescendo as probabilidades de desvio entre a realidade do direito e o resultado do processo, sendo, portanto, uma imperfeição do próprio Direito. Da mesma forma Ferrajoli (2002, págs. 109/118) discorre de forma desfavorável:

“... tudo é manifestamente absurdo. Na realidade, porque é desmedida pela experiência, é falsa qualquer generalização sobre a confiabilidade de uma modalidade de prova ou conjunto de provas (...) apesar de sua confiança na racionalidade da lei e sua desconfiança para com o arbítrio dos juízes...”.

Por esta razão a busca por um ponto de equilíbrio entre a liberdade total do julgador e este sistema passou a ser o grande objetivo na época. Desta forma, como foi explicitado anteriormente, este sistema foi um mal necessário no jogo de tentativa e erro que é a aplicação de um determinado sistema em uma determinada sociedade.

Sem dúvida, a aritmética das provas foi determinante para se entender que é necessário o exame subjetivo, a racionalidade do julgador no momento do exame das provas. Assim, com a evolução natural do sistema de provas chegou-se ao

sistema que, mais tarde tornar-se-ia princípio, adotado na maioria dos países, inclusive no Brasil.

É bom destacar que a influencia deste sistema foi tão marcante em nosso ordenamento jurídico que vários dos seus dogmas ainda são usados como ditos populares¹¹, distantes, é verdade, da moderna concepção de sistema probatório.

2.3 O sistema do livre convencimento íntimo

Em um primeiro momento pode se ter a sensação de um retorno a um sistema que fora utilizado em tempos remotos, contudo este sistema, retomado na idade moderna, na primeira metade do século XVIII, possuía uma nova concepção, reflexo da sociedade e do pensamento dominante à época. As teorias de Montesquieu¹² (MONTESQUIEU, 2005; CASTRO, 2005), o contrato de Rousseau¹³ e a crescente influência do jusnaturalismo¹⁴ (CASTRO, 2005) no pensamento iluminista, somados à proposta revolucionária francesa que elevou os direitos do cidadão a patamares jamais experimentados até aquele momento histórico, iniciaram uma nova forma de conceber as relações entre indivíduo e Estado, dando impulso à teoria dos direitos públicos, tendo o processo e seus princípios naturais como instrumentos visando a assegurar o direito do cidadão.

Assim, os métodos, formas e procedimentos judiciais eram garantias contra os possíveis arbítrios dos juízes. Aliado a essa nova visão processualista tinha-se, ainda, o surgimento de uma concepção revolucionária para a forma de se construir o pensamento.

A ciência e a filosofia também exerceram um papel fundamental com a sua concepção indutivo-experimental, influenciando de forma determinante o

¹¹ Como exemplo podemos citar o dito “a confissão é a mãe das provas”.

¹² MONTESQUIEU, Charles Louis de – O Espírito das Leis, São Paulo, Martins: 2005. E ainda: CASTRO, Marcus Faro de, Política e relações internacionais: fundamentos clássicos – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2005. Págs. 57/65.

¹³ Principalmente no tocante a submissão popular a lei. Tendo em vista que tal submissão era resultado da supremacia do povo na confecção das Leis, daí sua obrigação em segui-la em respeito a uma ordem social maior ou uma associação civil perfeita. O Contrato Social, Livro II, ROUSSEAU, Jean-Jacques.

¹⁴ Leis preestabelecidas, juízes neutros e a noção de indivíduos titulares de direitos naturais. CASTRO, Marcus Faro de – Op. Cit., pág., 50 e 55.

pensamento da época. Assim, o “íntimo convencimento” ressurgiu com nova roupagem, fortalecendo a imediatidade¹⁵ e a liberdade¹⁶ do juízo probatório.

Apesar da enorme descrença com o sistema da prova tarifada, ainda encontrava-se resistência para a adoção de outro sistema probatório, ainda mais em um que era baseado em algo que já fora tentado anteriormente e tinha encontrado o fracasso. Assim, a instituição do júri popular, tido na época como mecanismo perfeito contra as decisões arbitrárias do juiz, aliado a uma mudança jurídico-social, levaram à adoção do sistema do livre convencimento íntimo do juiz.

Com o fortalecimento do procedimento, obrigando o juiz a se manter adstrito ao que está nos autos e ainda, a decidir com base na legalidade da produção da prova, surge a seguinte questão: onde estaria o convencimento pessoal do juiz?

Este sistema veda o juiz de utilizar-se do que hoje se chama de “ciência privada”, proibição esta que só abre espaço para as máximas de experiência e aos fatos notórios. Assim, o cerne do sistema é a decisão tomada com base nas provas colhidas de forma legal, o que confirma que liberdade de convencimento significava, exclusivamente, liberdade de valoração dos meios de prova trazidos ao processo conforme os meios legais.

Foi a assembleia constituinte francesa que, em 1791, codificou na Europa o sistema do livre convencimento íntimo do juiz¹⁷ (NOBILI, 1974), contrariamente ao sistema da prova legal. Enquanto esse se relacionava com o processo inquisitorial, aquele tinha íntima ligação com o processo acusatório almejado pelos iluministas, e que só a força política de uma revolução poderia alcançar¹⁸.

Contudo, o retorno à adoção do livre convencimento íntimo não era unanimidade. Ainda persistiam muitas dúvidas sobre ele, principalmente no que se referia ao poder dado aos juízes e na eficácia dos instrumentos processuais utilizados para limitar este poder, sem com isso, retornar ao sistema tarifado. Durante a própria Assembleia Constituinte Francesa, Robespierre propôs um

¹⁵ Tem-se por Princípio da Imediatidade a obrigatoriedade de que o juiz é quem colhe pessoalmente a prova ao longo do processo. Como corolário deste princípio em nosso ordenamento podemos citar o art. 446, inciso II do CPC:

Art. 446. Compete ao juiz em especial:

(...)

II - proceder direta e pessoalmente à colheita das provas;

¹⁶ A liberdade neste caso refere-se a responsabilidade que as partes têm na produção da prova comprobatória do direito pleiteado.

¹⁷ NOBILI, Massimo. *Il Principio del Libero Convencimento del Giudice*, Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

¹⁸ POZZA, Pedro Luiz. *Prova Judiciária – Estudo sobre o novo Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

sistema misto, pois para ele, deixar tudo nas mãos dos julgadores era dar abertura, mais uma vez, a arbitrariedades e despotismos (NOBILI, 1974).

A ideia de Robespierre foi prontamente afastada, já que para os defensores do livre convencimento íntimo do juiz a implantação do júri popular, nos quais a participação de juízes populares nos julgamentos, a quem caberia julgar as questões de fato, ficando adstrito aos juízes de ofício a resolução das questões de direito, afastaria qualquer possibilidade de arbitrariedade (NOBILI, 1974).

Todavia, a evolução do sistema probatório comprovou que Robespierre estava certo em sua proposta e, com o passar dos anos, chegou-se à conclusão de que o misto dos dois sistemas era a medida ideal. Assim, nascia o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional.

2.4 Sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional

É o sistema de avaliação da prova utilizado atualmente na maioria dos países, justamente porque, como defendia Robespierre, é um misto dos sistemas utilizados anteriormente¹⁹ (NOBILI, 1974; DINAMARCO, 2002).

Esse novo sistema recebeu a alcunha de livre convencimento motivado e, embora aceite em geral a tese do livre convencimento íntimo, coloca determinações/limitações à formação do convencimento do julgador, impondo-lhe a observância de regras legais e das máximas de experiência comum.

Contudo, esse sistema tem por inadmissível que a convicção do juiz se baseie tão-somente em sua intuição pessoal ou na sua “ciência privada”, impondo ainda à sua conclusão uma preconcebida justificação (motivação), vinculada obrigatoriamente, às provas acostadas aos autos no transcurso do processo.

Como se pode perceber o grande diferencial desse sistema está no conjunto de regras processuais que limitam o arbítrio do juiz. Dentre elas, está a obrigatoriedade de se motivar as decisões tomadas. Esse dever aparece em vários comandos legais em nosso ordenamento, contudo, importante para o presente trabalho é analisar o comando insculpido no art. 131 do CPC. Interessante também voltarmos à origem desse preceito em nosso sistema jurídico, com o intuito de entender a exegese do instituto.

¹⁹ NOBILI, Massimo. Op. cit., e ainda, DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit.

Durante o período em que fomos colônia ou mesmo após a fuga de D. João VI para o Brasil, elevando o nosso status para reino unido a Portugal, as leis que regiam aquela nação eram aquelas nas quais a nossa sociedade se baseava. Desta forma, mesmo após a promulgação da nossa independência, o Brasil continuou a adotar a Lei Processual Civil Portuguesa. Assim, por força da Lei 20 de outubro de 1823, as Ordenações Filipinas²⁰ eram a fonte mais importante do nosso sistema processual civil²¹.

Em 29 de novembro de 1832, foi promulgado o Código Processual do Império, que trazia em seu bojo um Título à parte chamado a Disposição provisória acerca da administração da justiça civil. Contudo, nada de novo foi implementado por essa legislação no que tange à obrigatoriedade de motivação. Continuava, assim, o Livro 3 das Ordenações Filipinas a reger a matéria. Só o Código Comercial de 1850 e mais tarde a Consolidação Ribas em seu artigo 487, como produções nacionais, tocavam diretamente no tema²² (TUCCI, 1987).

Em 18 de setembro de 1939 foi promulgado o Decreto-lei nº 1.608, primeiro Código de Processo Civil Brasileiro²³ (TUCCI, 1987), nele podemos encontrar o sistema probatório adotado e a obrigação de motivar as razões do seu convencimento²⁴. Deixando clara a intenção do legislador em manter o que já era praticado no Brasil-colônia, mantendo-se ligado às experiências europeias no manejo da prova.

Na mesma linha teórica segue o código processual atual; aliás, ao ler a exposição de motivos vemos que o legislador reformista, na parte que toca o processo de conhecimento, mantém a mesma lógica usada em 1939²⁵:

“O processo de conhecimento, elaborou-o o legislador segundo os princípios modernos da ciência do processo. Serviram-lhe de paradigma os Códigos da Áustria, da Alemanha e de Portugal; nesses diplomas, bem como nos trabalhos preparatórios de revisão legislativa feitos na Itália, foi o

²⁰ Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal. Recopiladas por Cândido Mendes.

²¹ Idem - A preocupação com a arbitrariedade dos julgadores já era latente, tanto é que a obrigação de motivar já era prevista em 1823 e, reforçada pela Portaria ministerial de Clemente Ferreira França de 31 de março de 1824, na qual reforçava a obrigação de se obedecer ao ditame legal “com o fim de extirpar abusos inveterados no foro”.

²² TUCCI, José Rogério Cruz e, 1956 – A motivação da sentença no processo civil – São Paulo: Saraiva, 1987.

²³ Idem.

²⁴ Art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio.

Parágrafo único. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento. - <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>.

²⁵ Item 3 da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

legislador brasileiro buscar a soma de experiências e encontrar os altos horizontes, que a ciência pudera dilatar, a fim de construir uma sistemática de fecundos resultados práticos.”

Diante desta razão na reforma pela qual o Código Processual Civil passou pela edição da Lei nº 5.869, de janeiro de 1973, a redação do artigo 118 foi praticamente repetida na nova codificação, mantendo-se irretocável a intenção manifestada desde a época do Império²⁶.

Desta feita, como diria Carnelutti (CARNELUTTI, 2001, pág. 252), não basta só a certeza do juiz para a determinação do curso a ser tomado, ela deve ser "qualificada", ou seja, compartilhada por uma generalidade de pessoas; e para alcançá-la é necessário seguir determinados procedimentos. Assim, a motivação pode ser equiparada a uma prestação de contas pelo juiz, de forma a conferir racionalismo e legitimidade a toda a independência de que goza-Apenas por meio da motivação é que podem ser conhecidas e entendidas as razões que levaram o julgador a uma conclusão, verificadas todas as regras referentes à aquisição, análise e valoração da prova, sob pena de nulidade do julgado.

Com estas considerações podemos afirmar que a atividade decisória do juiz será livre dentro daqueles limites e ditames estabelecidos pela Lei como válidos para a busca da verdade e para o fiel cumprimento do processo.

O mito da verdade real é afastado, de forma que a finalidade do processo passa a ser a verdade judicial, ou seja, baseada estritamente naqueles elementos constantes do processo, que conduzem o juiz à certeza, lançando mão sempre de critérios estritamente racionais sobre os fatos alegados. Sobre o argumento da racionalidade, interessante destacar o pensamento de Gomes Filho: (GOMES FILHO, 2001, págs. 147/148)

“... interpretação do princípio não afasta o caráter racional do juízo sobre os fatos, vinculando-o não mais às regras da prova legal, mas a certas condições de admissibilidade e formação das provas e, especialmente, aos preceitos de lógica e da experiência, no que toca à avaliação do material obtido...”.

Fica claro que a pedra de toque deste sistema é a necessidade de um estudo racional da prova, já que o livre convencimento pressupõe uma liberdade

²⁶ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

racionalizada, exercitada dentro de parâmetros lógicos, psicológicos, pelas regras de experiência comum, e outras, inclusive jurídicas. Ou seja, a valoração pelo juiz deve ser sempre racional, obedecendo às regras impostas pelo legislador, sem que essas excluam do magistrado o senso crítico.

Contudo, mesmo com a presença de todos estes preceitos, ainda hoje, as sentenças são alvo de inúmeras críticas e insatisfação por parte daqueles que procuram a solução dos seus conflitos no judiciário. Assim, fica claro que os mecanismos adotados não foram suficientes para garantir decisões coesas e impedir injustiças. Por isto é necessário enfrentar o desafio de procurar as razões para estas imperfeições. E compreender se o que a doutrina manifesta como uma sistemática racional, pautada em regras legais claras, sem deixar muitas brechas para arbitrariedades e pessoalidades, corresponde à realidade do que ocorre nos gabinetes dos Tribunais brasileiros.

2.5 A persuasão racional na sistemática atual.

Como dito anteriormente, o princípio da persuasão racional está presente em nossa sistemática jurídica desde as Ordenações Filipinas. Como foi observado, nós nos libertamos dos grilhões coloniais já com este instituto fazendo parte do nosso processo. Assim, o texto do Código de Processo Civil nada mais é que a consolidação deste instituto na sistemática atual²⁷.

Como todo instituto jurídico, o sistema de valoração da prova, chamado de livre convencimento motivado ou da persuasão racional, já foi visto e revisto por um sem número de doutrinadores que “estabeleceram” as regras pelas quais o instituto deve ser regido.

O princípio em citado

é aquele que dá ao juiz apreciar as provas livremente, a fim de se convencer da verdade ou falsidade, ou inexatidão parcial, das afirmações sobre os fatos da causa (...) não se confere ao juiz liberdade absoluta, mas não lhe impõe critérios rígidos e inflexíveis (valores tarifados) na apreciação da prova. (MIRANDA, 1973, pág. 230)

²⁷ “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegado pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

Contudo, como já foi observado anteriormente, essa liberdade não é absoluta, não podendo o julgador se basear em fatos não constantes nos autos²⁸, fundar sua convicção em informações que tenha recebido de forma privada ou assentar sua convicção em conceitos pessoais. Tentando evitar que tal liberdade torne-se arbítrio do julgador.

Assim, o sistema adotado pelo Código de Processo Civil se encontra no caminho intermediário entre o julgamento secundum conscientiam – que permite a liberdade total na apreciação das provas por parte do juiz, usando inclusive as suas convicções pessoais e provas contrárias às colhidas nos autos – e o sistema da tarifação legal.

Somado aos requisitos acima delineados, temos ainda a obrigação de se motivar as decisões, demonstrando quais foram as razões e fundamentos do seu livre convencimento. Tal exigência encontra-se cravada também no texto constitucional²⁹.

Tais medidas, na teoria, eram na época (e ainda hoje o são) o reflexo de um novo pensamento sobre como deve ser exercida a atividade jurisdicional, coadunando-se ao interesse público, visando a perfeita condução e resolução dos conflitos existentes na sociedade, pacificando-a e dando instrumentais necessários para que ela possa fiscalizar as razões pelas quais o julgador firmou sua convicção, se os princípios norteadores do nosso sistema e as normas que regem a relação jurídica processual estão sendo respeitadas, na teoria.

O princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional decorre do princípio do devido processo legal. Os princípios são as diretrizes que regem a sistemática adotada por determinado Estado. São eles os alicerces de toda estrutura organizacional jurídica. Não carregam em si conteúdos específicos ou normativos, mas sim uma enorme carga valorativa, capaz de atingir todas as normas que compõem o ordenamento. Ou seja, são preceitos fundamentais de um Estado.

Assim, o princípio do livre convencimento do juiz traz no seu bojo, a liberdade ao magistrado para exame das provas como premissa básica, devendo o magistrado

²⁸ Brocardo: “quod non est in actis no est in mundo” – Dicionário Básico De Latim Jurídico.

²⁹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação

possuir extensa abertura para a formação do seu convencimento, interpretando a totalidade do ordenamento jurídico com ampla liberdade.

Buscando garantir uma organização da convivência social, criou-se uma figura (juiz) no Poder Judiciário investido de jurisdição, tendo o dever de, como o próprio nome disse, e, em nome do Estado, dizer e aplicar o Direito. Para tanto, o Direito brasileiro consagrou os princípios da persuasão racional, ou, ainda, do livre convencimento do juiz, os quais, em conjunto, irão conferir liberdade ao magistrado para efetivar o seu dever como representante do Estado, atendo-se sempre ao que está descrito na Lei e as provas colacionadas aos autos durante a instrução processual ao que está descrito na Doutrina, na jurisprudência e na praxe forense. Ou nas palavras de Ada Pellegrini Grinover (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2011):

"Tal princípio regula a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção. (...) O juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (quod non est in actis non est in mundo), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas o avalia segundo critérios críticos e racionais."

E ainda, nas palavras de Arruda Alvim³⁰ (1979):

"... o juiz deverá apreciar, serão exclusivamente, fatos e circunstâncias que se insiram na intenção do autor ou na linha intencional da contestação apresentada pelo réu. Por outras palavras, não é lícito aplicar o art. 131 desconhecendo os limites traçados pelo autor, seja em função de sua vontade, seja em função do tipo de informação que, deliberadamente, trouxe ao juiz, valendo o mesmo para o réu. Do contrário, estar-se-ia interpretando o art. 131 em desconformidade com o art. 128 deste Código, antigo art. 4º do Código de Processo Civil de 1939. Disto se pode fixar a regra consistente em que, aqueles fatos que absolutamente não estiveram presentes no espírito do autor ou do réu e, que por isso não foram alegados no processo, não podem ser objeto de livre apreciação do juiz; ou melhor dizendo, de qualquer tipo de apreciação, pois, são fatos juridicamente irrelevantes, dado que extravasam do contraditório que se constitui, a seu turno, do petitório inicial e da contestação, e, reconvenção, se houver"

Fica claro que para a Doutrina o Princípio da persuasão racional é imprescindível à efetivação de uma real justiça, pois ele possibilitaria o livre exercício da magistratura, função essencial e necessária no ordenamento jurídico vigente. Indo um pouco mais além na análise doutrinária vê-se que a persuasão racional é

³⁰ ALVIM, Arruda. Código de Processo Civil Comentado. Vol. V, Art. 125 a 133. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1979. Pág. 238.

apontada como barreira ideal para as arbitrariedades, impressões pessoais e o uso da ciência privada na formação do convencimento do magistrado, como pode ser abstraído da lição de Dinamarco: (2002).

“O livre convencimento há de ser racional, porque necessariamente alcançado mediante as forças do intelecto e não dos impulsos pessoais e eventualmente passionais do juiz: é obrigatório levar em conta as circunstâncias que ordinariamente conferem maior credibilidade a um meio de prova, ou as que no caso sejam capazes de convencer uma pessoa inteligente e sensível à realidade. Repudiam-se personalismos do juiz, cuja atividade se rege pelo princípio da impessoalidade.”

Em qualquer manual de processo acharemos estas explicações delineadas para o princípio da persuasão racional. Dando a ele um status de caminho ideal a ser percorrido pelo magistrado na busca pela verdade dos fatos, sempre tendo como meta a Justiça, alcançando-se, assim, a paz social³¹ (DINAMARCO, 2003, pág. 106).

Desta feita, a dogmática jurídica, construiu uma posição firme a respeito deste instituto, “normatizando” a sua aplicação na prática³² (FONSECA, 2008) Assim, as provas trazidas pelas partes devem ser necessariamente observadas em consonância com estes preceitos e a decisão derivada da análise probatória deve ser fundamentada, indicando o caminho racional feito pelo julgador. Neste sentido cita-se o pensamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux:

“A liberdade conferida ao magistrado no campo delimitado pela prova e a necessária motivação do julgado caracterizam o sistema da persuasão racional como um conjunto de regras garantidoras da parte contra os arbítrios da magistratura, mercê de se lhe exigir um maior preparo intelectual do que aquele previsto para a prova legal, cujo tarifamento predispõe o julgador ou o convencimento íntimo, despidido de qualquer necessidade de motivação”. (FUX, 2005)

³¹ “O convencimento do juiz deve ser alimentado por elementos concretos vindos exclusivamente dos autos, porque o emprego de outros, estranhos a estes, transgrediria ao menos as garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal, sendo fator de insegurança para as partes

³² Vale esclarecer que a visão da doutrina não é uma teoria a qual estão subordinadas as práticas judiciárias. A doutrina jurídica é um discurso autorizado sobre a lei e suas possíveis interpretações e aplicações jurisprudenciais. É um discurso normativo, ideal-típico, uma vez que está dizendo como a realidade deve ser e não como a realidade é. É saber que não se debruça sobre a realidade empírica, com a finalidade de explicá-la ou compreendê-la, como faz o saber científico. Antes, tem a finalidade de interpretar a lei, recomendando a melhor forma de aplicação. A doutrina e a legislação estão dirigidas ao mundo do dever-ser: o mundo empírico está num outro plano e não lhes interessa. Na produção de doutrina jurídica, a observação empírica está descartada. Por ser um saber normativo e existir com a finalidade de dizer como a realidade deve ser, não tem base empírica e é comum que os juristas concluam, diante da realidade distinta da norma, que a realidade está errada, pois ela não deveria ser assim.

Fica claro que as limitações impostas aos magistrados na hora de decidir se restringem aos fatos que o influenciaram na decisão. Isso quer dizer que tudo que está contido nos autos pode ser usado na formação da convicção, sendo permitido apenas de estranho ao corpo probatório processual o uso das máximas de experiência. Mas afinal o que é uma máxima de experiência?

2.6 Máximas de Experiência

Podemos concluir pelo que foi explicitado até aqui que é impossível o juiz basear sua decisão em fatos que não façam parte do processo³³ (NOBILI, 1974). Contudo, é evidente que esta afirmação não pode ser entendida de forma absoluta, pois é inimaginável que o juiz não reflita com base no meio social e na cultura social que o cerca. Por isso, as regras de máxima de experiência surgem com imensa relevância para o embasamento do exame probatório do juiz, pois, servem de limitador para a liberdade de reflexão do julgador com base em critérios extrajurídicos.

Daí a importância das máximas de experiência para o presente trabalho, pois o problema de pesquisa é justamente o uso de critérios extrajurídicos além dos permitidos pela legislação na construção da convicção do magistrado; é descobrir se as máximas de experiência são, realmente, os únicos elementos estranhos aos autos aplicados na hora de se sentenciar.

O conceito mais utilizado para descrever as máximas de experiência é o de Friedrich Stein³⁴ (1990):

"definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos".

³³ Maximo Nobili: "il senso del principio del libero convincimento finirebbe così per coincidere - secondo parte della dottrina - con la impossibilità di utilizzare, nella valutazione del fatto qualsiasi regola generale ed astratta (extranormativa) del conoscere". – "O sentido do princípio do livre convencimento (motivado) terminaria, desta forma coincidindo – segundo parte da doutrina – com a impossibilidade de usar-se na avaliação do fato qualquer regra geral e separada (extrajurídica) do conhecimento (trazido pelas partes para o processo)." tradução livre do autor.

³⁴ STEIN, Friedrich. Conocimiento Privado del Juez. Tradução espanhola de Andres de la Oliva Santos, Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 1990. Revista Dialética de Direito Processual nº 10 – "Definições ou julgamentos hipotéticos de conteúdo geral, desconectados dos casos concretos que se julgam em um processo; procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação se deduzem e que pretendem ter valor em relação aos novos casos." - Tradução livre do autor.

Máximas de experiência nada mais são que os conhecimentos obtidos pelo magistrado ao longo de sua rotina profissional e vivência social. Para um fato tornar-se uma máxima o juiz deve fazer observação de uma série de acontecimentos particulares, verificados com habitualidade, para chegar a uma regra geral, de caráter abstrato e genérico, que possa ser aplicada aos casos subsequentes. Assim, aquela regra geral é aplicada ao caso concreto, desde que suas premissas sejam verdadeiras, ou seja, desde que aquela situação apresentada nos autos se relacione com a regra advinda da observação.

Importante ressaltar que, em tese, as máximas de experiência não podem ser entendidas como experiências pessoais do juiz ou tampouco seus valores morais adquiridos ao longo do desenvolvimento de sua personalidade. Experiências pessoais – frisa-se mais uma vez – em tese, são totalmente irrelevantes para o deslinde do processo, sendo completamente vedada a sua utilização, sobre qualquer pretexto, na análise probatória e na formação do juízo de convicção.

As máximas devem ser compreendidas desta forma por toda a coletividade, são acontecimentos que podem ser observados e constatados por todos, sem necessidade de que sejam efetivamente conhecidos por todos.

Neste ponto é importante diferenciar as máximas de experiência dos fatos notórios. Tanto estes quanto aquelas fazem parte das noções compartilhadas pela coletividade, contudo, a diferença é que falta à máxima de experiência a clareza dos fatos que devem ser comprovados – exige-se um raciocínio indutivo para a conclusão quanto àquele fato –, enquanto que o fato notório, como por óbvio, tem notoriedade. Ressalta-se, ainda, que o fato notório, ao contrário da máxima de experiência, não necessita de uma repetição costumeira para assim ser reconhecido³⁵.

Na verdade, as máximas de experiência são resultantes de observações de um indivíduo sobre vários fatos que tiveram a mesma relação de causa e efeito, ao passo que o fato notório não é uma repetição de vários fatos, mas a observação de vários observadores, ou a certeza do acontecimento em relação a um só fato.

Ao descrever esta distinção percebe-se a presença de mais um elemento cuja investigação seria útil para a presente pesquisa: perceber se há influência do fato

³⁵ Como exemplo de máximas de experiência podemos citar a culpa presumida de quem colide por trás em um acidente de trânsito e como fato notório podemos usar como exemplo a colisão entre o avião da companhia GOL e o jato Legacy em 2006.

notório no exame dos casos. Ou seja, se o juiz está aplicando o conhecimento privado que reuniu sobre o assunto em sua atividade mental. Se assim for, estará ele acumulando em sua função de juiz também a de testemunha, dando lugar a uma incompatibilidade psicológica que seria a base do princípio que veda a utilização da ciência privada por parte do juiz. A razão de ser desse princípio não está apenas na incompatibilidade entre a função de juiz e a de testemunha, mas também na necessidade de garantir-se a imparcialidade das decisões.

2.7 Máximas de Experiência e Usos e Costumes

Os usos e costumes, de acordo com Pontes de Miranda³⁶ (MIRANDA, 1973), podem ser diferenciados das máximas de experiência da seguinte forma: estas se apresentam como proposições acerca de determinados fatos, enquanto aqueles são fatos que se verificam normalmente, ou seja, são os fatos rotineiros da vida.

A diferença também está clara em nossa legislação, tendo em vista que o uso das máximas está descrito, literalmente, em alguns comandos legais e, por consequência, podem ser usadas pelo Juiz³⁷ para a formação de sua convicção e os usos e costumes são utilizados como fontes de direito. Como exemplo de positivação das máximas de experiência cito o artigo 5º da Lei 9.099/95³⁸ e artigo 335 do código de processo civil³⁹.

³⁶ MIRANDA, Pontes de. Op. Cit., pág. 371.

³⁷ I. O SIMPLES DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO, CONQUANTO NATURALMENTE DESPERTE DESCENTAMENTOS E INCONFORMISMOS, NÃO PODE SER CONSIDERADO DE PER SI COMO FATOR DETERMINANTE DA EXISTÊNCIA DE LESÃO AOS ATRIBUTOS DA PERSONALIDADE. ENTRETANTO, O DANO MORAL NÃO PODE SER DESCARTADO QUANDO A INFIDELIDADE CONTRATUAL É ACOMPANHADA DE CIRCUNSTÂNCIAS PECULIARES QUE AGRAVAM A SITUAÇÃO DO CONTRATANTE LEAL. II. SEGUNDO AS MÁXIMAS DA EXPERIÊNCIA, CUJA APLICAÇÃO É LEGITIMADA PELOS ARTS. 5º DA LEI 9.099/95 E 335 DA LEI PROCESSUAL CIVIL, SOFRE LESÃO MORAL O CONSUMIDOR QUE TEM FRUSTRADA SUA LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE RECEBER PRODUTO PELO QUAL PAGOU INDEPENDENTEMENTE DA PROVA EFETIVA DO ABALO AOS PREDICADOS DA PERSONALIDADE, MÁXIME QUANDO O FORNECEDOR OPTA POR ADOTAR POSTURA OMISSA E INERTE, AVILTANDO OS MAIS ELEMENTARES DIREITOS DO ADQUIRENTE. (...)" (20070310077474ACJ, PRIMEIRA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO D.F., JULGADO EM 10/06/2008, DJ 08/09/2008 P. 163).

³⁸ Art. 5º O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

³⁹ Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

2.8 Máximas de experiência e o senso comum

Podemos entender que as máximas decorrem daquilo que costuma acontecer, ou seja, da repetição de fatos que se tornam rotineiros, criando um princípio de "uniformidade dos fenômenos"⁴⁰ (MARCHEIS, 1991).

A identificação de critérios de uniformidade da realidade em regras de experiência constitui-se em uma generalização das experiências sociais, a qual serve como norteador para o julgador nos casos em que não lhe é possível observar a historicidade dos fatos dos autos de forma direta.

Reconhecimento da legitimidade das máximas permite ao julgador, munido apenas de provas indiciárias, construir conclusões a respeito de outros fatos que pretenda conhecer. Todavia, a aplicação não pode ser formulada como um apontamento absoluto, não sendo lícito ao magistrado afirmar com juízo de certeza que o que se presume como conclusão lógica oriunda das máximas corresponde, necessariamente, à realidade histórica dos fatos.

Conclui-se então que para a determinação do conteúdo e da validade das máximas de experiência deve-se, necessariamente, realizar um processo interpretativo que leva em conta o contexto em que elas foram formadas e em quais casos devem ser aplicadas⁴¹ (TARUFFO, 1992, pág. 398). Lembrando sempre que ilação feita pelo julgador com base nas máximas deve ser motivada e submetida ao contraditório, sendo lícito às partes pleitear que sua aplicação seja afastada sempre que o seu emprego configure expediente destinado a mascarar o ingresso na seara da ciência privada do juiz. Assim, a aplicação das máximas deve necessariamente atender a dois requisitos (TARUFFO, 1997, págs. 561-563):

a) que as máximas sejam noções aceitas no ambiente social e cultural examinado, sendo pertencentes à cultura média existente no local e no tempo em que a situação ocorreu; e

b) que as máximas referidas não contrariem conhecimento científico ou outras noções igualmente inseridas no senso comum.

⁴⁰ MARCHEIS, Chiara Besso. Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n.45, p. 1119-1163, 1991, especialmente p. 1132

⁴¹ Michele Taruffo ao afirmar que somente é permitido o emprego de "massime sulle quali vi è un consenso diffuso nella cultura media del luogo e del momento in cui viene formulata la decisione, e che in questo senso siano accettabili come criteri di inferenza" – "Máximas são aquelas que surgem de um consenso difundido na cultura média do lugar e do momento que foi formulada a decisão e que este senso seja aceitável como critério de inferência." Tradução livre do autor.

Além destes dois requisitos, é importante frisar que os conhecimentos privados do juiz não podem, em tese, ser usados na valoração da prova. Assim, exige-se do juiz análise apenas dos fatos contidos no processo.

2.9 Conhecimentos privados do juiz

Anteriormente analisamos as máximas de experiência e fizemos a diferenciação entre elas e os fatos notórios. Agora, é necessário dissecar o que é ou não conhecimento privado do juiz, denominado pela doutrina jurídica como ciência privada.

Para a Doutrina os conhecimentos privados do juiz são aqueles fatos que ele teve conhecimento direto por meio de sua vida privada. Estes não podem (ou não poderiam), ser utilizados na valoração da prova, se assim não for estar-se-á viciando o julgamento, tornando-o anulável.

Desta feita, por exemplo, se chegasse às mãos de um juiz uma demanda proposta por um mutuário que adquiriu imóvel na planta, mas nunca o teve entregue em razão da má-administração da empresa responsável pela obra, e o juiz responsável pelo julgamento desse caso fosse cliente dessa mesma empresa; ou no julgamento de um acidente automobilístico, estivesse, por coincidência do destino, presente o juiz na ocasião do sinistro; ou em um reconhecimento e dissolução de união estável soubesse o juiz, por meio de contatos pessoais, do interlúdio amoroso das partes com o intuito de formar entidade familiar. Nestes casos o juiz não poderia usar tais conhecimentos para julgar a causa. Indo mais profundamente, o juiz deveria servir como testemunha do caso e reconhecer sua suspeição de ofício.

Estes, para a doutrina seriam casos em que estaria vedado ao juiz usar conhecimentos privados para o exame probatório.

As diferenças entre as máximas de experiência e a ciência privada são claras, enquanto uma é o conhecimento coletivo de uma prática reiterada; a outra é o conhecimento adquirido pelo julgador por meio de sua vida privada, ou seja, só ele e não a coletividade, tem acesso à informação da causa.

Contudo, tomarei a liberdade de ampliar um pouco este conceito doutrinário de ciência privada, adicionando a ele não só o conhecimento particular de cada juiz em uma determinada causa.

No conceito que pretendo propor nesta pesquisa colocarei também todo o conhecimento adquirido pelo juiz ao longo do seu desenvolvimento como ser humano. Suas experiências de vida, sua formação religiosa, sua estrutura familiar, as diferenças de gênero, enfim todas as peculiaridades que somadas influenciam na determinação dos seres humanos, na forma como vemos e sentimos o mundo à nossa volta.

Como já foi dito no capítulo inaugural do presente trabalho, me propus a investigar, utilizando-me de um instrumental não oferecido pelo Direito, o papel da ciência privada no cotidiano dos julgadores.

Cabe destacar que para melhor visualização do problema de pesquisa proposto elaborei o conceito de ciência privada, somando às informações privilegiadas que o juiz pode possuir de determinado caso a sua personalidade e a forma pela qual ele enxerga a realidade, ou seja, a sociedade de uma forma geral.

Assim, a partir de agora todas as vezes que me referir à ciência privada estarei fazendo referência a este conceito próprio, contendo as particularidades e individualidades de cada ser humano. Um conceito um pouco mais abrangente do que o proposto pela doutrina jurídica tradicional.

Cabe ressaltar, por fim, que este capítulo foi dedicado à descrição de como é a sistemática atual, seus contornos e limites, enfim ao estado da arte. Contudo, isto serve apenas de paradigma para as críticas que serão consideradas a seguir.

Capítulo III

3 O empirismo e a doutrina

Para a imensa maioria dos doutrinadores a nossa sistemática atual é perfeita para coibir o uso da ciência privada nos julgados. Para eles a obrigatoriedade de se ater aos fatos contidos nos autos, somado ao dever de fundamentar, especificando o caminho mental percorrido para o alcance do resultado proclamado na sentença é meio suficiente para coibir as arbitrariedades e pessoalidades do juiz, preservando o equilíbrio da relação jurídica, a imparcialidade e a neutralidade no curso processual.

“O convencimento do juiz precisa ser motivado, porque sem o dever de motivar as decisões de nada valeriam as exigências de racionalidade e atenção ao que consta dos autos. Aos leitores de suas decisões (partes, órgãos judiciários superiores, opinião pública) o juiz é devedor da explicação dos porquês de suas conclusões, inclusive quanto aos fatos. Ele tem o dever de desenvolver, na motivação das decisões, o iter de raciocínio que, à luz dos autos, o leva a concluir que tal fato aconteceu ou não, que tal situação existe ou deixa de existir, que os fatos se deram de determinado modo e não de outro, que dado bem, serviço ou dano tem tal valor e não mais nem menos etc.” (DINAMARCO, 2002, pág. 106)

Todavia, a experiência nos tribunais como advogado me levou a concluir de forma diversa. Assim, didaticamente é interessante relatar um caso concreto vivido por mim que exemplifica como a perfeição doutrinária passa ao largo da prática nos Tribunais⁴².

Inúmeras vezes há dúvida quanto à eficácia do sistema, ou seja, se ele está dotado de mecanismos próprios para coibir o uso da ciência privada no exame e deslinde das causas. Poder-se-ia dar vários exemplos pessoais que contradizem a manualística processual. Contudo, eles não possuem nenhum valor científico, servindo apenas como mera ilustração dos fatores que me trouxeram até aqui.

⁴² Certa feita estava acompanhando uma audiência de revisão de alimentos. Naquela ocasião eu representava os interesses do pai da criança, réu no processo. A mãe sustentava que deveria haver majoração no valor pago pelo meu cliente em razão da descoberta recente que a criança sofria de asma. Meu cliente sustentava que a criança não sofria de tal mal, sendo um ardil da mãe para “tirar mais dinheiro dele”. A audiência corria dentro de certa normalidade, até que a ilustre representante do parquet resolveu expor o pensamento ministerial. A primeira frase dela foi a seguinte: “meu filho também tem asma e eu sei bem o que você tem passado”. A partir daquele momento eu sabia que a causa era perdida e quaisquer argumentos trazidos por mim aos autos não seriam suficientes para aplacar o sentimento de profunda injustiça que o Ministério Público enxergava naquela situação. Apesar de não conter nos autos nenhuma prova suficientemente sólida para sustentar a tese alegada pela parte autora, o parecer ministerial foi no sentido da majoração e compadecido com o drama pessoal vivido por aquelas duas senhoras o juiz julgou procedente o pedido da mãe, baseando-se no parecer ministerial, deferindo o aumento pleiteado. Mais tarde ficou comprovado que a criança não sofria mal nenhum.

Ademais, eu mesmo não saberia dizer, por ser parte integrante do caso, o quão contaminado está o meu julgamento.

Deste modo, vale ressaltar o pensamento de Teixeira Mendes (FONSECA, 2008): para ela, o campo jurídico brasileiro tem a tendência de construir o seu saber de forma descontextualizada, tornando ocultas e implícitas as representações sociais que informam as práticas jurídicas. Por esta razão, tais categorias passam a ser naturalizadas e mecanicamente reproduzidas sem reflexão consciente e sem explicitação. Não aparecendo para nós operadores do campo de forma explícita, de maneira que nós mesmos naturalizamos suas práticas e não sabemos explicá-las, na maior parte das vezes, a não ser por um discurso justificador, que não leva à compreensão das normas reguladoras do sistema nem à consequente normalização da sociedade, ou seja, dos jurisdicionados. Deste modo, a adesão social às normas postas não ocorre por consentimento, mas sim, ao contrário, por imposição pela força. Compreende-se assim o reforço da autoridade que enuncia a norma, do argumento de autoridade e das medidas arbitrárias e repressivas no campo (FONSECA, 2008).

Em razão disto, a experiência e instrumentais jurídicos adquiridos ao longo da faculdade e, mais tarde na vida profissional, não seriam suficientes para realizar esta pesquisa, assim, se fez necessário a busca de novas experiências epistemológicas e empíricas dotadas de respaldo científico para a composição do trabalho. Assim, o trabalho etnográfico teve início nas varas cíveis de Brasília e Regiões Administrativas.

De tal modo, dei início ao estudo empírico dos padrões ou categorizações dos julgadores, tentando compreender de forma mais real como era a construção do convencimento e os fatores que os influenciavam.

Para tanto reconheci algumas categorias nos seus comportamentos durante as audiências e posteriormente nas entrevistas, categorias estas que passo a descrever.

Inicialmente percebi, o que mais tarde se confirmou como um padrão em todas as varas pesquisadas, que há um certo constrangimento para que as partes cheguem a um acordo. A obrigatoriedade legal da tentativa de conciliação torna-se quase uma obsessão para o magistrado. Já no primeiro dia, ouvi alguns “conselhos” que revelavam esta tendência:

Juiz⁴³ nº 1: "... eu entendo o lado de vocês, mas aconselho a não deixar pra eu resolver. Se deixarem pra mim eu resolvo, mas não será a melhor solução para ambos... Então vocês resolvam, porque nem os seus advogados sabem o que é melhor para vocês. Até porque não tem dificuldade nenhuma para resolver isso daqui não...".

Como este tipo de comentário se tornou um padrão nas audiências, achei extremamente importante investigar as razões que levavam os magistrados a adotar tal procedimento. Achei importante esta informação, pois não entedia se era uma falta de fé no Sistema, respeito à obrigação legal de tentar a composição, uma forma de esvaziar os gabinetes atolados de processos para serem julgados ou, simplesmente, uma forma de se alcançar a medida do justo de uma forma mais harmônica. Enfim, guardei este questionamento para o momento das entrevistas.

Outra categorização percebida ao longo das audiências foi o aumento conceitual substancial no que se entende por máximas de experiência. Como foi explicitado anteriormente, as máximas, que têm sua aplicação legalmente autorizada, são acontecimentos amplos, gerais e rotineiros, conhecidos por todos, perceptivo até mesmo por aqueles que não fazem parte do cotidiano do judiciário. Interessante observar que cada julgador tem a sua verdade sobre determinados tópicos, sendo nítido que isto vai muito além do que a doutrina chama de máximas de experiência.

Em uma determinada audiência de conciliação em processo de divórcio a mãe de uma menor impúbere - que naquela data contava com apenas dois anos de idade - insistia que o pai da criança deveria arcar com a pensão da filha até que ela terminasse a faculdade, sem prazo definido, contudo o pai não concordava. No momento em que se travava esta discussão o julgador interveio para dizer o seguinte:

"... tem muito filho malandro que vem aqui com 26, 27 anos reclamando da exoneração proposta pelo pai. Isso é um absurdo, denota que ele não quer nada com a vida...". Juiz – 04.

Estes comentários chamaram a minha atenção, tendo em vista que tais construções psicossociais ultrapassam a delimitação legal do uso das máximas, podendo, a meu ver, serem catalogadas como ciência privada, devendo ter seu uso

⁴³ Em respeito à identidade dos pesquisados não informarei nome, vara de atuação ou cidade em que atua. Nominarei todos eles por números. Em alguns casos, quando entender que a diferença de gênero influenciou em alguma situação de campo, revelarei apenas o sexo do pesquisado.

afastado quando da construção do convencimento. Assim, reconheci mais uma categoria que precisava ser investigada.

Outro ponto observado foi o constante evocar do bom senso⁴⁴. Sempre que algum ponto começava a fugir ao controle ou as partes não reconheciam os argumentos trazidos à baila pelo magistrado o uso do bom senso surgia como uma pedra-de-toque, uma fórmula pela qual todo e qualquer pensamento pode ter a sua validade reconhecida.

Contudo, o bom senso não é um bem de consumo durável à disposição de todos que pode ser adquirido por qualquer um. Ao contrário, bom senso é um patamar de sabedoria e razoabilidade desejado por todos, porém alcançado por poucos. Indo mais além, o bom senso é uma categorização extremamente volátil, não podendo se exigir uma padronização, um ideal de pensamento e comportamento baseados no bom senso. Por isso, fui à busca do conceito do propalado bom senso, evocado em inúmeras situações ao longo da pesquisa etnográfica.

Percebi também ao longo das audiências que a condução das mesmas era bem diferente de julgador para julgador. Principalmente, no enfoque dado a determinados assuntos, que para uns eram mais importantes do que para outros.

A princípio percebi que a importância dada a determinados assuntos variava de gênero para gênero, contudo, apenas com o que foi detectado nas audiências por meio da etnografia não foi conclusivo para mim, assim, esta diferença no comportamento também mereceu maior destaque nas entrevistas.

É sabido e até esperado que haja diferença na forma pela qual o julgador sopesa uma prova, contudo, achei de extrema valia estudar se a variação nesta ponderação se devia ao gênero, a personalidade de cada um ou a ambos. Digo isto, porque, como advogado, tal estudo se torna bastante interessante, pois a todas as variantes existentes no processo soma-se o fato de que a construção de um processo bem sucedido passa necessariamente pelas particularidades de cada julgador.

Durante os meus dias de “antropólogo” tive oportunidade de acompanhar estas variações de forma muito clara, pois eu saía de uma vara e entrava em outra,

⁴⁴ Conceituarei bom senso como sendo um entendimento ou percepção média que determinado sujeito possui sobre determinado assunto. Dotado desta percepção média estaria o sujeito, em tese, apto a fazer bons julgamentos e escolhas.

ouvindo, normalmente, demandas muito semelhantes, mas com encaminhamentos totalmente diversos.

Adágios, como os colacionados abaixo são exemplos claros da diferença de pensamento de cada magistrado:

- x “até os três anos a criança está ligada à mãe, digo isto não por ser mãe ou mulher, mas sim por ser juíza”;
- x “eu pessoalmente acredito na boa vontade das pessoas”;
- x “tem coisas que a gente faz mesmo sem querer... eu passo isso dentro de casa para os meus filhos”;
- x “não tem nada a ver com o MP, tem a ver com a realidade... o senhor já é homem com 20 anos de idade.”

Assim, o uso dos requisitos extrajurídicos é explorado a todo instante, sendo que a importância de cada requisito é totalmente diversa de uma vara para outra.

Superada esta fase – identificação das categorias durante as audiências – passei a analisar as entrevistas. Nelas pude perceber a repetição das categorias observadas aliada a três percepções distintas da sistemática da prova adotada.

Assim, percebi que alguns juízes reconhecem não serem capazes de afastar por completo o uso da ciência privada na valoração das provas. Reconhecem que é impossível este tipo de comportamento alheio e distanciado, blindado da influência de sua personalidade ou de suas crenças pessoais.

Outros reconhecem que há a influência da ciência privada, contudo eles são capazes de atuar com neutralidade, usando apenas e tão somente os fatos narrados no processo, mantendo distante a sua opinião do julgamento, por mais difícil que isso seja.

Por fim identifiquei aqueles que dizem não sofrer qualquer influência externa; mídia, personalidade, religião, enfim, nada é capaz de mudar a sua forma de valoração, ou seja, os fatos alegados no processo são a única fonte para o convencimento.

Desta feita, identificadas todas as categorias e percepções de julgadores na minha observação de campo, passei a analisá-las usando o instrumental jurídico e antropológico.

3.1 Análise dos dados colhidos

Identificadas as categorias por meio do acompanhamento das audiências e ao longo das entrevistas concedidas, esta parte do trabalho é dedicada à análise de cada uma delas. É importante destacar que apesar de presentes estas categorias no discurso dos magistrados, elas podem ou não dialogar com a pesquisa. Diz-se isto, pois o que está sendo observado aqui é o uso da ciência privada em discordância com o discurso doutrinário. É o confronto entre a realidade e a doutrina.

Assim, apesar de presentes, muitas vezes as categorias não são capazes de estabelecer um diálogo com a pesquisa proposta. Alguns podem perguntar as razões que as levam a figurar entre outras categorias que efetivamente dialogam com a pesquisa.

Para estes a resposta é que para se concluir se uma categoria dialoga ou não é preciso realizar uma profunda análise. De tal modo, mesmo não dialogando com a pesquisa proposta, não há como o pesquisador ignorar a sua presença, sendo que a inclusão ou não dela no trabalho é um critério subjetivo do pesquisador.

Por um critério de didática lembrarei, sem representar qualquer ordem de importância ou representatividade, as categorias encontradas na pesquisa de campo e descritas de forma resumida no capítulo anterior.

Desta feita, foram observadas as seguintes categorias:

- x O acordo;
- x Máximas de experiência;
- x O “bom senso”;
- x A valoração da prova.

3.2 O acordo

Em nosso ordenamento jurídico a conciliação tem um papel fundamental. Ao longo de todo o Código de Processo Civil⁴⁵ é possível perceber o tratamento especial dado a este instituto.

O fim deste instituto é um só: a busca pela solução do conflito que chegou ao judiciário, de forma construída, discutida, encontrando-se o equilíbrio entre os contendores. Pois assim, a possibilidade de se alcançar a paz social é muito maior.

Para tanto, por muitas vezes, é necessário que a condução deste acordo seja feita por um terceiro que ajude as partes a superarem as suas diferenças e ajude-os a entender que é possível que partes e fatos que antes eram inconciliáveis tornem-se conciliáveis.

Doutrinariamente entende-se por conciliador aquele que observa os fatos e procura uma solução, recomendando para as partes a sua sugestão que poderá ou não ser aceita por elas, tentando atingir o consenso entre as partes.

É importante destacar que este conciliador não tem o poder, ou mesmo a intenção, de coagir as partes a aceitarem a sua proposição, servindo mais como um conselheiro imparcial e distante das paixões que cercam a discussão.

Assim, com base nestes preceitos o legislador pátrio espalhou em toda a sistemática processual a possibilidade da conciliação; deixou claro com isso que a conciliação é um ato incentivado e desejado. Todavia, por si só, da forma que foi posta em nossa legislação, o instituto da conciliação judicial já mereceria críticas.

Assim, a conciliação em nossa sistemática não foi concebida para administrar e solucionar os conflitos. Em nossa sistemática o conflito é visto como algo

⁴⁵ **Art. 125.** O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
(...)

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro. (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995);

Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

Art. 740. Recebidos os embargos, será o exequente ouvido no prazo de 15 (quinze) dias; a seguir, o juiz julgará imediatamente o pedido (art. 330) ou designará audiência de conciliação, instrução e julgamento, proferindo sentença no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)

indesejado e perigoso para o bom convívio social, sendo assim, o judiciário tem a missão de extirpá-lo não importando se ele foi solucionado ou não (FONSECA, 2008, PÁG. 16). Todavia, fica para as partes uma enorme sensação de que não foi dada solução para o problema, ele foi apenas eliminado do mundo jurídico.

O que se pretende dizer com esta afirmação é que não há construção de uma solução consensual. O que há é apenas a intervenção de um terceiro que transvestido de Estado-juiz diz o que lhe parece certo como deslinde para o processo.

Esta forma de ver o Direito fica evidenciada no trecho colacionado a seguir. Nele o julgador deixa claro qual a sua função perante o conflito:

“... O segundo ponto é: o juiz – pelo menos este é o recado da lei – é chamado a dar solução imparcial, quando possível, a conflitos de interesse. Há uma situação que não se pode abandonar: A sociedade tem que permanecer. As relações têm que se desenvolver. Conflitos de interesses são considerados incompatíveis com este propósito. Então, por isto mesmo, o conflito tem que ser solucionado. Se o conflito tem que ser solucionado, alguém tem que solucioná-lo. Existe aí um segundo ponto. Alguém tem que solucionar o conflito. Quem tem que solucionar o conflito? O direito escolhe. Há uma função encarregada disso. Há uma função de Estado, aqui no Brasil, o ordenamento se arrogou a esta posição, melhor dizendo, o Estado se arrogou a esta posição por meio do ordenamento jurídico. Então, a situação é que os conflitos existem e alguém tem que dar a solução. Quando o juiz exerce sua função, ele está no exercício de algo que é necessário, porque a sociedade tem que permanecer e ao mesmo tempo, porque os litigantes não atenderam ao primeiro chamado do ordenamento que seria aquele deles mesmos encontrarem a solução para a pendência. Como eles mesmos não encontraram a solução para a pendência, porque não quiseram ou porque não puderam, vem alguém dar esta solução, porque a solução tem que ser dada. Aí está um segundo ponto: alguém tem que dar solução. E aí vem o Estado e diz: este alguém é o juiz, aquele que tem acesso ao exercício desta função.” (J20) (FONSECA, 2008)

São muitas as razões que me levam a criticar a conciliação judicial. Normalmente, as partes quando procuram o judiciário já se encontram em um estado beligerante tal, que a tentativa de conciliação ao invés de ser um momento de negociação reflexiva pelas partes torna-se uma sessão de expiação, acirrando ainda mais os ânimos já exaltados.

Por ser de iniciativa do julgador, e por este ter em suas mãos o poder decisório, a conciliação por muitas vezes torna-se objeto de coação do julgador, tolhendo a liberdade negocial e a vontade das partes em encontrar um consenso. Colocando como solução ideal para o caso o que o julgador pensa ser o melhor para

eles. Neste ponto, as críticas começam a ganhar relevo para o trabalho aqui proposto.

Nas audiências estudadas e durante as entrevistas pude perceber que os julgadores pouco sabem do caso no momento da conciliação, usando na construção de sua lógica experiências de outras situações semelhantes e os seus valores pessoais. Pude observar que enquanto a audiência de conciliação se desenvolve é que o julgador tem um contato mais aprofundado com o processo.

Na busca pelo acordo, aquilo que a doutrina pensa ser evitado pela sistemática probatória, ocorre de forma rotineira. A arbitrariedade é figura constante nos acordos celebrados sob a tutela judicial.

Certa feita, em uma audiência de conciliação de alimentos e guarda as partes chegaram com uma proposta de acordo formulada antes da audiência. Elas pretendiam estabelecer uma guarda alternada⁴⁶, deixando a criança semanalmente na companhia exclusiva de um dos pais.

Apesar das partes serem assistidas por defensores, o julgador foi terminantemente contra o acordo estabelecido previamente. O seu argumento foi no sentido de que pela sua experiência este tipo de modalidade de guarda não é bom para a criança e por isso, não aprovaria o acordo. A partir daí todo o acordo foi moldado pelo magistrado que determinou inclusive os valores que seriam devidos pelo pai a título de alimentos.

Este comportamento se repetiu em todas as varas pesquisadas, deixando claro que isto é uma tendência. Em uma determinada audiência a imposição do julgador na conciliação foi tão grande que ao final, no momento de reduzir a termo o acordo, ele se dirigiu para advogada de uma das partes e disse: "... viu Dra. Jaqueline? A senhora não precisou nem se manifestar." – Juiz – 03.

Este mesmo comportamento é percebido nos trechos colacionados abaixo:

"O advogado é muito técnico, seja amigo e facilite o acordo... vamos conciliar." Juiz – 05;

Eu não tenho tempo, vamos fechar em 34% e ponto... já regulamentei a guarda aqui também, vai ser o padrão." Juiz – 04.

A despeito da correção ou não do posicionamento adotado pelos julgadores, o que fica claro nesta situação é a falta de liberdade negocial das partes quando da

⁴⁶ Guarda alternada é aquela em que a criança passa determinado período de tempo com um dos pais. Esta alternância pode ser de dias, semanas ou meses.

conciliação, impondo o ponto de vista do magistrado. Ponto de vista este, determinado por suas experiências, não se baseando na história de vida dos outros personagens envolvidos.

Cabe ressaltar que nestes acordos judiciais o juiz tem ao seu alcance mecanismos extremamente eficientes de coação. Pois, todos aqueles que estão envolvidos no processo sabem que aquela pessoa que os tenta conciliar será o mesmo que os julgará.

Interessante que sabendo disso os próprios juízes a utilizam como meio de coação para o acordo. Esta afirmação é facilmente extraída das falas abaixo:

“Podemos encaminhar o processo, só que não dará em nada” – juiz nº 03;
“Se quiser cancelar o acordo... cancele... mas fique advertido das consequências. Contudo, é um direito seu.” – Juiz – 03;
“Os senhores têm acordo? Não. Então já lhes aviso que as provas terão que ser muito contundentes para conseguirem algo.” – juiz nº5;
“O senhor já tem proposta? Veja bem, o que ela está pedindo não é muito não... acho melhor chegar a um acordo...” – Juiz – 02.

Assim, os acordos celebrados não são, na maioria das vezes, a combinação de vontades das partes, mas sim o reflexo do pensamento do que o magistrado entende por ser justo e correto para aquela situação, mesmo que para chegar a esta conclusão ele se valha apenas de sua experiência profissional e de vida, formada a partir dos seus estereótipos e categorias⁴⁷.

É evidente, que em tal circunstância, os acordos celebrados dificilmente encontraram o seu fim maior, seja pela imposição, seja pela ausência de vontade ou pelo simples distanciamento na construção da composição, o fato é que um acordo fruto da vontade de outro, alheio às especificidades do caso concreto, não tem a força necessária para o atingimento do sentimento de Justiça entre as partes e, por consequência, não se aproxima da tão desejada paz social.

⁴⁷ Interessante observar que o magistrado é um pesquisador, um observador, um “cientista social” do comportamento humano, contudo não é preparado especificamente para esta árdua tarefa. Assim, acho importante criar um paradoxo entre os vícios na observação dos fenômenos sociais pelos cientistas sócias e os magistrados. Para tanto usarei as observações feitas por Howard S. Becker, M. McCall e L. Morris, “Theaters and communities” - “Apesar dessa falta de conhecimento de primeira mão, o pesquisador formará, sem se dar conta, algum tipo de quadro da área da vida que se propõe a estudar, Porá em jogo as crenças e imagens que já possui para formar uma visão mais ou menos inteligível da área da vida. Sob esse aspecto, ele é como todo ser humano. Quer sejamos leigos ou estudiosos, vemos necessariamente qualquer área não conhecida da vida em grupo através de imagens que já possuímos. Podemos não ter nenhum conhecimento de primeira mão da vida entre grupos delinquentes, ou em sindicatos, ou em comitês legislativos, ou num culto religioso, contudo, graças a algumas pistas, formamos prontamente imagens úteis dessa vida. É nesse ponto, como todos sabemos, que imagens estereotipadas entram em cena e assumem o controle. Todos nós, como estudiosos, temos nossa cota de estereótipos, que usamos para ver uma esfera da vida social empírica que não conhecemos”

Outro ponto que merece ser observado nas tentativas de conciliação judicial é o fato de que elas acabam se transformando em canais de informação para fatos ou situações que se fosse de outra forma não estariam ao alcance do magistrado, abrindo-se a possibilidade para a contaminação do julgamento, por meio de informações obtidas de forma incompleta no calor da audiência conciliatória.

Ao longo dos dias de etnografia e mais tarde durante as entrevistas, esta possibilidade se tornou bem vívida:

“E acho que deveria haver a vinculação do juiz que colhe a prova à sentença, só que seria administrativamente um caos. Mas quando você colhe a prova você decide aquilo de outra forma do que quando você não colhe. Você olha no olho do sujeito. A forma como você interroga... Tudo isto facilita a formação do convencimento.” (J4) (FONSECA, 2008).

O senhor (...) não acha bom esse contato com as partes?

“Eu acho bom, acho bom. Acho bom. Acho que a audiência é importante você ter o contato com as partes, sim (E consegue extrair alguma coisa desse contato ou não?). Sim, você consegue extrair às vezes um comportamento. Por exemplo, na área de família, um comportamento agressivo que aquilo, se ele é agressivo aqui no fórum, imagina dentro de casa só ele e a mulher e os filhos, né? Você consegue ver, é, identificar que às vezes a parte não fala a verdade. Que a parte omite. Enfim, você consegue apreender certas, certos detalhes que são relevantes para depois você formar seu convencimento” – juiz 05.

Observei ainda em várias oportunidades a mudança de comportamento dos julgadores em razão da afeição ou desprezo por determinado comportamento ou história ouvida por eles durante as audiências de conciliação, o que certamente seria lembrado quando do momento da valoração das provas e posterior feitura da sentença.

Neste ponto é interessante observar o relato colhido por Teixeira Mendes em sua tese:

“Como é que funciona o livre convencimento na prática você provavelmente já deve ter ouvido isso de todos os colegas. Durante muito tempo houve um certo pudor de dizer isso, mas hoje em dia isso se diz até decisões. Por exemplo: em 95% dos casos, eu já fiz sentença pra decidir um processo eu leio o processo inteiro e quando eu termino o processo, eu digo assim, não, essa pessoa vai ser condenada. Antes de trabalhar a sentença eu já tenho a mais absoluta certeza de qual vai ser minha decisão. Deve ou não deve ser condenado. Esses links talvez na minha prática sejam feitos na medida em que o processo vai acontecendo... Eu interrogo uma pessoa e digo esse cara está mentindo. Isso de certa maneira me condiciona. Quando eu for olhar o processo e me lembrar do interrogatório — para processos eu tenho uma boa memória — já estarei condicionado a ler o processo com um viés condenatório ou absolutório, dependendo do caso específico,

por um viés condenatório. Como eu fiquei com aquela impressão eu te falando o que acontece comigo do ponto de vista psíquico. Que links eu faço, como funciona a minha cabeça nesse procedimento. Aí o trabalho de justificar a decisão é um trabalho retrospectivo: eu tenho a decisão na cabeça, digo essa pessoa vai ser condenada, agora eu vou sentar e vou justificar isso, vou pegar as razões que permitem chegar a essa conclusão. Acontece na maioria das vezes, aí quais são as exceções? As exceções são uma tortura pra mim. Uma delas ocorre naquelas situações em que eu tenho a íntima convicção de que aquela pessoa é culpada e quando vou fazer essa organização eu vejo que não tenho material suficiente pra isso, às vezes acontece. Mais eu tenho realmente essa sensação, eu sei que essa pessoa é culpada por esse fato, mais quando você vai ver a prova, a prova não te permite argumentar nesse sentido. E aí quando há algum tipo de dúvida, aí nem seria propriamente o caso da dúvida porque eu intimamente não tenho dúvida, mais do ponto de vista técnico ...” (J17).

“Muitas vezes costumo distribuir bombons na audiência. Serve pra celebrar o acordo ou pra quebrar o gelo. Procuo esperar para ver se o acordo sai. Eles sabem que se não sair eu vou bater o martelo. Às vezes o sujeito está exaltado. Às vezes você senta na cadeira e deixa os dois baterem boca até... Só não podem sair no tapa. Mas eu deixo falar, falar, falar... E fico só observando. Nessa observação vou memorizando alguns pontos e depois vou discutir aqueles pontos. Isso faz parte do livre convencimento. Vamos supor que não se faça o acordo e tenha que julgar depois, aquilo tudo está na minha memória. Posso, sem me desviar da prova, ter uma opinião a respeito dos dois envolvidos. Facilita. É o livre convencimento.” (J4).

É claro que estes aspectos subjetivos não estariam presentes nos autos caso não houvesse a oportunidade da conciliação, momento em que os julgadores podem usar sua experiência como “cientistas sociais” e observar o comportamento de cada um deles, criando elementos extrajurídicos, destacados dos dados contidos no processo para a formação da sua convicção pessoal. Deste modo, fica claro que os juízes brasileiros tratam o livre convencimento como um procedimento com aspectos voluntaristas e de poder com enorme carga de subjetividade (FONSECA, 2008).

Mais interessante ainda é notar que são raros os manuais de Direito que observam este fenômeno. Para a grande maioria da Doutrina este aspecto é solenemente ignorado, mantendo sem retoque o entendimento de que a sistemática atual é capaz de inibir o uso de pessoalidades e critérios extrajurídicos não tolerados pelo livre convencimento motivado.

“A liberdade conferida ao magistrado no campo delimitado pela prova e a necessária motivação do julgado caracterizam o sistema da persuasão racional como um conjunto de regras garantidoras da parte contra os arbítrios da magistratura, mercê de se lhe exigir um maior preparo intelectual...”. (FUX, 2005, pág. 705).

3.3 As máximas de experiência

Como já foi apontado, máximas de experiência são o conhecimento obtido pelo magistrado ao longo de sua rotina profissional e vivência social, verificados com habitualidade, chegando-se a uma regra geral de caráter abstrato e genérico.

Porém quando confrontei o conceito doutrinário com o que foi visto em campo, observei que este conceito foi elasticado e adaptado a cada particularidade do julgador, afastando o caráter geral do conceito.

Assim, máximas devem possuir traços perfilhados por uma generalidade de pessoas, não podem ser aplicadas a apenas um caso específico e, necessariamente, devem ser habitual.

Primeiro é importante deixar claro que todos os entrevistados sabem o que são as máximas de experiência (pelo menos pareciam saber), me respondendo prontamente o conceito e o seu lugar na construção do convencimento.

“Uso. (usa?) Uso, uso... Com certeza uso. Você vê por exemplo é, acidente de trânsito. Se você não usar... A pessoa vem, tá aqui. Duas, duas, duas, duas é, é, faixas (simulando com as mãos o movimento de carros nas faixas de rolamento). Aí de repente tum, bate aqui, faz isso aqui, bateu, Dr. Ele entrou de uma vez aqui e tal (...) aí, tá, bateu na traseira. Erro desse aqui, né? Não, não é. Porque ninguém em sã consciência que tá trilhando aqui, vai acreditar que esse faça um golpe de repente pra cá. Entendeu? (entendi). (...) Então, isso, é, quê que é a máxima da experiência? Aquilo que normalmente acontece, (...) normalmente se espera do outro. Todo mundo espera que quem tá trilhando por essa faixa, ou vá seguir para lá ou vá seguir pra esquerda. Não pode entrar pra direita, não é? Então, assim, tem que convencer o juiz de que efetivamente não fez isso de uma vez só, né? A gente sabe (...) viver aqui do, esperar do outro aquilo que necessariamente se esperaria numa situação normal, né? Quem tá trafegando nessa faixa, mantém a faixa. Se for entrar pra direita, pega a faixa da direita e assim por diante. Então a gente tem que usar, tem que usar”. Juiz – 01

“Sim, o juiz tem que fazer uso das máximas de experiências, porém isso não conflita com a persuasão racional, ou seja, na interpretação das provas produzidas, você utiliza as máximas de experiências, mas isso não quer dizer que você vai retirar o seu convencimento de algo que está extra-autos, com as provas que são produzidas você valora as provas produzidas pra formar seu convencimento, mas considerando as regras de experiências que você tem na sua vida profissional, na sua vida pessoal”. Juiz – 05.

“Não. (Não?!), não, via de regra não, mas não descarto. (...) Porque às vezes depende do caso que pode ter que se apoiar numa, numa consideração dessa natureza”. Juiz – 03.

Apesar de todos eles parecerem afetos ao conceito de máximas de experiência a sua transposição para a realidade sofre uma enorme mudança conceitual. O conceito toma a forma desejada pelo julgador, passando a ter as

características de cada um, sendo usado como uma regra própria, talhada tal qual o pensamento do seu proprietário, neste caso os julgadores.

Observando uma audiência de interrogatório em um processo de interdição, verifiquei que o julgador apenas com base nas suas impressões pessoais abriu mão da perícia⁴⁸. Em sua justificativa ficou claro que estava usando os seus conceitos de máxima de experiência: “... aqui é tudo bem informal (...) normalmente se faz uma perícia, mas com as informações dadas é só juntar o laudo do médico dele”. (Juiz – 07).

Este é um caso típico de decisão que só poderia ser dada com base em laudo pericial, afinal, nenhum de nós que não tenha conhecimento técnico específico, pode atribuir um estado mental de capacidade ou incapacidade. Ainda mais se este “parecer” é baseado unicamente em nossas impressões pessoais.

Contudo a ampliação do conceito de máximas é muito comum, se espalhando nos mais variados campos do “saber” jurídico, mostrando que os julgadores observados usam o seu cotidiano como gênese para as máximas aplicadas na formação do convencimento.

“(...) Mas se você tem uma, uma história de vida diferenciada, quando você escuta as testemunhas, os depoimentos e quando você analisa,... os documentos que estão nos autos, você vê com outros olhos. Eh... por exemplo você viajou, você sempre viajou para o exterior, sempre foi tudo bem. Um dia, e você julga processos todos os dias de pessoas que perdem as malas, sim mas são meros aborrecimentos, perder as malas são um mero aborrecimento, um dia você viaja, você tem meia dúzia de dólares no bolso, seus remédios, é, de urgência estão na sua bolsa de mão, mas os outros que você usa, tem que usar, tão na mala, você sai do Brasil com um calor muito grande, tá indo pra Paris, de repente chega lá tá um frio danado, suas malas são dispersas, e aí, o quê que acontece? Mero aborrecimento? Você começa a ver, o desespero que te dá pra poder buscar essa mala de volta, quê que tá acontecendo, onde que tá, eu não tenho dinheiro pra comprar, meu cartão de crédito, eu fiquei com medo de trazer na bolsa, ficou na bolsa, não tem jeito de eu comprar um casaco, tô com frio, tô de blusa de alça, enfim, você experimentou uma situação que vai te fazer perceber diferente o próximo processo que vier, você vai perceber que não é um mero aborrecimento, porque você sentiu na pele aquela situação acontecer”. Juiz – 06

⁴⁸ Art. 1.181. O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o examinará, interrogando-o minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens e do mais que lhe parecer necessário para ajuizar do seu estado mental, reduzidas a auto as perguntas e respostas.

Art. 1.182. Dentro do prazo de 5 (cinco) dias contados da audiência de interrogatório, poderá o interditando impugnar o pedido.

Art. 1.183. Decorrido o prazo a que se refere o artigo antecedente, o juiz nomeará perito para proceder ao exame do interditando. Apresentado o laudo, o juiz designará audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. Decretando a interdição, o juiz nomeará curador ao interdito.

Em outro momento, conversando informalmente⁴⁹ com julgador e promotor enquanto aguardávamos o pregão para a próxima audiência, um juiz me expôs o seu sentir a respeito da Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, também conhecida como Lei Maria da Penha.

Ele me relatava que naquela cidade o índice de arquivamento era imenso, principalmente em razão do pensamento feminino sobre a dependência moral e afetiva:

“... existe um pensamento das mulheres de que elas não podem viver sozinhas. Como assim?! É muito melhor viver sozinha do que com esses tipos aí!” Juiz – 08.

Assim, com base no conhecimento que tinha sobre o comportamento padrão das mulheres daquela localidade ele já iniciava a audiência de conciliação com a pergunta: “Vocês já se reconciliaram?”. Diante da resposta ele continuava: “Então a senhora não quer dar prosseguimento a isso aqui não, né?”. Ante a assertividade do julgador não restava outra escolha para a parte se não pedir o arquivamento dos autos.

Dessa forma, sem adentrar nos pormenores de cada situação, baseados apenas na costumeira reconciliação do casal, critério extrajurídico criado naquela vara, Ministério Público e Magistratura concordavam em arquivar o caso e “conciliar” as partes contendoras.

Independente de Varas, especializações, gênero ou qualquer outra característica peculiar de cada julgador, na prática, as máximas tomaram novo sentido na boca e na valoração de cada um. Regras gerais e abstratas deram lugar a estereótipos personalizados, independente da argumentação ou da peculiaridade trazida pelo caso concreto.

Poderia descrever as minhas experiências de campo à exaustão. Colacionar as mais variadas formas de alargamento das máximas, contudo, o objetivo do presente trabalho não é a demonstração estatística de determinado fenômeno empírico, mas sim a observação da existência de categorias. Acredito que com os dados colocados acima este objetivo foi alcançado.

⁴⁹ Interessante notar que os depoimentos mais espontâneos que consegui captar ocorreram, justamente com o gravador desligado. Tanto antes como depois das entrevistas ou mesmo fora das audiências os juízes se sentiam mais à vontade para expressar os seus sentimentos mais puros.

Diante de mais este dado empírico pude observar mais uma vez que a doutrina passou ao largo da realidade vivida em nossos Tribunais.

Assim, máximas de experiência são sim usadas como meio de valoração da prova, contudo não da forma que está descrito em nossos manuais, como um conceito abstrato e geral, percebido facilmente por todos.

Na lida dos tribunais ela ganha contornos próprios, baseados não só em regras gerais perfilhadas por todos, mas também em regras pessoais, formadas pela individualidade de cada julgador. Sujeitando os jurisdicionados as mais variadas interpretações, usando sim as pessoalidades no julgamento das lides.

3.4 O “bom senso”

– “Aja com bom senso”. Quantas e quantas vezes ouvimos pais, avós, professores, amigos, jornalistas, enfim, em algum momento da vida usamos ou usaremos esta expressão para representar equilíbrio no encaminhamento de comportamentos ou decisões.

No nosso imaginário o “bom senso” é uma máxima que exprime com precisão um ideal a ser atingido; ideal este, partilhado por toda a coletividade. Assim, o “bom senso” seria um conceito que, em tese, todos nós conhecemos ou poderíamos conhecer.

O conceito está intimamente ligado à sabedoria e à razoabilidade que alguém possui, ou deveria possuir, para adequar regras e costumes à realidade posta e assim ser capaz de fazer boas escolhas e tomar decisões coerentes.

Uma ideia que é comum, mas deve ser afastada, é a de que o bom senso e senso comum são a mesma coisa. O senso comum⁵⁰ é ligado a uma ideia de que se faz de determinado assunto ou objeto, mesmo que tal ideia seja errada ou regada de preconceitos; já o bom senso é uma ideia ligada à sensatez na resolução de problemas ou nas escolhas⁵¹ (ARISTÓTELES, 1985) uma sensatez irretocável, que pode ser partilhada e compreendida por todos.

Concordo com o conceito do que é o bom senso, contudo a generalização do conceito é utópica e um tanto quanto arbitrária, sendo inábil o seu uso como norteador de conduta geral ao alcance de todos.

⁵⁰ Como exemplo de senso comum cito o conhecimento difundido entre todos os brasilienses de que atravessar o eixo rodoviário pelas passarelas subterrâneas à noite é perigoso.

⁵¹ “elemento central da conduta ética, uma capacidade virtuosa de achar o meio termo e distinguir a ação correta, o que é em termos mais simples, nada mais que bom senso”.

Invariavelmente, durante as audiências e nos bate-papos informais antes ou depois das audiências, ouvia os julgadores convocando este conceito virtuoso, este ente supremo e definitivo, capaz de por termo a uma discussão ou indicar com precisão qual a solução jurídica adequada a ser tomada pelas partes na solução da lide.

Todas as vezes que ouvia a celebração do “bom senso” como pedra filosofal, agente capaz de transformar a mais ferrenha discussão em uma civilizada conversa ou a solução para o mais intrincado processo me perguntava se todos naquela sala partilhavam da mesma ideia do que seria o “bom senso” para aquela determinada situação.

O bom senso é algo que está intimamente ligado à moral do seu proprietário. É algo que evidentemente passa por todas as experiências experimentadas, educação apreendida, exemplos de vida, enfim cada um tem uma medida do que é o bom senso, o que pode ou não ser coincidente com o que outras pessoas entendem ser “bom senso”.

É nítido que o bom senso varia de acordo com a cultura, educação e experiências de vida. Nós não podemos exigir que todos tenham a mesma representação do que é bom senso.

Acredito que os exemplos serão muito valiosos na tarefa de me fazer compreendido. Assim, lançarei mão de alguns casos que podem representar bem a minha ideia.

Recentemente o Japão foi alvo de um terrível terremoto seguido de um maremoto, vitimando mais de 20 mil pessoas. Em um dado momento da cobertura jornalística um correspondente brasileiro indagou a um repórter japonês a respeito dos saques que estariam ocorrendo em meio ao caos que se formou.

A pergunta foi tão descabida para o repórter japonês que ele simplesmente não a entendia. E quando finalmente compreendeu, respondeu de forma taxativa que aquilo não existia em sua cultura⁵².

Transportando tal situação para o Brasil, muitos criticariam a passividade daquele povo, afinal é uma situação de vida ou morte, sendo um ato de bom senso a ofensa patrimonial em prol de um bem maior – a vida! Contudo, mesmo dentro de

⁵² Fonte: <http://g1.globo.com/tsunami-no-pacifico/noticia/2011/03/preparo-e-espirito-de-grupo-explicam-ausencia-de-saques-apos-terremoto.html>

nossa sociedade estes atos não encontrariam um coro uníssono. Afinal não é a calamidade de uma situação que nos farão seres insensatos, regredindo à barbárie.

Um outro exemplo. Imaginemos que após anos de vida dedicada ao trabalho, determinado Desembargador é eleito para o cargo de presidente de um determinado Tribunal do país. Tomando posse deste cargo ele é informado que a partir daquele momento ele terá o monitoramento de seguranças por 24 horas – nada mais natural devido à importância do cargo assumido.

Preocupado com a eficácia da segurança prestada ele resolve testar os seus funcionários ativando o alarme de sua residência com o intuito de cronometrar o tempo gasto da sede do Tribunal até à sua residência. Em um primeiro teste os seguranças levaram 13 minutos para completarem o trajeto, desde o soar do alarme até o portão da casa do dito Magistrado.

Não satisfeito com este tempo, passado alguns meses ele aciona mais uma vez o alarme. Desta vez os seguranças completam o trajeto em 11 minutos. Indignado com a lentidão e o conseqüente risco a sua integridade física o Magistrado deixa claro que se houver uma próxima vez, não tolerará tempo maior que 10 minutos e se assim não for todos serão demitidos.

No terceiro teste, no afã de cumprir com a determinação do Magistrado a equipe de segurança sai à toda velocidade do Tribunal, contudo, no meio do caminho colidem a uma árvore e dois dos três ocupantes do veículo falecem⁵³.

Muitos dirão que o Magistrado estava corretíssimo ao testar o nível da sua segurança, afinal ele ocupa um cargo importante e visado, agindo com bom senso na realização destes testes preventivos.

Porém, alguns outros dirão exatamente o oposto. Que tal conduta não tem nenhum traço de bom senso, chegando muito próximo à megalomania.

Estes dois exemplos refletem bem a volatilidade que o conceito de bom senso carrega em sua natureza. E tal volatilidade foi percebida durante a pesquisa empírica⁵⁴.

⁵³ Esta notícia foi usada apenas como inspiração para criação do caso narrado no trabalho, não representando qualquer semelhança com fatos reais ou personagens reais.
http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2010/11/20/interna_cidadesdf,224040/batida-em-frente-ao-tst-faz-duas-vitimas.shtml

⁵⁴ Retirei de alguns julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal trechos de alguns julgados em que há referência expressa a utilização do “bom senso”: **Acórdão número: 522370, 6ª turma cível: NA FIXAÇÃO DE DANOS MORAIS, O MAGISTRADO DEVE UTILIZAR-SE DOS “CRITÉRIOS DA PRUDÊNCIA E DO BOM SENSO E LEVANDO EM ESTIMA QUE O QUANTUM ARBITRADO REPRESENTA UM VALOR SIMBÓLICO**

Assim, retornando à pesquisa em si, em uma dada audiência de conciliação o julgador insistiu de forma determinada que houvesse um acordo entre as partes⁵⁵. Após uma demorada conversa entre ele e as partes ficou acertado que eles se reuniriam e apresentariam uma proposta de acordo; contudo, não havendo a conciliação, a parte ré juntaria a contestação no prazo legal. Porém, ao final da sessão o julgador advertiu os contendores: “olha senhores é bom que tenha acordo, mas caso não tenha, não me venham com uma petição enorme... uma folha tá de bom tamanho pra me explicar esta situação”.

E concluiu: “ajam com bom senso na resolução deste acordo, já que senso todo mundo têm, mas bom senso...”. Juiz – 01.

Durante a entrevista este bom senso ressurgiu em sua fala:

“... Nossas leis são muito defeituosas, isso é verdade, né? Mas eu acho assim que a pessoa que tá tomando a frente daquilo é que faz a diferença. É a mesma coisa do aluno... A escola pode não ser a melhor escola, mas se o aluno faz um esforço adicional ele faz uma diferença tremenda na escola. Então, por isso que eu falo tem que ter perfil para tomar algumas atitudes e titularizar em algumas varas. Aplicar a lei por si só, todo mundo faz isso. Fazer uma sentença, aplicando a lei, fazer uma decisão, qualquer servidor faz, qualquer pessoa faz. Porque direito também é bom senso. Direito é bom senso. A diferença está nesse, nessa aplicação desse bom senso, eu penso, nessa aplicação desse bom senso. E nessa vontade de fazer a diferença na vida das pessoas. A lei por si só ela é fraca, porque não tem como ela prevê todas as situações da vida. Não tem como, o direito não tem como prever todas as situações e, aliás, o direito positivado ele veio depois das alterações sociais, né? Você vê... essas relações homossexuais, até hoje não estão regulamentadas, elas existem de fato. À medida que o tempo vai passando, vem sendo regulamentado de direito, a união, é o que aconteceu com estado e tudo mais. Então não sei se é, se não é que o sistema atual não é não consegue atender a paz social, atingir isso, mas eu acho assim, que é o perfil do magistrado que tem que está voltado pra isso, creio eu que o preparo do magistrado tem que está mais voltado pra isso, talvez, talvez tenha que vir isso da cúpula. Da direção, dos tribunais, enfim, pra criar esse, essa motivação de os magistrados fazerem diferença. Eu percebi isso no curso que a gente fez agora, que na verdade tratava-se de um curso pra, pra direção cartorária alguma coisa assim, mas na verdade focou muito essa questão também, e eu coloquei isso. Muitas vezes, a diferença na atuação do magistrado vem da história de vida que ele tem, a gente tava conversando isso aqui há pouco tempo. Pessoa que nunca teve

QUE TEM POR ESCOPO NÃO O PAGAMENTO DO ULTRAJE, MAS A COMPENSAÇÃO MORAL, A REPARAÇÃO SATISFATIVA DEVIDA PELO OFENSOR AO OFENDIDO" (TJPR - 1ª TURMA CÍVEL - APC Nº 19.411-2 - REL. OTO LUIZ SPONHOLZ); **Acórdão Número : 508939, 1ª Turma Cível:** A FIXAÇÃO DA VERBA REPARATÓRIA, POR NÃO POSSUIR CRITÉRIOS LEGAIS PREVIAMENTE DEFINIDOS, FICA A CARGO DO JULGADOR, QUE DEVERÁ ATENDER ÀS FINALIDADES COMPENSATÓRIA, PUNITIVA E PREVENTIVO-PEDAGÓGICA DA CONDENAÇÃO, GUIANDO-SE PELOS PRINCÍPIOS GERAIS DO PRUDENTE ARBITRÁRIO, DO BOM SENSO, DA EQUIDADE, DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE PARA VALORAR O DANO. IMPORTANTE A PONDERAÇÃO PARA QUE NÃO SE PERMITA QUE A INDENIZAÇÃO SE TRANSFORME EM FONTE DE RENDA INDEVIDA PARA O LESADO OU QUE, DE TÃO PEQUENA, PASSE DESPERCEBIDA PELO OFENSOR. RECURSOS DE APELAÇÃO IMPROVIDOS.

⁵⁵ Conversando informalmente após esta audiência ele me confidenciou que no sentir dele o acordo era muito possível, só estava faltando uma boa orientação dos advogados.

o pé no chão, nunca vai entender a situação de um que vem. Pode existir, por exemplo, magistrado que não sabe... que não entende porque uma parte vem cobrar nos autos R\$150,00 reais. Por quê? Por que R\$150,00? Ele gasta isso numa noite, numa saída, mas pra que tá precisando é tudo que tem na vida, entendeu? Então esse perfil do magistrado, se ele já não é inerente a ele, se ele já não vem com a história de vida, penso que ele pode ser construído até por meio de cursos, por meio de, de trabalhos mesmo... assim, que isso, penso, que tenha que vir de cima pra baixo, assim, uma movimentação pode ocorrer de baixo pra cima, mas o tribunal tem que trazer isso para que os magistrados possam ser preparados pra isso. Então não sei se é uma crítica ao sistema, talvez, assim, a atuação dos colegas, porque aplicar a lei, a gente chama de juiz de livro. Juiz de livro é muito fácil, você estuda, estuda, estuda, estuda você, você dá um show de aplicação da lei, mas tá resolvendo o problema?". (JUIZ – 01).

Interessado em saber mais sobre o tema indaguei:

Qual é a fonte deste bom senso?

Eu acho que ela é feeling (feeling?). Eu acho. Eu acho que ela é natural, muitas vezes, mas ela pode ser trabalhada também. Como eu to falando, por meio de preparo das pessoas. E, e pela experiência de outros processos, quando você decide a primeira guarda é diferente de você decidir a quinquagésima guarda. Entendeu? JUIZ – 01.

Com a resposta dada fiquei ainda mais curioso, afinal, não entendia como a intuição poderia servir de fonte para o bom senso.

O quê que quer dizer com feeling?

Um sentimento interno. Alguma coisa que te move ali, (...) se fizer assim, quando você analisa, por exemplo, igual eu te falei, quando você analisa assim, se for pro pai, vai trazer essa, essa e essa consequência, se ficar pra mãe vai trazer essa e essa consequência⁵⁶. Aí tem aquela coisa natural assim, de você pensar mais na (...) (instintivo?) instintivo. (A senhora acha que é uma coisa instintiva?) Pelo menos comigo é. (porque?) Comigo é. (...) Imagina assim, que você esteja numa encruzilhada, e você não tem luz pra cá nem pra lá, você fala: Caramba, e agora o quê que eu vou fazer? Eu vou pra direita ou pra esquerda? Você não tem, você não sabe, ninguém te deu o caminho, você não sabe nem onde você tem que chegar, você tá caminhando, caminhando, caminhando (...) aí tum, deu uma perpendicular. Ou você tem que virar pra direita ou pra esquerda? Você fala e agora, pra onde eu vou?(...) como é que é (...) tinha, o... o ..., o Manda-Chuva, né? Na dúvida pra direita, né? Acho que era o Manda-Chuva que falava isso⁵⁷. Mas você fala e agora pra onde que eu vou?(...) Meu sentimento é que se eu for pra esquerda eu vou pegar lá algo melhor. É alguma coisa que vem lá de dentro assim, ninguém te fala, ninguém te, te, te mostrou, ninguém te ensinou. Nesse caso específico, que te falei, se fosse pro pai, ia ter consequências ruins, se fosse pra mãe ia ter consequências ruins, e aí? Como é que você decide? Aí você tem que buscar uma inspiração que vem lá de dentro, onde que você imagina que vai ter menos efeitos negativos? JUIZ – 01.

⁵⁶ Ele está falando sobre um caso de guarda de uma criança.

⁵⁷ Na verdade era o Leão da montanha, desenho produzido pelos estúdios Hanna-Barbera na década de 1960.

Fica claro que para ele o bom senso é uma inspiração, algo sobrenatural, nato em sua pessoa, contudo não é alcançável por todos, ou seja, algo bem distante do senso comum do que seria o bom senso.

Continuei a minha pesquisa em outras varas e os resultados foram muito próximos deste; cada qual tem uma percepção diferente do que é bom senso, sua lógica e fonte primária.

Em outra oportunidade acompanhava uma audiência de conciliação em processo de regulamentação de visitas. Os pais da criança tiveram um relacionamento casual, ambos policiais civis. O pai, inicialmente, não aceitava se aproximar muito do filho em razão da relação desgastada com a mãe da criança e por achar que ela foi “mau-caráter” ao engravidar. Contudo, após reflexão resolveu não penalizar a criança e tentar uma aproximação com o filho, ainda muito pequeno para entender a complexidade das relações adultas.

Nesse dia, percebi o quanto o julgador foi atuante no sentido de orientá-los na escolha do melhor caminho a ser trilhado, desta feita, fui capaz de captar estas falas do julgador, demonstrando o que ele entendia por razoabilidade e sensatez na solução dos conflitos:

“O senhor quer se aproximar do seu filho e ela quer que o senhor se aproxime; isso já é um ponto positivo. Então vamos partir daqui. Esquecer o que passou... não havendo consenso eu vou encaminhar para o psicossocial”.

“Vejo atitudes de policial, mas não atitudes de pessoas ignorantes e não esclarecidas”.

“o juízo põe aqui o que é legítimo. A rotina da família quem decide são vocês.”

“não há como o juiz regulamentar todas as situações! O resto é o bom senso”. Juiz – 02

Munido destas impressões pessoais iniciais, formulei o seguinte questionamento:

E como que o senhor acha que é desenvolvido esse bom senso? O senhor falou que tem um bom senso coletivo, né? (certo) Mas, (...) existe um bom senso coletivo ou um bom senso individual que é aplicado na hora da sentença?

“Não. O bom senso é sempre coletivo. Eu, a minha avaliação é sempre coletiva. E como é que seria esse bom senso? Bom senso é uma média das aspirações. Uma média das aspirações cria-se o bom senso. Como eu já disse, a lei estabelece parâmetros mínimos e máximos e ali dentro desses parâmetros o juiz deve colocar o ser humano. Então, ao tentar julgar o ato daquele ser humano, o ato que ele praticou, ele deve identificar o ponto médio dum comportamento humano, o ponto médio de uma conduta, para

que, em cima desse ponto médio, ele estabeleça se houve uma extrapolação para um lado ou para o outro. Então, esse bom senso é sempre coletivo da minha avaliação e é (...) a resultante dessas aspirações. Entendeu? Da conduta, da visão média do homem. Então, como aferir esse bom senso? Qualquer pessoa que tiver um mínimo de consciência daquilo que ocorre ao seu redor, ele vai conseguir aferir qual é o ponto médio daquele grupo social. Qual é o ponto médio. Então tem determinadas condutas, por exemplo, nós estamos hoje numa efervescência, numa discussão efervescente, sobre a união estável entre (homossexuais) pessoas do mesmo sexo, né? Então, nós estamos num processo de debate intenso. Nós temos posições de um lado, posições de outro. E o juiz não pode ficar num extremo, ou no outro. Ele não pode negar uma prestação jurisdicional se ele tem a sua convicção pessoal, religiosa, numa linha. Por outro lado, ele não pode ir a outro extremo de deferir tudo, querendo ser de vanguarda. Então, ele tem que olhar o quê que a sociedade está querendo, porque ele é um servidor da sociedade e as leis devem, tanto quanto possível, traduzir o anseio da sociedade. E ao mesmo tempo ele manter a cautela. É a cautela de não romper com tudo que está estabelecido e a coragem de avançar. Então, ponto médio é justamente isso. Como tratar hoje uma questão dessa que é submetida ao juiz? Ele vai estabelecer aquilo que naquele momento a sociedade aceita como normal. A união é, hoje, entre um homem e uma mulher sem a tutela de um casamento formal, religioso, a sociedade hoje já aceita, calmante, sem nenhuma turbulência. Então já, inclusive isso já gerou normas, já tem leis reconhecendo essa união estável etc. Então. Já tem leis. Por quê? Toda lei ela passa por aquele processo, é, bem defendido, por Miguel Reale, ele fala muito bem da teoria da tridimensionalidade da lei. Essa tridimensionalidade da lei ela sempre leva em conta três momentos do nascimento da lei. O primeiro momento a sociedade examina uma situação concreta e debate. Como estamos hoje debatendo a união homoafetiva. Em, no segundo plano, a sociedade atribui um valor a isso. Então, atribui um valor, uns rejeitam, outros aceitam, até estabelecer o ponto médio. Estabelecido o ponto médio, aí aquilo se transforma em lei. Então passa por essas três dimensões pra nascer a lei. Então toda lei, salvo num processo antidemocrático, né, de um rompimento das linhas democráticas, a lei nasce por esse processo. Né? Então, isso é o bom senso, aquilo que a sociedade aceita como normal".

JUIZ – 02.

O bom senso é um juízo de valor próprio, que em algumas ocasiões toca e compartilha das mesmas percepções criadas por outros seres humanos. Contudo, ele não pode ser exigido como um comportamento padrão ou solução para controvérsias de forma geral e irretocável.

Entendo que a intenção dos julgadores é a melhor possível, usando o que acreditam ser a melhor escolha para a adoção de um comportamento razoável e sensato. Contudo, este comportamento ideal é baseado única e exclusivamente nas percepções pessoais de cada julgador, soando arbitrário quando é empregado na solução de conflitos de terceiros, que muitas das vezes não compartilham das mesmas ideias de razoabilidade.

A imposição do bom senso do julgador me permite traçar um paralelo entre este comportamento e a filosofia de Immanuel Kant⁵⁸ (apud CASTRO, 2005, pág. 67) e o seu imperativo categórico⁵⁹ (op. cit., pág. 60).

Imperativo categórico é o dever que a pessoa tem de agir conforme os princípios que ela quer que todos os seres humanos ajam, é um agir que ela quer que se consagre como uma lei da natureza humana, uma lei universal (op. cit. pág. 70). Uma expressão única e geral da moral; incondicional, que temos independentemente das nossas vontades ou desejos.

Desta forma, na construção desta filosofia moral Kant formulou leis, que na sua concepção, exprimiam a vontade humana livre de vinculação a elementos provenientes de circunstâncias naturais e sociais. Em sua filosofia moral, Kant oferece as "máximas" ou as regras a priori que se devem supor ínsitas à mente humana distanciada dos eventos circunstanciais, mas considerada no aspecto do seu uso prático (op. cit., págs. 70-71).

Assim, analisando a construção filosófica Kantiana e o pensamento desenvolvido pelos atores observados em campo, podemos estabelecer este traço.

Por meio da sua posição de autoridade decisória, unido ao empoderamento⁶⁰ (FREIRE, 1992, apud SCHIAVO e MOREIRA, 2005; OXFORD, 2005 PÁG. 500) natural que o cargo traz, os julgadores impõem o que para eles é o comportamento ideal a ser seguido, não se preocupando com as circunstâncias específicas que cercam cada caso.

Usam como norte de seus pensamentos entendimento que acreditam ser de domínio geral, contudo, não percebem que isso é apenas uma forma pueril de se enxergar a realidade. Acreditar que a forma pela qual o bom senso é aplicado pelos julgadores não está contaminada com suas impressões pessoais e, principalmente, com as circunstâncias naturais e sociais que envolvem uma determinada demanda é repetir o mesmo comportamento das autoridades doutrinárias que pregam o pensamento dualista – razão e emoção – como realidades opostas e inconciliáveis.

⁵⁸ Immanuel Kant (1724 —1804) foi um filósofo prussiano.

⁵⁹ "Age de tal modo que a máxima da tua ação se possa tornar princípio de uma legislação universal".

⁶⁰ Para Paulo Freire criador deste silogismo em nossa língua, empoderamento é aquela pessoa, grupo ou instituição que realiza, por si mesma, as mudanças e ações que a levam a evoluir e se fortalecer. Ou seja, é aquele que se liberta da opressão econômica, financeira ou de saber exercida sobre ele. Contudo, o significado de empoderamento empregado nesta circunstância se afasta daquele dado por Paulo Freire, se aproximando mais do conceito etimológico da palavra em sua língua mãe, Empowerment, que em inglês significa "dar" poder a alguém para a realização de uma tarefa sem a necessidade de permissão prévia de outras pessoas..

Assim como Kant, neste aspecto os julgadores encontram uma enorme dificuldade de perceber que é inerente ao ser humano a influência do meio em seus julgamentos e construções conceituais. Ao contrário do que imaginam, nem mesmo eles são capazes de evitar o alcance das emoções e do meio no uso e na formulação daquilo que entendem como bom senso.

O filósofo alemão Friedrich Nietzsche (2005) foi um dos grandes combatentes da filosofia Kantiana. Ele também entendia que as formulações gerais propostas por Kant são suscetíveis aos “vícios” externos, inerentes a nós seres humanos; imaginar o contrário é não compreender as vicissitudes que cercam a vida em sociedade e, principalmente, é não compreender a natureza humana. A respeito da volatilidade de um imperativo categórico Nietzsche (2005) escreveu o seguinte aforismo:

Ainda sem considerar o valor de afirmações como "existe em nós um Imperativo categórico", sempre se pode perguntar: o que diz uma tal afirmação sobre aquele que a faz? Existem morais que pretendem justificar perante os outros o seu autor; outras morais pretendem acalmá-lo e deixá-lo contente consigo mesmo; com outras ele quer crucificar e humilhar a si mesmo; com outras ele quer vingar-se, com outras esconder-se, com outras quer transfigurar-se e colocar-se nas alturas; essa moral serve para o autor esquecer, aquela, para fazê-lo esquecer de si mesmo ou de algo de si; alguns moralistas gostariam de exercer sobre a humanidade seu poder e seu capricho criador; alguns outros, talvez Kant entre eles, dão a entender com sua moral: "o que merece respeito em mim é que sou capaz de obedecer - e com vocês não será diferente!" - em suma, também as morais não passam de uma semiótica dos afetos⁶¹."

Desta feita, é inevitável que toda manifestação dos julgadores no sentido de indicar um comportamento ideal, um bom senso, nada mais é que o reflexo dos seus valores sendo expostos como valores médios aceitos e entendidos por toda a coletividade.

Cada ser humano tem a sua coleção de valores que lhe são mais ou menos caras e é essa diversidade que enriquece as relações interpessoais, não sendo possível para nós reduzi-la à lógica dualista (DAMÁSIO, 1996, pág. 279) doutrinária⁶². (op. cit. pág. 107).

Assim é claro que a aplicação do bom senso nada mais é que a imposição de uma visão ideal de cada julgador; imaginam desta forma, que esta visão ideal

⁶¹ Interessante notar que para o autor a expressão “semiótica dos afetos” significa que o discurso moral nada mais é que uma figura de linguagem das paixões, uma simbologia representativa dos sentimentos dos autores.

⁶² “O livre convencimento há de ser racional, porque necessariamente alcançado mediante as forças do intelecto e não dos impulsos pessoais e eventualmente passionais do juiz...”

formulada por eles é o comportamento adequado a ser aplicado à espécie. Todavia, tal conduta impositiva escapa à sua percepção, pois acreditam, sinceramente, que aplicam a razoabilidade e a sensatez média, jamais a própria.

Considerar a existência de um comportamento médio para se verificar a diligência e a conduta que se pode esperar de alguém é algo que não concordo ser possível, tendo em vista, que na condução dos casos que lhes são apresentados estão sendo aplicadas as personalidades e valores de cada julgador. Friedrich Nietzsche retrata bem a diversidade daquilo que é casto para cada um de nós:

“A diversidade dos homens se mostra não apenas na diversidade de suas tabuas de bens, isto é, no fato de quem tomem bens diversos como desejáveis e que estejam em desacordo quanto ao valor maior ou menor, quanto à hierarquia dos bens reconhecidos por todos⁶³”. (NIETZSCHE, 2005)

Ainda deve ser levado em conta que o saber jurídico é um saber local, produzido por uma determinada sociedade em um determinado momento histórico, político e social. Assim, cada sociedade valoriza, em determinada época, aquilo que deseja ou aquilo que desejam por ela, sendo que esses graus de legitimidade não são absolutos e imutáveis, modificando-se de acordo com a importância que lhes é oferecida, variando no tempo e no espaço. (FONSECA, 2008, pág. 28).

Como bem acentua Teixeira Mendes (2008):

“A ideia de justiça é uma construção social que, portanto, varia no tempo e no espaço. Todavia, somos socializados de forma a naturalizar a “nossa” ideia 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 ideias, tanto a de justiça como a de direito, e tomá-las como saberes locais, construídos socialmente e que variam no tempo e no espaço, é exercício indispensável para refletir a respeito delas. O caráter essencialmente convencional e precário da ideia de justiça faz com que reconhecimento de uma solução como uma solução justa pelo grupo seja constitutiva da própria ideia de justiça. Em outras palavras, justa é a solução de um conflito quando é reconhecida como tal pelo grupo social que a adota”.

Deste modo, a imposição de um comportamento padrão deve ser evitada na condução do processo, pois agindo de forma diversa estaria o julgador sendo arbitrário com as partes do processo, indo de encontro ao o que a lei processual civil tenta de todas as formas evitar.

⁶³ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Além do bem e do mal: prelúdio de uma filosofia do futuro; tradução, notas e posfácio Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2005.

3.5 A valoração da prova

Como já foi explicitado anteriormente o princípio da persuasão racional permite ao julgador examinar a prova livremente, usando critérios lógico-rationais, baseados nos fatos trazidos aos autos pelas partes.

Munido com o conceito doutrinário sobre a persuasão racional indaguei os julgadores sobre como eles enxergam este princípio e, principalmente, como o manejam no dia a dia do tribunal.

“Então, olha só, é, o artigo 131 ele traz o equilíbrio entre o tudo e o nada, né? Essa liberdade total do juiz fazer e a total falta de liberdade, ou seja, prender-se estritamente a lei, é, o quê que eu penso? Um equilíbrio. Sabe, assim, você lê, interpretar a lei, porque na verdade o quê que acontece o artigo 131, na hora que você vai aplicar o artigo 131, não é um artigo aplicável por meio de decisão, é por meio, é na hora que você vai fazer, é diferente por exemplo: 269, resolver nos termos do 269, ponto acabou. Não o 131 é uma forma de aplicação daquilo que você tá vivendo, daquilo que você vai decidir na hora. E, nós não podemos, por exemplo, eu não posso receber um advogado aqui agora e do jeito que ele me contou a história, aí eu falar então eu vou e faço assim e assim e não tá provado ali nos autos, não é? Não tem como, até por questão de lealdade com a outra parte. Então esse livre convencimento, é essa capacidade de perceber essas provas, eu, entendo eu, posicionamento meu, ele é diferenciado quando você vive situações, experiência de vida, experiências processuais que você já teve, fazem diferença na hora de analisar isso. Entendeu? (entendi) Então na hora que você escuta uma testemunha falar, por exemplo, que, ah, não é..., eu, eu, eu não entreguei o documento pra ela, porque qual o problema de entregar o documento pra ela? Podia ficar comigo, mas você fala: peraí, mas o documento? Você começa a raciocinar em cima de situações que deveriam ter acontecido e não aconteceram. E aí esse testemunho você pode qualificar como um testemunho inverídico. Ou seja, a pessoa tá criando uma fantasia quando na verdade não era o que devia ter acontecido. Então, a análise de uma prova, penso eu, passa necessariamente pela experiência de vida do juiz, por casos que ele já tenha passado semelhantes, casos que ele tenham vivido semelhantemente aquele que tá sendo observado naquele momento”. Juiz – 01.

“Persuasão, persuasão racional é o convencimento, é, por força do exercício da razão. A razão ela se baseia acima de tudo numa lógica. A lógica é aquilo que o bom senso estabelece como aceitável. Então, a lógica numa determinada situação, a solução lógica para uma determinada situação, pode não ser a..., solução idêntica para outra situação... semelhante. Então, para cada caso existe uma solução que naquela circunstância se apresenta como mais adequada, mais lógica, né? E essa persuasão, como é que ocorre? O juiz ele vai aferir não apenas o caso concreto em face da lei. Porque a lei estabelece uma hipótese jurídica é, e se o juiz tentar enquadrar a situação concreta, a situação concreta, é, dentro da hipótese legal, ele vai tentar transformar um fato humano dentro de uma clausura rígida da lei. É... e isso não pode acontecer... É necessário que o juiz se convença, que ele leve em consideração os aspectos específicos de cada caso. Então, ele vai analisar, características daquela situação que é colocada e tentar o máximo possível adequar essa situação

humana na hipótese legal. E a persuasão vem em função desse valor que ele atribui a essas peculiaridades da situação humana. É essa a avaliação. Agora qual, quais são as ferramentas que o juiz usaria pra isso? Acima de tudo a sua experiência humana. A sua experiência como ser humano, da observação, além do conhecimento técnico, isso tudo vai servir como baliza para que o juiz dê um determinado valor a tais situações. Se o juiz não tiver noção ou não tiver dentro de sua história de vida, não ter vivido nenhuma situação semelhante àquela que é colocada, em princípio ele teria dificuldade em ver ali o aspecto humano, veria só o legal. Por isso que ele precisa se abstrair de seus conceitos pré-estabelecidos, dos seus preconceitos, para poder se aproximar o máximo possível da situação real, da situação real que é colocada. E ali ele vai buscar os elementos de seu convencimento. Como é que se exercita esse conhecimento? Ele tem que ser exercido com prudência e essa prudência, esse limite a lei que estabelece. A lei estabelece um limite mínimo e um limite máximo e dentro desse limite mínimo e máximo o juiz transita usando sua experiência de vida, a sua avaliação. Então de um lado o conhecimento técnico e de outro lado o conhecimento humano. E do cotejo que ele vai extrair uma decisão que do ponto de vista dele, do convencimento dele é a mais justa, para o caso concreto, então funciona dessa maneira. E esse convencimento justificado, qual é a finalidade e como é que se configura? Se configura porque no plano íntimo o juiz forma um juízo de valor, e esse juízo de valor não pode ficar limitado a sua seara íntima, é necessário que ele transpareça isso para o externo, para que as pessoas conhecendo as razões, o mecanismo utilizado para chegar a esse convencimento, ele demonstre para as pessoas que ele efetivamente se abstraiu de preconceitos, que efetivamente ele aplicou a isonomia tanto quanto possível, a isonomia, né? A legalidade. Então, é esse, essa justificação do conhecimento é a ferramenta que o juiz dá ao controle externo para que possa aferir se, efetivamente, aquela decisão que ele aplicou está de acordo com aquela formulação teórica que ele fez, então é necessário atribuir no plano externo as razões desse convencimento para que as pessoas tenham certeza que não houve arbitrariedade. Ele não decidiu, é de uma maneira arbitrária, negando o tratamento isonômico às partes, né? Então assim que se forma o convencimento interno e a justificação é como se, como se fosse um freio para que não ocorresse a arbitrariedade, né?”. Juiz – 02.

“Eu acho que a livre persuasão racional é o grande limite da nossa atuação e ao mesmo tempo é a garantia que todo mundo tem da lisura da atuação do magistrado. Porque ele não pode dizer é, como deve ser feito uma solução de um caso, como um caso deve ser solucionado sem dizer como e porque. Fala assim, ah, é, nesse caso a solução tomada vai ser essa, mas porque? Não pode ser uma coisa, é ... Não existe, é, como é que diz, é, não existe discricionariedade aqui, tem de ser tudo fundamentado, assim, não é o juiz que vai decidir: ah... a solução vai ser essa porque eu quero (uhum). Não, a solução vai ser essa porque a Lei diz que vai ser essa. Então que justificar. (entendi) Essa, essa atuação, por exemplo, é, os outros Poderes não têm, o legislativo não diz porque que ele fez a lei. Ele fez a lei porque foi votada e aprovada. Ele não tem que justificar porque que a lei foi feita. O executivo aplica lá as medidas de governo e tal e não tem que explicar porquê. Mas a justiça tem sempre que explicar porquê. Essa é a grande limitação da nossa atuação. E a garantia de que as partes vão ter uma, uma atuação correta. Porque essa justificação tem de ser embasada na lei.” Juiz – 04.

“O princípio da persuasão racional é uma garantia de um processo civil, ou de um processo civilizado, né? Isso representa que o juiz ele não pode ser arbitrário em seu convencimento, ele tem que se convencer, mas daquilo que foi produzido nos autos, então ele não pode encontrar, a sua razão, o seu convencimento fora dos autos, né? Então a persuasão racional é que

ele formara o seu convencimento com a prova produzida nos autos, isso é que muito importante... é, nós reconhecermos porque evita o arbítrio, aquele caso: “eu sei que quando eu era pequeno, acontecia assim”, Ele não pode, com esse tipo de argumento decidir um caso, então tem que fazer a prova do fato e aí, com a prova do fato ele aplica o direito. Esse princípio é um princípio que vai, você pode?...num processo civil civilizado, vamos dizer, moderno, que tem garantia pras partes, pra que evita o arbítrio do juiz em estabelecer, uma fundamentação a sua decisão fora dos autos, não é, então eu penso que isso é uma garantia que nós devemos preservar, né? Porque aquele convencimento ele vai ser feito por intermédio dessa, desse conjunto probatório...”. Juiz - 06

“Persuasão racional ou livre convencimento motivado. É, acho que é firula da teoria da argumentação jurídica mesmo, foi uma possibilidade de florear um pouquinho um poder discricionário que o juiz tem legitimamente, poder de decidir, né? Então assim, na apreciação das provas o juiz pode valorar, a gente não tem uma, uma taxatividade, uma tarifação das provas, a gente pode valorar como bem entender, dizer qual é a prova que é mais importante pra gente naquele caso concreto. É dada essa liberdade pelo próprio legislador mas por uma exigência constitucional temos que motivar e essa motivação serve exatamente pra fazer a controlabilidade da decisão judicial né, possibilitar um maior controle do que o juiz tá ali dizendo.” – Juiz 07.

... o princípio da persuasão racional eu entendo que é, de acordo com esse princípio... o juiz para tomar uma decisão ele deve demonstrar logicamente como é que ele chegou aquele resultado, tá? Isso, quer dizer em outras palavras, que o juiz ele forma o livre... convencimento dele, ele forma livremente tá? Mas ao decidir, ele tem que decidir de acordo com o ordenamento jurídico, com a lógica jurídica, com a racionalidade própria do direito, isso é uma exigência, inclusive da constituição federal né? A... que as decisões judiciais sejam fundamentadas, exatamente pra que se possa controlar não é? A atividade do poder judiciário na aplicação da lei, né? E quais são os elementos que você usa pra essa formação de convicção? Ah... são esses elementos que a própria lei fala, são os meios de prova, né? (então, você se prende ao que está no processo?) É, veja, você pode achar que o juiz pode tomar uma decisão ou se convencer a partir de impressões que ele tem, por exemplo, na audiência, que não, não há como você colocar aquilo na ata de audiência de uma maneira fiel, ou no termo de depoimento da maneira fiel não é? Mas de qualquer maneira, ainda que o juiz assim atue, e não descarto essa possibilidade do juiz atuar dessa maneira não, no momento que ele vai... fundamentar a decisão dele, ele tem que se ater aos autos porque não há... como fundamentar, em nada que não esteja nos autos, tá?”. Juiz – 08.

Em linhas gerais o discurso dos juízes se amolda com perfeição ao que preconiza a doutrina jurídica, ou seja, o princípio do livre convencimento motivado é suficiente para que não haja “contaminação” na formação da convicção dos magistrados.

Contudo, as categorias que foram identificadas no trabalho de campo indicam que esta blindagem não passa de mera ilusão. Mais interessante ainda é notar que alguns dos entrevistados não repetem o discurso doutrinário de seus colegas e admitem o uso de personalidade e critérios próprios, na construção do seu

convencimento. O que é um comportamento bem mais real, menos utópico do que aquele preconizado pelos doutrinadores e “seguido” por magistrados.

Esta categoria é uma subespécie das categorias anteriores. Afinal, o que se entende por máximas de experiência é variável de acordo com o entendimento dos julgadores; o bom senso é valorado e aplicado em consonância com o que cada um entende por comportamento padrão ideal, assim, evidentemente que tais influências iriam desembocar na forma pela qual cada julgador valora o seu conjunto de bens.

Deste modo, a valoração da prova nada mais é que um critério subjetivo usado por cada julgador. Critério este que pode variar de acordo com a personalidade, o gênero, a experiência de vida, as convicções religiosas, as emoções experimentadas ao longo do julgamento, dentre outros.

Ao acompanhar as audiências percebi com clareza a influência de tais elementos na convicção do julgador. Sem exceção, julgador a julgador, sua ciência privada era exposta em cada situação em que se exigia uma valoração da situação e, invariavelmente a explicação que se seguia estava bem distante daquilo que carreava o processo.

Em um dos meus primeiros dias no campo, tive a oportunidade de acompanhar uma audiência que tratava da guarda de uma criança de colo. O bebê tinha à época pouco mais de três meses de vida.

O autor da ação era o pai, que teve apenas um namorico com a mãe da criança e deste namorico, de acordo com as partes, acidentalmente a requerida engravidara.

O pai lutava pela guarda⁶⁴ do bebê em razão de uma possível depressão pós-parto que acometia a mãe da criança. Em uma dada situação, a mãe deveria medicar a criança com um comprimido de antibiótico, contudo, a mãe deu ao invés de uma cápsula duas, além de ter dado os comprimidos inteiros, o que evidentemente, fez com que a criança engasgasse imediatamente.

⁶⁴ Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

(...)

II - deixar o filho em abandono;

Diante da cena, a mãe ficou paralisada com a luta da criança em busca do ar e se não fosse a ação rápida da avó da criança que ouviu os seus barulhos e saiu em seu socorro, muito provavelmente ela teria sufocado até à morte.

Em razão do comportamento anormal da mãe em outras ocasiões este caso foi a gota d'água para o pai ajuizar a ação de guarda.

A juíza⁶⁵, após ler a inicial se apressou em marcar a audiência. Apenas uma semana após o ajuizamento da ação o casal já estava sentado em frente à magistrada expondo o caso. De acordo com a explicação da magistrada, a urgência se devia à sua preocupação com a integridade física da criança.

Ao expor os fatos do processo o autor se deparou com um inusitado questionamento feito pela juíza: “O senhor dará o peito para o seu filho?” Diante da perplexidade do autor ela continuou: “A criança até os 03 anos está ligada à mãe, digo isso não por ser mãe ou mulher, mas sim por ser juíza”.

O que se seguiu foi ainda mais significativo. Após a colocação da juíza o advogado do autor interveio prontamente com uma solução extremamente simples, se observada pela ótica masculina. O patrono sugeriu que a mãe da criança retirasse diariamente o leite do peito e colocasse no frizer a espera da criança. A juíza o repreendeu efusivamente e repetiu o argumento anterior.

Era nítida a depressão pós-parto da mãe, assim como era nítido que a juíza já havia se convencido a respeito da situação, não daria guarda nenhuma para o pai. Tudo baseado na sua experiência como mãe.

Evidente que tal evento me chamou a atenção, assim, não pude deixar de questioná-la a respeito do tema. E mais interessante ainda foi observar que a resposta dela foi muito mais abrangente e verdadeira do que eu esperava:

A senhora acha que o uso dessa experiência (de vida), eu vou chamar de ciência privada, que é o jeito que a doutrina chama, mas no meu trabalho eu amplio o conceito, a senhora acha que isso é uma afronta à norma ou não? Não. Eu entendo que não é. Eu entendo que pode ser, assim, por exemplo, igual eu te falei, eu sou católica, apostólica, romana, e de repente vem um, um (caso homossexual, por exemplo?!), é, um caso homossexual. A minha igreja não... o meu deus não condena o homossexual, condena os atos praticados pelo homossexual e aí de repente eu me vejo frente a uma relação homossexual que a parte tá requerendo um reconhecimento disso, eu falo, de jeito nenhum, homossexual?! Mas de jeito nenhum, porque a minha convicção religiosa não permite. Aí sim, aí eu to afrontando. E a senhora acha que esse tipo de influência a senhora não tem?

⁶⁵ Como explicitado antes, aqui revelarei o gênero dos julgadores, pois entendo que isto é um fator essencial para a diferença de comportamento observado nos casos.

Se eu disser para você que eu não tenho, eu vou tá mentindo. Agora se eu disser pra você que eu busco incessantemente me afastar dela, eu vou tá sendo honesta com você. Vou tá sendo honesta... Eu, eu uso muito, é, por exemplo, em casos desse tipo eu sou muito tranquila para resolver. Muito tranquila. A minha dificuldade grande, por exemplo, é em guarda. Passar guarda para a mãe, guarda pro pai (eu reparei isso na audiência) reparou? Agora, o que quê acontece? Eu procuro, nessa hora, aí sim, eu fico, fico assim, ó, porque, não sei se você percebeu na audiência, eu não sou feminista e nem sou a favor dos homens, eu busco,... a mulher, não: a mulher tem direito a alimentos mesmo, não sei o que e tal? Não. O filho tem que ficar sempre com a mulher? Não, vamos ver, vamos pesar. Eu tive um processo aqui, que, não sei se você participou das audiências que era um adolescente que ele falava que ele tinha... ódio da mãe. E no estudo psicossocial veio dizendo o seguinte: o pai causa uma, uma influência muito grande na cabeça dele denegrindo a imagem da mãe. Se passar essa, essa guarda pro pai, imagina, a mãe vai ficar ainda mais deteriorada. E ao mesmo tempo me dizia o seguinte que a mãe tem uma péssima relação com o filho. Manter a guarda com ela poderia exacerbar esse mau relacionamento entre eles e poderia criar um ódio muito maior. Eu peguei esse processo umas quatro vezes para sentenciar. Umhas quatro vezes. E aí o que quê eu fiz? Eu me lembrava de tudo que foi falado em audiência, tudo, tudo, tudo, foi falado pela mãe, foi falado pelo pai, foi falado pelo adolescente. Pelos adolescentes, inclusive. Porque um já, na verdade, um já tinha 18 anos, já não era mais, nem questão de ser analisada no processo. E aí eu deferi a guarda pro pai. E eu fiquei, e eu confesso pra você que antes eu fiz uma oração, pedindo assim, o melhor caminho. Mas eu, eu julguei de acordo com tudo que eu tinha ouvido e as consequências na cabeça do adolescente de permanecer com o pai e as consequências de permanecer com a mãe. Nessa hora eu me absteve da situação de ser mãe, porque senão eu poderia falar não: uma mãe ficar sem o filho. Eu sou mãe eu sei o que quê é ficar sem o filho. Não, eu vou conceder essa guarda pra mulher. Não, concedi pro pai. Pouco tempo depois, não, pouco tempo agora, a advogada veio conversar comigo, é uma advogada que a gente tá sempre se encontrando, aí eu falei - ah tá sumida e tudo. - ah, pois é, Dra., aquela sentença, a mãe recebeu tão bem aquela sentença, ela ficou tão tranquila, tão em paz, a gente nem recorreu. Então, assim, é muito difícil você decidir certos casos. Muito difícil. Mas quando você procura juntar, aí a aplicação dessa persuasão racional. Você racionaliza tudo que você ouviu e pensa nas consequências da sua decisão na vida das pessoas. Não é simplesmente aplicar a lei, porque, principalmente nesse, família, por exemplo, a lei ela não é assim, oito ou oitenta, alguns casos sim: execução, não pagou... mandamos citar e tal. Agora, guarda, com quem ficar? Com que tem melhor condição. Quem que avalia essa melhor condição? Na hora de sentenciar você tem que ter esse equilíbrio para poder fazer isso. Então, essa racionalidade ela vem de tudo que você já passou, de tudo que você já viveu de outros processos semelhantes, das consequências, você ter essa capacidade de pensar nas consequências da sua decisão na vida das pessoas.

É absolutamente certo que nada do que ela me respondeu está descrito nos manuais de Direito, nem mesmo nos de prática. Mas me pergunto: procede ela de forma equivocada ao usar todas essas influências ao formar a sua convicção? A resposta é não.

Na minha interpretação a ideia de incorporação de estado-juiz, totalmente neutro, desnudado de preconceitos e passionalidade é utópica, aliás, é, na verdade, uma imaturidade conceitual doutrinaria.

Esta afirmação ficou latente cada vez mais que me aprofundava no dia-a-dia das varas. Era muito interessante notar a diferença de como cada julgador encarava o seu trabalho e a formação do seu convencimento. E, principalmente, perceber que a razão dessa diferença passava necessariamente pela formação da personalidade de cada um.

Mais determinante ainda, foi ouvir dos próprios juizes de como a doutrina é utópica e despreendida da realidade:

E como é que, como é que a senhora analisa as provas? Como, como que a senhora constrói a sua convicção? A senhora usa algum tipo de intuição? Em vara criminal eu utilizava muito mais, em vara criminal eu tinha muito essa coisa de olhar nos olhos do réu, de ter a sensação se ele tava mentindo ou não, de ver se o réu tá com aquela cara de deboche pro juiz ou se ele tá levando aquilo muito a sério, então eram coisas assim, que me marcavam muito. Por exemplo, em vara de entorpecentes, eu fiquei impressionada assim, o olhar do réu é um olhar sempre de deboche, ele não acredita na justiça, ele vive ali, lembra um pouco do, daquele livro outsiders, ele vive num mundo paralelo que aquela figura estatal, aquele sistema estatal pra ele não significa nada, então ele tem um olhar de deboche pro juiz que eu nunca tinha visto em nenhum outro lugar e depois que saí de lá não vi em nenhum lugar e até por isso eu tenho ojeriza a vara de entorpecentes, porque tem esse olhar do réu de deboche desse descaso que é muito grande. Eu usava muito esta questão de intuição, uso até hoje, mas com muito mais frequência em vara criminal. Outro caso que me chamou muito a atenção, dessa questão do olhar de réu ser determinante pra mim, embora tenha sido um caso que eu não julguei, eu fiz toda a instrução, mas saí de férias foi um colega fez a sentença. Foi aquele caso da Maria José⁶⁶, lembra? Uma menina que morava em um bairro daqui de Brasília (...) prenderam um rapaz, e, assim, as provas eram muitos frágeis, eram indícios assim, não tinha nenhuma prova realmente contundente, não tinha nenhum exame pericial e tudo, mas me chamou muito a atenção o olhar dele, o olhar que, uma pessoa que estivesse ali, como ele alegava que estava, é... sendo acusado injustamente, dum crime gravíssimo que é a maior pena do código penal que era o crime dele que é a extorsão mediante sequestro seguida de morte, né? Então um crime assim gravíssimo, era pra tá ali com um olhar de desespero, né? “Nossa eu tô aqui acusado injustamente e tudo” e ele tava com um olhar de completo descaso, de completa indiferença. Então isso, apesar de que as provas eram frágeis, de que eram um conjunto probatório feito praticamente por indícios, mas esse olhar no olho dele era uma coisa muito determinante pra mim, eu não julguei, mas assim, muito provável que eu efetivamente tivesse condenado, como o outro colega condenou por conta desse detalhe a mais, quer dizer, além dos indícios que conduziam a autoria dele tinha essa questão do olhar. Então eu acho que, nas varas criminais, a gente leva muito em consideração essa questão é... do olhar, de saber se a testemunha tá mentindo ou não, em vara de juizado tem menos isso, né, até porque a

⁶⁶ O nome da parte foi substituído por um pseudônimo. Assim como partes da narrativa que poderiam indicar a qual processo ela se refere foram retirados do texto.

gente trabalha muito com documento... tem prova oral, também? Tem. Mas, assim, a questão mais determinante é o contrato, é o documento estabelecido entre as partes, então a intuição precisa ser menos usada do que em vara criminal, mas tem também, assim, um caso que eu julguei agora a pouco. Era uma colisão entre dois veículos, era uma moto e um carro e a moça da moto dizia que estavam ambas paradas em um semáforo e aí a moça do carro não deu seta e fez a conversão à esquerda atingindo a moto. E aí ouvindo a testemunhas, as testemunhas disseram que não havia sinal de transito ali, não havia semáforo, então quer dizer, esse dado da testemunha dizer que não tinha semáforo, me dá uma intuição, uma sensação de que aquela pessoa está litigando sem muita razão, porque senão porque que ela mentiria sobre aquilo, então tem uma coisa assim de você usar a intuição, ainda que a prova seja diferenciada. Eu, eu acho, eu uso bastante a intuição e pelo que eu tenho assim notícias do feedback, de recurso, o tribunal aqui é muito interessante, tudo, todos os julgamentos nossos que vão ao tribunal, sejam eles reformados ou não, o tribunal manda um e-mail pra gente dizendo que aquele processo que você sentenciou foi julgado e dando o resultado do julgamento. Então você tem, pode fazer a, esse controle de quantas decisões suas são reformadas, então eu vejo que minhas decisões mesmo quando muito baseadas pela intuição costumam ser mantidas. Acho que funciona. Eu acredito realmente em intuição.

Ciência privada⁶⁷ é, toda a experiência que a pessoa traz, a personalidade dela, enfim, como é que isso influencia na hora de valorar uma prova e chegar a conclusão de um julgamento?

Acho que influencia demais. Influencia muito mesmo. Assim, o juiz, é... uma coisa que vem de muito tempo atrás, acho que da época ainda que o Estado era confundido com, com deus, a mistura de Estado e deus. É o juiz, acho, que ainda tem muito dessa personificação de todos os agentes do estado eu acho que o que mais sobrou de ter essa fusão de um poder divino é a figura do juiz, tanto que você vê esse ritual é tão forte que até hoje a gente usa essa toga preta e aqui em Brasília, especificamente, nós somos obrigados a usar, existe um provimento da corregedoria que nos obriga a usar, não pode ficar sem, do Estado que eu vim eu não usava, por exemplo, lá ninguém usa, até porque é muito quente e tudo, mas a gente usa aqui em todas, quer dizer e a história da toga é exatamente essa questão de você tirar a sua vida privada, vestir a toga e a partir daquele momento você é uma figura quase divina, imparcial que está a cima do bem e do mal, né? Então assim, existe, por causa dessa mistura aí da figura do juiz com algo acima dos demais mortais né? Existe essa é... busca pela sociedade de que a gente não use essa ciência privada que você falou, essa experiência nossa do dia a dia, no nosso processo. E a gente acaba tentando esconder isso ao máximo, né? Já que é isso que se espera a gente tenta realmente esconder a utilização desses subterfúgios né? Que, se é que a gente pode chamar assim, que seriam essas coisas do dia a dia, mas eu vejo que a gente usa mesmo assim, da minha experiência de conversar com colegas juizes e colegas juízas, eu vejo muito assim, por exemplo, o estupro pra uma mulher, é um crime, pra uma juíza é um crime que choca demais, que é inadmissível, já pro homem não é tanto assim. Um homem, por exemplo, outro dia um colega de uma vara criminal de Planaltina me ligou pra tirar uma dúvida. Porque ele tava com um caso de estupro de vulnerável né? Que é daquele menor de idade e que ele só tinha o laudo psicológico, porque a gente tem aqui no tribunal o NUPES⁶⁸, que é o núcleo de atendimento psicossocial, e o NUPES ele pode, se o juiz quiser, atender a vítima, então pega essa criança, que no caso dele tinha 6 anos e ao invés do juiz ouvir no ato solene que é a audiência, que as vezes

⁶⁷ O conceito de ciência privada exposto na pergunta é o formulado por mim.

⁶⁸ NUPES - Núcleo de Perícia Social - Órgão que assessora as diversas Promotorias e atua na área de Serviço Social. Efetua perícia social com inspeção local, emissão de pareceres, entrevistas para averiguação dos casos referentes a maus tratos, apropriação de benefícios, negligência, entre outros. – Cartilha institucional do Ministério Público do Distrito federal e Territórios.

traumatiza a criança mais que o próprio ato do estupro, ao invés da criança ter que reviver aquilo, eles mandam pro NUPES, porque ali faz um atendimento lúdico, a psicóloga vai trabalhar com boneco, não é uma audiência de 5, 10 minutos e sim 3, 4 sessões de 1 hora cada, então é um atendimento muito mais completo. E aí, esse meu colega dizia: “olha, eu só tenho esse laudo psicológico do NUPES, e aqui eles tão dizendo que realmente ela deve ter sido molestada, porque ela tá traumatizada, porque ela alega, quando foi colocado dois bonequinhos perto dela, ela disse que tocaram assim: e aí mostrou que era um toque na vagina e tudo mais. Quê que eu faço? Dá pra condenar com base só nesse laudo? Porque eu acho um absurdo condenar com base só nesse laudo.” E eu acho que pra mulher aquele laudo é muito, não é? Pra homem, se não tiver aquela coisa de realmente tá provado muito claramente, o estupro é uma coisa que não é tão chocante pro homem como é pra mulher. Então eu acho que tem isso muito da gente levar coisas do dia a dia, até pra mulher a relação sexual é algo muito mais complexo do que é para o homem, e aí repercute no crime, repercute na forma de julgar, mas eu acho isso super saudável. Eu acho que é muito saudável o juiz ter essas experiências privadas, eu acho que o recurso existe pra tentar diminuir ou se não diminuir pelo menos dá a possibilidade pra parte tentar modificar aquele quadro, mas eu acho que é saudável a gente ter decisões diferentes, a gente ter pessoas com histórias de vida diferentes compondo uma mesma magistratura.

A senhora não acha que isso é, muito conflitante com aquilo que a doutrina determina que seja?

É conflitante, com certeza é conflitante com o que a sociedade espera que seja, mas é uma realidade que a gente busca fechar os olhos. Acho que é bem por aí.

Fechar os olhos?

É a gente busca não enfrentar isso. Você vê não existe nenhum doutrinador que fale efetivamente que os juizes católicos, é... condenam mais, que juízas mulheres condenam mais, ninguém fala, ninguém enfrenta efetivamente isso, ninguém faz... eu não to me lembrando direito Eduardo, o nome, mas eu acho que é critical legal studies que tem nos Estados Unidos, eu tenho quase certeza que o nome é esse. Só que lá é uma situação um pouco diferente porque os juízes são eleitos da Suprema corte. Então o quê que acontece? É muito comum que é... os acadêmicos estudem a vida, a biografia completa desses juízes da Suprema corte.

O senhor acha que o julgador consegue deixar de fora a ciência privada? O conhecimento que ele tem de uma coisa, as valorações pessoais, esse tipo de coisa?

Não. Isso não existe. A neutralidade do juiz ela não existe. Todo juiz julga de acordo com seu background, daquilo que ele teve na vida, com que ele... O juiz é um ser humano e ele não desprende na hora de julgar de toda a experiência de vida que ele tem. É claro que ele vai traduzir essa experiência de vida, as suas alegrias, as suas frustrações, de forma humana, na aplicação da lei. Nós não somos robôs, nós não somos perfeitos, né? Então, isso é compreensível que um juiz é... erre. Que um juiz avalie equivocadamente. Mas por isso que a ciência jurídica nos dá caminhos, teorias, princípios, para poder melhor valorar, melhor buscar a verdade, melhor, formar o convencimento, né? Tá? É isso que nos difere de uma pessoa que não tem o preparo para realizar uma atividade nesse sentido (...).

É possível a pessoa não colocar parâmetros religiosos, não colocar valorações pessoais, tudo isto dentro do processo?

Isso não, isso é impossível fazer. Acho que sempre vai ter isso. (sempre vai ter?) Sempre vai ter isso.

Evidente que não são todos os juízes que falam abertamente sobre a influência da ciência privada. Alguns asseguram que são capazes de manter a uma distancia segura as suas personalidades:

Como que o senhor forma a sua convicção nesse tipo de situação⁶⁹?

É... eu acho que se deve tentar, nem sempre isso é possível às vezes a gente escorrega, mas deve-se tentar sempre fazer uma análise da questão mais técnica baseada na lei fazendo uma interpretação lógica e racional do... ordenamento jurídico, mas excluindo essa coisa de anseio social, esse tipo de influência eu acho nocivo pra decisão, porque isso é coisa pra justiceiro, não pra justiça. A justiça tem que ser lógica, racional, né? Baseada na lei. Não acho que anseio social, porque tá na moda, porque tem minorias organizadas pressionando ou coisa assim, isso deva pautar o julgamento.

Então o senhor não usa nenhum elemento extrajurídico, então?

Não. É... parece um pouco utópico isso assim né? Não uso nada extrajurídico porque todo mundo tem as suas influências, ideológica, religiosa e tal, isso acaba sendo levado, de certa forma, ainda que indiretamente e ainda que inconscientemente, pra uma forma de decidir, não existe assim, não existe um juiz totalmente isento, isso é um pouco utópico, né? Todo mundo tem esse tipo... outras influências que carrega na hora de julgar, mas eu acho que sempre que possível controlar isso e poder raciocinar sem esse tipo de influência extrajurídica, extra autos e tudo... eu acho que contribui pra uma melhor prestação jurisdicional, pra uma decisão mais racional, mais lógica.

Quando o senhor forma o seu juízo de valor, você, você, você consegue ficar totalmente alheio, a sua experiência de vida? Enfim, o senhor consegue se ater única e exclusivamente ao que está nos autos?

É, veja, dizer para você que isso, qualquer juiz, ou todo juiz se atem única e exclusivamente aquilo, que está ali nos autos, não é? Você sabe que isso não acontece. É claro que o sujeito quando vai julgar, não é? Há uma... subjetividade dele que está ali, é a individualidade dele que está ali, sabe? Mas, nós temos um certo balizamento sabe? Que deve ser, é... obedecer. E veja, na medida do possível o juiz tem que fazer dessa maneira. Ele tem que se ater exclusivamente aquilo que está ali, sabe? É, porque é isso que garante, não é? Uma segurança jurídica, tá entendendo? Senão você... você cairia naquele problema do juiz salomônico, sabe? Que, resolve as coisas de acordo com a intuição que ele tem. Só que ele tinha, não é? O dom divino da onisciência, e nós aqui não temos, né?

O posicionamento destes dois julgadores parece ir de encontro com o pensamento dos seus colegas, e o comportamento de ambos ao longo das audiências, contudo se afina à perfeição com o que descreve a doutrina processual civil. Apesar de nitidamente contraditório em sua essência, pude perceber que este pensamento é compartilhado por alguns juízes, que acreditam que ao proferir um julgamento, este permanece imaculado.

⁶⁹ O caso a que me referia era uma decisão do Tribunal de Juiz de Fora concedendo o direito a pensão alimentícia em uma união homoafetiva.

Porém, pude perceber também, que este pensamento é uma forma de encobrir a falibilidade sistêmica. Falha esta que reverberaria na própria Justiça como um todo, pelo menos na ótica deles.

Assim, ficou bem claro que as diferentes personalidades são determinantes na formação da convicção, sendo que os elementos formadores da personalidade são desassociáveis da pessoa.

Assim, o pensamento dualista de Descartes (DAMÁSIO, 1996), corroborado pela maioria da doutrina brasileira ao exigir que o juiz personifique a vontade do Estado, despindo-se da sua ciência privada em nome de uma valoração racional com base no que está contido no processo e na lei não é aplicável na empiria, aliás, isto é até indesejável.

CAPÍTULO IV

4 Ser humano ou ser juiz

A persuasão racional é fruto de um momento ideológico liberal voltado para o universalismo social, preocupado em minar as arbitrariedades produzidas pelas sentenças baseadas no sistema da prova legal.

Tal momento histórico teve sua base primaria no racionalismo de Descartes, sofrendo inúmeras influências ao longo dos séculos até desembocar no iluminismo que conduziu a reforma do pensamento jurídico na época da revolução francesa.

Assim, o racionalismo sempre foi a mola mestra da engrenagem jurídica, na qual as emoções, personalidades, enfim, a ciência privada no conceito proposto nesta pesquisa, são considerados desnecessários na construção do saber jurídico.

Desta forma, este racionalismo iluminista em um primeiro momento, reforçado atualmente pelas ideias de Habermas (2003), Robert Alexy (2001) dentre outros, norteiam a forma pela qual o pensamento jurídico é construído.

Com o império da razão em nosso Direito, tudo o que não é racionalmente construído ou pode ser fundamentado racionalmente é afastado. Assim, a construção doutrinária é totalmente voltada para a exclusão da emoção ou da moral pessoal em nosso sistema. Parte-se do princípio de que as decisões sejam embasadas no ordenamento jurídico em vigor, justificando-se racionalmente pelo julgador o encaixe entre lei e fato, usando como instrumental para este encaixe os precedentes (jurisprudência), as leis e a dogmática (doutrina).

Contudo, ao longo da minha vida profissional me deparei com inúmeros casos em que eram latentes que esta sistemática é falha. Casos em que a sistemática jurídica não era suficiente para determinar uma solução para o fato concreto; casos em que era nítida a predileção de um julgador por determinada tese ou “verdade” posta no processo pelo simples fato de ter ou não afinidade com o patrono de uma das partes ou pelo simples fato de não simpatizar com o direito ali pretendido.

Entretanto, a racionalidade doutrinaria considera as emoções inúteis para a formação do convencimento e por isso o seu estudo, análise e influência devem ser completamente abandonados.

Contudo, após os meus estudos etnográficos pude concluir que este raciocínio, deixando a emoção de lado, é utópico, completamente inatingível e, sobretudo, indesejável.

Compartilho das ideias alinhavadas pela Dr. Geilza Cavalcanti (2010) em seu artigo:

“O grande problema, ao qual acredito poder atribuir esse primado da racionalidade, é que se atribui uma conotação negativa as emoções, como se o sentimento fosse algo necessariamente prejudicial e perturbador do bom julgamento. No entanto, razão e emoção estão neurologicamente interligados e qualquer estudo sobre o processo de tomada de decisões judiciais deve-se ater a tal constatação. Não existe compreensão que seja livre de todo preconceito (GADAMER, 2009), e, aliás, é exatamente isso que garante às ciências do espírito a legitimação da pretensão de um significado humano especial que não lhes retira o caráter científico. Porém, o positivismo lógico afastou as valorações e condenou as emoções ao mundo proibido da subjetividade, pois somente poderia ser considerado verdadeiro o que fosse empiricamente verificado. Para os positivistas lógicos, os juízos de valor não poderiam predicar a verdade, mas somente os enunciados empíricos”.

Além das evidências encontradas no meu trabalho de campo achei necessário encontrar mais teorias que pudessem dar maior embasamento ao que foi observado em campo. Para tanto recorri aos estudos de António R. Damásio⁷⁰ (1996), nos quais traz à baila justamente a discussão sobre a impossibilidade de dissociação entre razão e emoção.

Em suas obras ele critica diretamente o pensamento racionalista ocidental, elevando o encontro entre razão e sentimento a uma posição de protagonista na construção do pensamento, afastando de forma categórica a ideia dualista de que razão e emoção não podem coexistir.

Para ele os sentimentos exercem uma forte influência na razão, pois os sistemas cerebrais necessários aos sentimentos se encontram enredados nos sistemas necessários à razão e que esses sistemas específicos estão interligados com os que regulam o corpo (DAMÁSIO, 1996, pág. 276).

Assim, os sentimentos dependem de um delicado sistema com múltiplos componentes indissociável da regulação biológica; e a razão utiliza sistemas cerebrais específicos, alguns dos quais processam sentimentos. Existindo um elo, em termos anatômicos e funcionais, entre razão e sentimentos e entre estes e o

⁷⁰ António Rosa Damásio (Lisboa, 25 de Fevereiro de 1944) é um médico neurologista, neurocientista português que trabalha nos estudo do cérebro e das emoções humanas. Atualmente é professor de Neurociência na University of Southern California.

corpo. É como se estivéssemos possuídos por uma paixão pela razão, um impulso que tem origem no cerne do cérebro, atravessa outros níveis do sistema nervoso e, finalmente, emerge quer como sentimento quer como predisposições não conscientes que orientam a tomada de decisão (DAMÁSIO, op.cit., pág. 276).

As razões práticas e teóricas baseiam-se nesse impulso natural por meio de um processo que faz lembrar o domínio de uma técnica ou de uma arte. Se for retirado esse impulso, não se é mais possível dominar a “arte” da razão. Mas o fato de se possuir esse impulso não faz de nós peritos da razão. Isto, evidentemente ocorre, pois cada um de nós tem uma forma diferente de se chegar a um raciocínio lógico.

Nossa racionalidade, assim como o bom senso já tratado neste trabalho, sofre influência das experiências e referências colhidas ao longo da vida, ou como o autor sugere, utilizamos estratégias pessoais para atingirmos o raciocínio lógico (DAMÁSIO, op.cit., pág. 200).

Portanto, podemos concluir que a razão, de modo algum, é pura. E tal conclusão é determinante na forma pela qual imaginamos o processo decisório em nossa sistemática processual. Afinal de contas, toda ela é criada em torno do mito de que a persuasão do juiz é construída apenas e tão somente com os fatos constitutivos do processo e o esforço intelectual dessa construção encontra seus fundamentos única e exclusivamente na análise desses fatos.

Portanto, o modo pelo qual a doutrina enxerga e conduz a sistemática processual (pelo viés da lógica formal), ou seja, de que estamos nas melhores condições para decidir, sendo o orgulho de Platão, Descartes e Kant quando, ao deixarmos esta lógica formal conduzir-nos à melhor solução para o problema, deixando de fora as emoções, impedindo assim, que o processo racional não seja prejudicado pela paixão (DAMÁSIO, op.cit, pág. 203) é inaplicável no mundo real.

Indo um pouco mais além é interessante notar que para que o pensamento racionalista seja aplicado da forma que seus defensores pretendem é necessário que o indivíduo sofra de alguma debilidade cerebral. (DAMÁSIO, op. cit, pág. 204)

Se sua mente dispuser apenas do cálculo racional puro, vai acabar por escolher mal e depois lamentar o erro, ou simplesmente desistir de escolher, em desespero de causa. O que a experiência com doentes como Elliot sugere é que a estratégia fria defendida por Kant, entre outros, tem muito mais a ver com a maneira como os doentes com lesões pré-frontais tomam suas decisões do que com a maneira como as pessoas normais

tomam decisões. Naturalmente, até os racionalistas puros funcionam melhor com a ajuda de papel e lápis. Basta que você anote todas as opções e a infinidade de cenários decorrentes e consequências. (Aparentemente, foi o que Darwin sugeriu para quem queria escolher a melhor pessoa com quem casar.) Mas, primeiro, arranje muito papel, um apontador e uma escrivinha grande, e não tenha a expectativa de que alguém ficará à espera da resposta. (DAMÁSIO, 1996, pág. 204)

Deste modo, uma boa sistemática seria aquela que não deixasse de lado as personalidades do juiz, mas sim as absorvesse, sendo desejável que as personalidades fossem incorporadas argumentativamente ao processo tornando as sentenças mais verdadeiras, aumentando a possibilidade de seu controle pela sociedade, partes e conseqüentemente, pelos Tribunais.

Outro ponto que deve ser levantado é que, tendo em vista a dificuldade de se separar emoção e razão, ou seja, o processo de formação do convencimento é muitas vezes “contaminado” pela ciência privada, grande parte da fundamentação das decisões serve de véu para encobrir as verdadeiras razões que permeia a decisão ali prolatada.

Na introdução do presente trabalho fiz referência direta ao julgamento do feto anencéfalo pelo Supremo Tribunal Federal. Naquela ocasião o que me motivou a pesquisa foi o parecer do Procurador-geral da República, Cláudio Fonteles. Não conseguia entender como era possível para ele se desnudar completamente da sua formação religiosa e ponderar sobre o caso sem a influência do pensamento cristão.

Lendo o seu parecer é inegável a qualidade da técnica jurídica, todavia, na minha concepção a argumentação ali estampada nada mais é que uma construção erguida para dar suporte àquilo que ele acredita ser o mais correto dentro da sua visão de mundo e de sociedade.

Em um dos trechos discorre o ilustre ex-procurador-geral⁷¹:

O bebê anencéfalo, por certo nascerá.

42. Pode viver segundos, minutos, horas, dias, e até meses. Isto é inquestionável!

43. E aqui o ponto nodal da controvérsia: a compreensão jurídica do direito à vida legítima a morte, dado o curto espaço de tempo da existência humana?

44. Por certo que não!

45. Se o tratamento normativo do tema, como vimos (itens 34/37, deste parecer), marcadamente protege a vida, desde a concepção, por certo é inferência lógica, inafastável, que o direito à vida não se pode medir pelo tempo, seja ele qual for, de uma sobrevivência visível.

⁷¹ Parecer n.º 3358/CF; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-DF; Relator: Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio; Agravante: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde – CNTS.

46. Estabeleço, portanto, e em construção estritamente jurídica, que o direito à vida é a temporal, vale dizer, não se avalia pelo tempo de duração da existência humana". (Parecer n.º 3358/CF)

É inquestionável a defesa que ele faz da vida desde a sua concepção e para tanto se apara em corolários do Direito Constitucional e a literalidade da Lei Penal, a princípio bem distante de qualquer visão católica.

Contudo, é extremamente interessante traçar um paralelo entre a argumentação arrazoada no parecer e o que ele fala sobre o direito à vida em seu blog⁷² intitulado "em defesa da vida":

(...) Muito importante porque a nós católicos, e a todos os demais irmãos e irmãs de outras opções religiosas, e demais pessoas de boa vontade, ainda que não professem qualquer fé, o compromisso com a vida desde a fecundação até o seu termo final é a expressão mais nítida da existência mesma.

Como existir, sem viver?

Para nós, cristãos, é tornar real e eficaz o ensinamento de Jesus, o Deus-Amor, que por ser Amor não é solidão, mas perene comunicação, claramente expresso em S. João, quando em boa nova diz:

"Eu vim para que todos tenham a vida e a tenham em abundância." (Jo. 10, 10).

A adesão a Jesus compromete-nos com a vida, e a vida em abundância, ou seja, sem que seja considerada, em equivocada compreensão redutiva, em tal ou qual momento das etapas do existir, mas do existir, por inteiro, desde o ato de fecundar, que significa receber o código genético, único e irrepitível, como ser humano e, no ventre materno, autodesenvolver-se, até a morte natural.

O posicionamento dele é claro. Assim, poderia ele exarar parecer contrário a sua vocação franciscana⁷³? Certamente que não.

Quero deixar claro que não há qualquer tipo de crítica da minha parte ao que acredito serem os reais balizadores do seu entendimento. Muito pelo contrário, acredito que este comportamento revela exatamente o que nos diferencia dos outros animais, os sentimentos.

Fincar-se em uma posição de que isto deve ser evitado ou pior, acreditar que a ciência privada não existe na formação do convencimento é não entender a nossa natureza, criando-se uma sistemática falaciosa, regida por quimeras filosóficas inalcançáveis.

Alguns podem argumentar que o comando insculpido no artigo 131 do Código de Processo Civil se refere única e exclusivamente à magistratura, não se aplicando

⁷² <http://claudiofonteles.blogspot.com/2010/09/em-defesa-da-vida.html>

⁷³ No mesmo blog o ex-procurador-geral descreve a sua vocação Francisca em seu perfil.

ao Ministério Público. Concordo plenamente com esta posição. Assim, acho coerente traçar a mesma análise em uma peça processual exarada por um magistrado. Mais interessante ainda se esse magistrado for da Suprema Corte e especialista em Direito Processual Civil.

No início de 2011 o Ministro Luiz Fux exarou o seu primeiro voto de relevo na sua nova função como integrante da corte Suprema Brasileira. Foi dele o voto de desempate no julgamento da “ficha limpa⁷⁴”.

Evidentemente antes e após o julgamento o Ministro Fux foi o centro das atenções, afinal era um julgamento aguardado por todos os segmentos da sociedade com imensa ansiedade.

O Ministro acabou por votar de forma contrária à aplicação imediata da lei, indo de encontro às expectativas da sociedade que esperava ver os candidatos com passado duvidoso impedidos de assumir os cargos que concorreriam nas eleições de outubro de 2010. Posteriormente, foi questionado ao Ministro Fux quais foram os seus balizadores para a formação do voto decisivo.

Dentre as varias entrevistas concedidas pelo Ministro selecionei a do dia 28 de março de 2011 à Folha de São Paulo⁷⁵ que foi veiculada com o seguinte título: “Debaixo da toga de juiz também bate um coração”. Frase dita pelo próprio Ministro durante a entrevista.

Ao longo de toda a conversa o Ministro procurou esclarecer que apesar do seu interesse pessoal como cidadão em ver a lei aplicada na sua plenitude, sua responsabilidade como jurista e julgador não poderia permitir que a decisão caminhasse para este lado. Impondo-se as regras de apreciação da prova já exaustivamente decantadas aqui.

Em seu voto, o nobre Ministro foi estritamente técnico⁷⁶ se fundando na literalidade da Lei mantendo-se alheio aos anseios sociais e filiando-se à tese

⁷⁴ O projeto Ficha Limpa é uma campanha da sociedade civil brasileira com o objetivo de melhorar o perfil dos candidatos e candidatas a cargos eletivos do país. Para isso, foi elaborado um Projeto de Lei de Iniciativa Popular sobre a vida pregressa dos candidatos com o objetivo de tornar mais rígidos os critérios de quem não pode se candidatar - critérios de inelegibilidades. (...) no dia 4 de junho de 2010, foi sancionada pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva a Lei Complementar nº. 135/2010, que prevê a lei da Ficha Limpa – fonte: <http://www.fichalimpa.org.br>.

⁷⁵ Entrevista retirada do sítio: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/894627-debaixo-da-toga-de-juiz-tambem-bate-um-coracao-diz-fux.shtml>

⁷⁶ Folha - Como o sr. se sentiu desempatando uma questão tão controversa como a da validade da Lei da Ficha Limpa em 2010?

Luiz Fux - Eu não desempatei nada. Apenas aderi à posição majoritária do Supremo, que era no sentido de não permitir que a lei valesse para as eleições do mesmo ano. Os votos foram de acordo com o artigo 16 da

minoritária. Evidentemente que esta minha afirmação não tem como base a maioria que se firmou no Supremo Tribunal Federal, mas sim aos mais de 3.000 juízes eleitorais espalhados pelo território nacional, 27 Tribunais Regionais Eleitorais e um Superior Tribunal Eleitoral que, apesar da “clareza meridiana” do artigo que balizou o seu voto, entenderam pela aplicação imediata da Lei.

Vários trechos da entrevista mostram como o Ministro foi técnico ao prolatar o seu voto, tanto que ao encerrar a entrevista o próprio foi enfático ao responder uma pergunta sobre mais um caso⁷⁷ de relevo que deve ser votado nos próximos meses pelo Supremo:

Em 2007, quando o STF decidiu receber a denúncia no caso do mensalão, o ministro Ricardo Lewandowski fez um desabafo dizendo que o Supremo julgou "com a faca no pescoço". No julgamento, isso deve voltar, com parte da opinião pública pressionando pela condenação; e de outro, os acusados e os aliados tentando negar qualquer delito. Como equilibrar isso?

E você acha que eu não julguei o Ficha Limpa com a faca no pescoço? Eu acho que os ministros vão se equilibrar no fio dessa navalha no seguinte sentido: o processo penal determina que seja apurada a autoria e a materialidade. Esse é o papel do Supremo: à luz dos autos verificar se houve autoria e materialidade dos delitos apontados. Discussão política é inaceitável. Eu não vou entrar nessa seara. Discussão política comigo não vai ter. Não vou nem impugnar politicamente nada nem acatar nada politicamente. Vou me ater aos autos e à lei e à jurisprudência.

Contudo, é interessante notar que este olhar literal para com a Lei e a subjetividade que o mesmo diz não ser passível nos julgamentos da Carta

Constituição, que é um artigo de uma clareza meridiana. Uma coisa tão simples que às vezes um leigo sozinho, lendo o dispositivo, vai chegar à mesma conclusão que eu. O artigo 16 diz que a lei que altera o processo eleitoral não se aplica na eleição que ocorra até um ano de sua vigência.

Folha - Como corte constitucional, o STF deve fazer distinção entre o que deve prevalecer: os direitos individuais ou os direitos da sociedade?

Luiz Fux - A Constituição não legitima julgamentos subjetivos. Senão, partimos para aquela máxima de "cada cabeça, uma sentença", e não vamos ter uma definição do que é lícito e o que é ilícito. A população só tem segurança jurídica a partir do momento em que o magistrado se baseia ou na lei ou na Constituição. É claro que essas leis, essas regras constitucionais, precisam ser interpretadas, mas a interpretação só se opera quando há uma dúvida na lei.

Folha - Essa divisão que houve nesse julgamento tende a se repetir?

Luiz Fux - Eu entendo o seguinte: mesmo os magistrados mais experientes têm um grau de intelectualidade muito avançado, não merecem a pecha de conservadores. O voto do ministro Gilmar Mendes é um voto baseado em doutrinas recentes. São homens de todos os tempos, e os mais novos também têm posições ponderáveis. Não tem grupo, nem deve se imaginar isso. Até porque o Supremo visa a fazer Justiça à luz da lei e da Constituição. Não é um tribunal de justiça. Nós temos um respeito sagrado pela Constituição, até porque iniciativas populares podem levar a soluções contra o próprio povo.

Folha - Mas o sr. nesse ponto também pretende ser estritamente técnico?

Luiz Fux - Eu julgo sempre de acordo com a minha consciência, e acho que estou fazendo o melhor. Eu sou humano. Se eu errar, vou errar pelo entendimento. Eu sou sensível aos direitos fundamentais da pessoa humana.

⁷⁷ "Mensalão" ou "Esquema de compra de votos de parlamentares" é o nome dado à maior crise política sofrida pelo governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva (PT) em 2005/2006, o processo aguarda sua conclusão para ser levado a julgamento no plenário do STF. Fonte: acessado em 05 de fevereiro de 2011 < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2005/mesadanocongresso/>

Constitucional se perdeu no julgamento do caso da união homoafetiva⁷⁸. Onde o D. Magistrado fez uma releitura dos artigos 226⁷⁹, parágrafo 3º da Constituição Federal e 1.723⁸⁰ do Código Civil, ampliando a sua abrangência, afastando a sua literalidade e interpretando-os à luz dos princípios jurídicos, reconhecendo assim a sua aplicabilidade não só para casais heterossexuais como também para homossexuais.

É nítido que o critério de valoração da prova e de como se chega à formação do convencimento muda de acordo com a matéria e com a sensibilidade do juiz ao tema.

Na entrevista sobre o julgamento do “ficha limpa” uma das respostas do Ministro Fux me chamou a atenção e, estou certo que ela serve para corroborar e explicar com exatidão a temática aqui desenvolvida.

A entrevistadora, surpresa com o apego técnico do magistrado insistiu na seguinte pergunta quando falava sobre outro caso (determinação do valor do salário mínimo por Decreto) que será posto em pauta no Supremo brevemente:

Mas o sr. nesse ponto também pretende ser estritamente técnico?

Eu julgo sempre de acordo com a minha consciência, e acho que estou fazendo o melhor. Eu sou humano. Se eu errar, vou errar pelo entendimento. Eu sou sensível aos direitos fundamentais da pessoa humana.

O próprio Ministro foi preciso ao determinar que, como ser humano, não há como se livrar da sua consciência e das suas próprias persuasões, fazer isso seria negar a nossa própria natureza.

Continuando a comparação entre os dois votos do Ministro, podemos perceber que a literalidade da Constituição, no que se refere à impossibilidade de reconhecimento como entidade familiar de qualquer coisa diversa da união afetiva entre homens e mulheres, é bem mais clara que a impossibilidade da aplicação imediata da Lei do “ficha limpa”.

Além da literalidade o que podemos perceber também é que, ao contrário da Lei Eleitoral que carregava consigo um apoio social quase unânime, a união entre

⁷⁸ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL

⁷⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...) § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

⁸⁰ Art. 1723: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

peças do mesmo sexo passa longe de ser um anseio da sociedade, sendo a vontade de uma pequena minoria⁸¹.

O assunto é tão controverso que ocasionou uma cena rara no teatro jurídico, um juiz de primeira instância se negou a dar validade em uma decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal⁸².

Ao ver as razões que levaram o D. juiz de Goiás a anular de ofício a união homoafetiva vemos que ele guarda certa razoabilidade com os consectários jurídicos, contudo é evidente que não podemos deixar de pensar que a tal lógica jurídica é apenas uma máscara para os seus próprios pensamentos, ou seja, a sua ciência privada sobre o que é ou não uma entidade familiar, mascarando, desta forma o seu preconceito pessoal sobre o caso.

Enfim, mais uma vez quero deixar claro que a minha crítica não se direciona ao conteúdo de cada decisão, mas a uma sistemática que ignora as convicções pessoais. Uma sistemática dualista que acredita que ao vestir a toga o julgador será capaz de valorar as provas sem nenhuma espécie de preconceito ou convicção pessoal, transformando-se em um ser estritamente racional, na forma concebida pelos ideais iluministas, dirigido apenas pela lógica contida nos autos. É para esse ideário que é dirigida a minha crítica.

Assim, usando as palavras de John Rawls (2008), por mais eficientes e bem organizadas que sejam as instituições, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. No caso da justiça brasileira fica claro que ela não é nem eficiente, nem organizada e muito menos justa.

Deste modo, fica claro que não podemos extrair das decisões prolatadas todos os argumentos que foram usados para a construção do convencimento do magistrado. Para os seus leitores, na maioria das vezes, fica claro o uso apenas dos elementos jurídicos presentes nos autos, não havendo espaços para personalidades e arbitrariedades. Todavia, com a ajuda da antropologia foi possível identificar que na realidade isto ocorre, sendo que a motivação não passa de um véu para a ciência

⁸¹ Segundo dados do Censo 2010 o Brasil contabiliza mais de 60.002 pessoas vivendo com parceiros do mesmo sexo. Fonte: Censo 2010 - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

⁸² O juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública de Goiânia, Jeronymo Pedro Villas Boas determinou, de ofício, a anulação do primeiro contrato de união estável entre homossexuais firmado em Goiás. Em suas razões o juiz declinou o seguinte: "A ideia de um terceiro sexo (decorrente do comportamento social ou cultural do indivíduo), portanto, quando confrontada com a realidade natural e perante a Constituição Material da Sociedade (Constituição da Comunidade Política) não passa de uma ficção jurídica, incompatível com o que se encontra sistematizado no Ordenamento Jurídico Constitucional". Fonte: acessado em 20 de junho de 2011 <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/06/juiz-anula-contrato-de-uniao-estavel-entre-homossexuais.html>>.

privada dos magistrados. A retórica jurídica é moldada, adaptada e usada como instrumento de justificação para personalidades de cada julgador. Assim, a opinião pura sobre determinada tese jurídica deve ser substituída por argumentos demonstráveis.

A inabilidade do sistema em não evitar a arbitrariedade é outro ponto que não pode passar despercebido. Ao logo da pesquisa foi latente que o ponto de vista do julgador sobre determinada tese jurídica predomina nos julgamentos.

Evidente que tal conclusão é extremamente natural para aqueles que vivem a rotina do sistema judiciário brasileiro, contudo, como já foi destacada anteriormente a falta de instrumentos de consenso, ou seja, a ausência de critérios que possibilitem uma maior sintonia entre partes e julgador, pois quem decide o que é ou não adequado em uma determinada causa é a autoridade, contudo isto é feito de forma unilateral, configurando para as partes como uma opinião imperativa.

Como foi observado por Cardoso de Oliveira (2010)

“... os dilemas da justiça, da cidadania, e dos direitos são de muito difícil apreensão quando o interprete não enfoca adequadamente a maneira como as respectivas questões são vividas pelos atores, ou como elas ganham sentido nas suas práticas, e motivam determinados padrões de orientação para a ação.”

Esta observação foi feita pelo professor Cardoso de Oliveira com relação ao olhar antropológico sobre as sistemáticas jurídicas de diferentes sociedades. Todavia, ela pode ser facilmente transportada para a forma pela qual cada julgador deveria lançar o seu olhar sobre o caso concreto.

Assim, a idiosincrasia presente em cada julgado deveria ser substituída por uma argumentação intersubjetivamente compartilhada. Assim, aumenta-se a probabilidade de um julgamento mais próximo ao que esperam as partes, administrando o conflito e não só terminando-o.

Acredito que uma reforma na nossa sistemática se faz necessária, incorporando-se a ela elementos mais próximos da realidade vivida nos Tribunais brasileiros, tentando com isso aproxima-la mais da imensa coletividade e, principalmente, buscando a tão desejada e propalada paz social, algo que ao meu ver ainda está um pouco longe de ser alcançada.

Algo que poderíamos tentar emplacar com a reforma do código de processo Civil, contudo, a reforma não analisa de forma profunda os mais diversos aspectos

que enredam a nossa complexa cadeia jurídico-social. Seria uma ótima oportunidade para se criar uma sistemática genuinamente brasileira, adaptada à nossa cultura e às vicissitudes de nossa sociedade. Contudo me absterei de analisar o projeto como um todo, fixando-me apenas na parte que toca a esta pesquisa.

4.1 A “Nova” sistemática

O novo Código de Processo Civil que já teve o seu projeto analisado e aprovado no Senado Federal e agora aguarda análise da Câmara dos Deputados e que tem na relatoria-geral o Ministro Luiz Fux da comissão criada para o desenvolvimento do projeto.

Nele o tema do livre convencimento motivado é abordado e por via transversa é uma das maiores inovações contidas na nova sistemática. Digo por via transversa porque o livre convencimento motivado ainda é prestigiado no novo Código⁸³, contudo, sofrerá mitigação pela implementação do incidente de demandas repetitivas⁸⁴.

De acordo com o anteprojeto, o novo código visa concretizar os princípios da isonomia e legalidade⁸⁵, evitando a dispersão de jurisprudência, dando maior uniformidade aos julgados, impedindo que jurisdicionados que estejam em situações idênticas tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos; evitando a fragmentação do sistema e conseqüente intranquilidade social⁸⁶.

⁸³ Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.

Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, ipso facto, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma. - Pag. 20 do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

⁸⁴ Redação do Art. 900 no projeto do novo Código de Processo Civil: Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre órgãos fracionários do tribunal, deverá o relator, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o Regimento Interno indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado dará conhecimento ao Presidente do Tribunal e julgará o recurso.

§ 1º Cientificado da assunção da competência, o Presidente do Tribunal, dando-lhe ampla publicidade, determinará a suspensão dos demais recursos que versem sobre a mesma questão.

§ 2º A decisão proferida com base neste artigo vinculará todos os órgãos fracionários, salvo revisão de tese, na forma do regimento interno do tribunal.

⁸⁵ Livro IV do novo Código de Processo Civil: “A jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”.

⁸⁶ Anteprojeto do Código de Processo Civil

O Novo Código de Processo Civil tenta resolver o problema da diversificação de sentenças tolhendo o livre convencimento motivado do juiz, usando como parâmetro o convencimento adotado pelos tribunais superiores, contudo, me pergunto se esta medida é a mais acertada.

A exposição de motivos do projeto do novo Código de Processo evidencia a preocupação da comissão em evitar a dispersão jurisprudencial, criando, na concepção deles, uma Justiça brasileira mais coesa, tendo em vista que o Direito possui “horizontes de juridicidade” (MANCUSO, 2007), sendo estes comuns e obrigatórios a todos os graus de jurisdição. Ignorar isto é dar as costas ao sentido unitário do que uma sociedade entende como justo. Assim, a aplicação do incidente de demandas repetitivas não usurparia a competência dos juízes de primeiro grau, nem tampouco seria um mecanismo de mitigação do livre convencimento dos juízes, mas sim uma uniformização daquilo que se entende socialmente por justo.

Somando-se ao argumento delineado acima há ainda a ideia de que com a adoção do incidente de demandas repetitivas a justiça se tornará mais célere, tendo em vista a sensível diminuição dos processos que serão apreciados pelos Tribunais Superiores.

Contudo, apesar dos fortes argumentos a favor da obrigatoriedade de vinculação de alguns julgados percebi na fala dos meus entrevistados a completa aversão a esse instituto.

De acordo com a sistemática adotada em nosso ordenamento, os juízes de primeiro grau são aqueles que têm, na esmagadora maioria dos casos, contato direto com a produção e análise do campo probatório formado no processo. Assim, todo o encaminhamento que será dado ao processo após a sentença de primeiro grau se baseará nas provas colhidas por eles e, principalmente, pelo entendimento desenvolvido por eles. Assim, seria um erro formar a convicção com base no que entende um tribunal que não tem contato direto com a causa e com as partes, afastando-se de forma determinante da realidade da causa.

Sobre o tema discorreu desta forma Roberto Mendes Mandelli Júnior (2006):

A qualidade democrática do Estado, por sua vez, pressupõe a manutenção da complexidade. O valor "democracia" deve estar presente em todas as funções exercidas pelo Estado, inclusive no Poder Judiciário. Um poder que se organiza do alto para baixo, tolhendo um livre convencimento dos membros do Poder Judiciário, que mais se aproxima da sociedade real,

onde nasce o direito, contrapõe-se ao modelo democrático de um poder que se pretende, com decisões vinculantes, elevar-se da base para o topo. A padronização decisória pode gerar a estagnação da jurisprudência, em função dos juízes ficarem adstritos aos limites de decisões vinculantes. Neste caso, em vez de serem as decisões judiciais um fator de oxigenação do sistema jurídico, passariam a funcionar como elemento gerador de uma rigidez imposta de cima para baixo, comprometendo o princípio democrático.

Assim, no entender daqueles que se filiam à corrente contrária aos institutos vinculadores de decisões, a democracia precisa ser percebida como um corpo em constante transformação, e sendo assim, torna-se imperioso que o direito seja concebido como um sistema aberto e arejado, propício ao surgimento do novo, sensível às demandas sociais emergentes. A perenidade de entendimentos sumulados, a pretexto de uma estabilidade jurídica, reduz a complexidade das relações sociais a mero entendimento teórico, tornando o Direito avesso às constantes renovações de uma sociedade que se autodenomina democrática.

Como dito anteriormente, os entrevistados nesta pesquisa se mostraram contrários à adoção do instituto. Como ao longo de todo o trabalho afirmei que é necessária uma aproximação maior entre doutrina e prática, entre teoria e empiria, é interessante colacionar a opinião dos entrevistados a respeito deste tema:

A senhora falou que cada ser humano é diferente, cada vida é diferente, cada juiz enxerga as provas que são trazidas de forma diferente. A senhora acha que isso cria algum senso de injustiça ou de não atingimento da paz social?

“Não, acho que sim, essa coisa, essa coisa de cada juiz decidir de forma diferente, com certeza trás uma insegurança jurídica. É aquele grande dilema da justiça e da segurança jurídica. Se você tem uma boa segurança jurídica como é, tem muito no sistema do common Law, você tem realmente um sistema ali que, que você sabe o que esperar, você vai ajuizar uma ação e sabe, tem quase certeza de qual vai ser o resultado. Por outro lado, se você tem um sistema que você não sabe necessariamente o que vai ter, você tem uma maior flexibilidade pra fazer justiça, ou seja, pra analisar nuances dos casos concretos, de falar não, olha esse caso aqui tem uma diferença mínima, por mínima que seja, mas eu posso fazer diferente. Então assim, é, eu acho mais saudável esse sistema de, de você poder decidir, dos juízos poderem decidir de forma diferente, portanto eu sou até bem contrária as súmulas vinculantes né? Eu acho saudável o juiz decidir de forma diferente, embora pra sociedade, eu concorde com você, passe essa, essa sensação de injustiça. Mas não é uma sensação de injustiça, na verdade. O certo ali, tecnicamente falando, é uma sensação de insegurança jurídica. Mas essa insegurança jurídica é o preço que a gente paga pra por uma melhor justiça. Eu acho que é assim.” Juiz – 05

“Assim, só pelo simples fato de ser uma súmula do supremo, é o que tá certo?! E aí, elas engessam os juízes que não podem decidir de maneira contrária...” Juiz – 07.

A nova sistemática processual é um excelente exemplo de como o Direito é construído no Brasil. Mais uma vez a doutrina criará a solução com base em sistemáticas alienígenas e sem ouvir o que o campo tem a dizer. Esta fórmula é velha conhecida por todos, teoria e realidade não dialogam; assim, prever qualquer tipo de resultado do que será deste instituto é mero exercício de futurologia, sem qualquer base científica que se possa dar crédito com alguma solidez.

Deste modo, não há como afirmar que a criação do incidente de demandas repetitivas trará ou não a segurança e agilidade jurídica desejadas; se irá ou não mitigar o livre convencimento, impedindo a evolução do direito nacional. Restando apenas o tempo para nos dizer o que se pode ou não concluir. A única coisa que se pode afirmar com algum juízo de certeza é o desperdício de mais uma oportunidade de se construir um Direito mais harmônico com a realidade. Um Direito mais afinado com os anseios e angústias da sociedade brasileira, destinatária das Leis vigentes.

Conclusão

Ao longo da minha vida profissional me deparei inúmeras vezes com a falta de critério dos julgadores ao prolatar uma sentença. Contudo, até o mestrado eu nunca havia me preocupado em tentar entender as razões disso, afinal, fui talhado para atuar na sistemática jurídica sem criticá-la, agindo e reagindo sempre de acordo com o livro de regras que me foi entregue na faculdade.

Assim, a formação da convicção do julgador continuava sendo um mistério para mim. Inicialmente acreditava que apenas uma tese bem construída, baseada em uma jurisprudência dominante, respaldada em uma doutrina forte seria suficiente para me fazer vencedor em uma contenda jurídica. Contudo, com o passar dos anos percebi que a formação da convicção de um magistrado continha bem mais elementos do que apenas teses jurídicas, porém a identificação desses outros elementos me exigiria um instrumental que eu não dispunha à época.

Entretanto, ao frequentar o programa de pós-graduação da Universidade de Brasília comecei a perceber o Direito de outra forma; a enxergá-lo de uma forma mais analítica e crítica. Disciplinas como Filosofia Política e Direito Constitucional e Antropologia Jurídica me abriram os olhos para uma nova forma de pensar o Direito e a partir disso me foi possível contemplar o Direito por um novo ângulo.

Ver o Direito de fora, usando instrumentais não jurídicos, livrando-me dos rituais naturais de escrita e pesquisa foram, sem dúvida, os maiores desafios ao longo desta jornada. Todavia, na medida em que eu me aprofundava na pesquisa, mais natural se tornava esta mudança, afinal, isto era essencial caso pretendesse realmente penetrar nos mecanismos ocultos de formação da convicção do magistrado.

Digo ocultos tendo em vista o entendimento doutrinário a respeito desse tema. Ao estudar a teoria que cercava o tema percebi que os doutrinadores são uníssonos ao afirmar que a sistemática processual atual, no que concerne à formação do convencimento do magistrado, está bem estruturada e atende aos fins propostos em sua essência, ou seja, evitar arbitrariedades, mantendo afastadas do processo as personalidades dos julgadores, garantindo que o julgamento se baseie apenas e tão somente nas provas constantes dos autos.

Assim nasceu o objeto da presente pesquisa, o estudo do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional com um viés antropológico. Com o uso da etnografia foi possível concluir que o que a doutrina ensina sobre a persuasão racional não é aplicado na realidade.

A nossa sistemática, da forma como foi concebida, não permite a construção consensual de uma solução para o conflito. Deste modo, a sensação de injustiça entre as partes é uma constante, já que o conflito não é administrado e sim extirpado com base na opinião unilateral do julgador.

Os magistrados conhecem com perfeição teórica o instituto estudado, contudo no momento da aplicação eles se deparam com uma gama de elementos que não são levados em consideração por nenhuma doutrina especializada: as emoções, os sentimentos enfim, a ciência privada de cada ser humano. Vale lembrar que ciência privada neste trabalho recebeu um contorno maior do que aquele dado pela Doutrina, albergando em seu conceito as vicissitudes, a idiosincrasia de cada ser humano.

Assim, pude concluir que a persuasão racional da forma que é imaginada pela Doutrina é impossível de ser alcançada na realidade. Exigir que os juízes se dispam das suas personalidades, preconceitos, enfim de todos os elementos que compõem a psique de cada um é uma quimera jurídica que abre espaço a decisões que se escondem entre a argumentação jurídica as verdadeiras razões que formaram o livre convencimento dos magistrados.

Diversamente da Doutrina pude concluir que nossos magistrados não são capazes da personificação pura do Estado-juiz, cego a tudo que estiver fora dos autos. As quatro categorias identificadas neste trabalho, as máximas de experiência, o “bom senso”, o acordo e a valoração da prova me permitiram identificar a utilização da ciência privada na forma de conduzir e decidir os processos, indo, evidentemente, muito além do que é permitido pela Lei e descrito pela Doutrina como aceitável no uso da persuasão racional.

Desse modo resta evidenciado que a Doutrina não admite a existência de sentimentos morais nos magistrados, contudo, eles devem ser identificados, estudados e controlados de alguma forma, tendo em vista que são elementos contidos no processo decisório.

Sendo assim, é premente que o pensamento dualista empregado em nossa sistemática seja afastado. A sustentação deste ideário não passa de uma fantasia

pueril amparada por um pensamento medieval no qual se acreditava que razão e emoção são antagonistas na formação do nosso pensamento e não complementares.

Importante ressaltar essa concepção clássica na criação doutrinária, na qual os objetos jurídico-teóricos não são coisas acessíveis à investigação empírica; ao contrário, são realidades transcendentais (metafísicas) que só podem ser descobertas pelas luzes da razão. Essa pretensão de estabelecer teses gerais que não se curvam à orientação da experiência foi repetidas vezes criticada ao longo da história.

Desta feita, os magistrados julgam, como todos nós julgamos, usando sua intuição, suas emoções e suas personalidades. Dizer de forma oposta é não reconhecer a natureza humana, é não reconhecer exatamente aquilo que nos diferencia de todos os outros seres.

Deste modo, a valoração da prova nada mais é que um critério subjetivo usado por cada julgador. Critério esse que pode variar de acordo com a personalidade, o gênero, a experiência de vida, as convicções religiosas, as emoções experimentadas ao longo do julgamento, dentre outros.

Bibliografia

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy. 2001.

ALMEIDA, Cândido Mendes de, **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I**, 14^a ed. Rio de Janeiro: Tipografia do Instituto Filomático. 1870

ALVIM, Arruda. **Código de Processo Civil Comentado**. Vol. V, Art. 125 a 133. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1979.

AMORIM, Maria Stella de; KANT DE LIMA, Roberto; MENDES, Regina Lúcia Teixeira (Org.) **Ensaio sobre a igualdade jurídica: acesso à justiça criminal e direitos de cidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, Introdução.

ANDRE, Marli Eliza D. A. **Etnografia da Prática Escolar**. Papyrus. SP. 2003.

ANGROSNO, Michael. **Etnografia e observação participante**. Porto Alegre: Artmed. 2009.

Anteprojeto do Código de Processo Civil

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. (Trad. do grego: Mário da Gama Kury). Brasília, Editora da Universidade de Brasília. 1985.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **A pesquisa empírica no Direito: obstáculos e contribuições** – Artigo. 2007.

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

BRASIL. **Código de ética da magistratura nacional**. 2008.

_____. **Código do Consumidor** – LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990.

_____. **Constituição Federal**. 1988

BOURDIEU, Pierre. Campo Intelectual e Projeto Criador. In: Pierre Bourdieu. **Problemas do Estruturalismo**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968: 105-143.

BREWER, J. **Ethnography**. Buckingham: open University Press. 2000.

CAMARGO, Rodolfo de. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3ª ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007

CARNELUTTI, Francesco. **A prova Civil**. Tradução de Lisa Pary Scarpa, Campinas: Booksellers. 2001.

CASTRO, Marcus Faro de, **Política e relações internacionais**: fundamentos clássicos – Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; **Teoria Geral do Processo**, 27ª ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

DAMÁSIO, António R. **O erro de Descartes**, emoção, razão e o cérebro humano: tradução portuguesa Dora Vicente e Georgiana Segurado. São Paulo: Companhia das Letras. 1996.

Dicionário básico de latim jurídico. 4ª ed. CE. Russell. 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III, 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**, Volume III, 3ª ed. São Paulo. Malheiros: 2003.

DINIZ, Geilza Fatima Cavalcanti. **Teoria da argumentação jurídica** e love's knowledge no caso da antecipação do parto do feto anencéfalo. Brasília: Senado Federal. 2010.

Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. São Paulo. 2002.

FONSECA, Regina Lúcia Teixeira Mendes da. **Dilemas da Decisão Judicial**. As representações de Juízes Brasileiros sobre o Princípio do Livre Convencimento Motivado. Tese de Doutorado Rio de Janeiro. 2008.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **As Máximas de Experiência e o Livre Convencimento do Juiz**, Revista Dialética de Direito Processual, nº 10, janeiro de 2004.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da esperança**: um reencontro com a pedagogia do oprimido. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1992.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. In: Clifford Geertz. O Saber Local. Petrópolis, Vozes, 1998

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo. 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Censo 2010**.

LIMA, Roberto Kant de. **Da Inquirição ao Júri, do Trial by Júri a plea bargaining**: modelos para a produção da verdade e a negociação da culpa em uma perspectiva comparada Brasil / Estados Unidos. Tese para o concurso de Professor Titular em antropologia do Departamento de Antropologia da Universidade Federal Fluminense. 1995-a.

MANDELLI, Roberto Mendes Junior. **Súmula vinculante e o poder judicial**. As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica. Zênio Ventura e outro (Org.). Florianópolis: OAB/SC, 2006

MARCHEIS, Chiara Besso. **Probabilità e prova**: considerazioni sulla struttura dei giudizio di fatto. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. 1991.

MARCHINSON, Julian M. **Ethnography Essentials**. Jossey-Bass, 1ª ed. 1973.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC - Crítica e Propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Tomo II. Rio de Janeiro, Forense: Brasília, INL, 1973.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O Espírito das Leis**. São Paulo. Martins. 2005.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Além do bem e do mal**: preludio de uma filosofia do futuro; tradução, notas e posfácio Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

_____. Genealogia da Moral: uma polêmica. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

_____. A Gaia Ciência. São Paulo: Martin Claret, 2008.

_____. Humano, demasiado humano. São Paulo: Companhia das Letras, 2005

NOBILI, Massimo. **Il Principio del Libero Convencimento del Giudice**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

OLIVEIRA, Luis Roberto Cardoso de. **A dimensão simbólica dos direitos e a análise de conflitos**. Revista de Antropologia, USP, v. 53 nº 2, São Paulo: USP, 2010.

OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. **Direito legal e insulto moral**: dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

OXFORD. **Advanced Learner's Dictionary of Current English**, 7ª ed. Oxford University Press, 2005.

POZZA, Pedro Luiz. **Prova Judiciária**. Estudo sobre o novo Direito Probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008

RIVISTA Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n. 45. 1991.

SCHIAVO, Marcio R.; MOREIRA, Eliesio N. **Glossário Social**. Rio de Janeiro: Comunicarte. 2005.

SENADO FEDERAL. Revista de Informação Legislativa, ano 47, nº188. Brasília: outubro/dezembro/2010.

SILVERMAN, David. **Interpretação de dados qualitativos**: métodos para análise de entrevistas, textos e interações. 3ª ed. Porto Alegre: Artmed. 2009.

SMITH, Adam. Teoría dos sentimentos morais. São Paulo: Martins. 1999

STEIN, Friedrich. **Conocimiento Privado del Juez**. Tradução espanhola de Andres de la Oliva Santos, Revista Dialética de Direito Processual nº 10. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 1990.

TARUFFO, Michele, **Funzione della prova**: la funzione dimostrativa, Rivista di diritto processuale. 1997.

_____, **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè. 1992.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento, 14ª. Edição, vol. I. Rio de Janeiro: Forense. 1995

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

Da Internet

BRAGA, Gustavo. **Batida em frente ao TST deixa um morto e uma vítima em estado grave** Publicação: 20/11/2010 15:27 Atualização: 20/11/2010 19:14. Correioweb.

<http://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/cidades/2010/11/20/interna_cidade_sdf,224040/batida-em-frente-ao-tst-faz-duas-vitimas.shtml>. Acessado em 16/03/2011.

BUENO, Nirlo. **Congresso cria CPI para investigar "mensalão"** Diário da Manhã. Publicação em 2005. Extraído de: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2005/mesadanocongresso/>>. Acessado em 01/08/2011.

FONTELES, Cláudio. **Em defesa da vida**. Publicado em 27 DE SETEMBRO DE 2010. Extraído de <<http://claudiofonteles.blogspot.com/2010/09/em-defesa-da-vida.html>>. Acessado em 01/08/2011.

MAGALHÃES, Vera; FALCÃO, Márcio. **Debaixo da toga de juiz também bate um coração. Folha**. Publicação em 28/03/2011 - 06h01. Extraído de: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/894627-debaixo-da-toga-de-juiz-tambem-bate-um-coracao-diz-fux.shtml>>. Acessado em 01/08/2011.

PASSARINHO, Nathalia, **Juiz anula contrato de união estável entre homossexuais**. 19/06/2011 12h14 - Atualizado em 20/06/2011 11h14. G1. Brasília. Extraído de <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/06/juiz-anula-contrato-de-uniao-estavel-entre-homossexuais.html>>. Acessado em 01/08/2011.

SANCHEZ, Giovana. **Do Preparo e espírito de grupo explicam ausência de saques após terremoto**. 15/03/2011 07h43 - Atualizado em 16/03/2011 10h32. G1. São Paulo. Extraído de: <<http://g1.globo.com/tsunami-no-pacifico/noticia/2011/03/preparo-e-espirito-de-grupo-explicam-ausencia-de-saques-apos-terremoto.html>>. Acessado em 16/03/2011.

<http://www.fichalimpa.org.br>