XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

JOSÉ RENATO GAZIERO CELLA

FEDERICO LOSURDO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Federico Losurdo, José Renato Gaziero Cella – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-379-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Justiça. 3. Decisão. 4. Argumentação Jurídica. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

No XXV Congresso do CONPEDI, realizado de 07 a 10 dezembro de 2016, que teve lugar na UNICURITIBA, em Curitiba-PR, o Grupo de Trabalho - GT "Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica" se destacou no evento não apenas pela qualidade dos trabalhos apresentados, mas pelo numeroso público, composto por pesquisadores-expositores e interessados, que deixou a sala repleta até o término das atividades. Foram apresentados 22 artigos objeto de um intenso debate presidido pelos coordenadores e acompanhado pela participação instigante do público presente.

Esse fato demonstra a inquietude que o tema desperta na seara jurídica. Cientes desse fato, os programas de pós-graduação em Direito empreendem um diálogo que suscita a interdisciplinaridade na pesquisa e se propõe a enfrentar os desafios que os temas do GT impõem ao Direito. Para apresentar e discutir os trabalhos produzidos sob essa perspectiva, os coordenadores do grupo de trabalho dividiram os artigos em blocos, que se congregam nesta coletânea.

Os artigos que ora são apresentados ao público têm a finalidade de fomentar a pesquisa e fortalecer o diálogo interdisciplinar em torno dos temas da justiça, da decisão e da argumentação. Trazem consigo, ainda, a expectativa de contribuir para os avanços do estudo desse tema no âmbito da pós-graduação em Direito brasileira, apresentando respostas para uma realidade que se mostra em constante transformação.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella - IMED

Prof. Dr. Federico Losurdo - UFMA

DISCURSO, PRÁTICA E DECISÃO - O QUE A MENTIRA REPRESENTA SOB A ÓTICA DO JULGADOR?

DISCOURSE, PRACTICE AND DECISION - WHAT THE LIE REPRESENTS FROM THE PERSPECTIVE OF THE JUDGE?

Gisela Baer de Albuquerque [1]
Carolina Soares Castelliano Lucena De Castro [2]

Resumo

Este artigo trata das percepções de juízes entrevistados acerca do fenômeno mentira no processo penal. Através da noção de discurso de Michel Foucault e entrevistas abertas realizadas, esse trabalho quer entender como a mentira é representada pelos juízes e o sentido que as palavras adquirem a partir do lugar em que são proferidas. Levando a refletir sobre os processos de assujeitamento, isto é, da formação da subjetividade de indivíduos dentro de um lugar específico. Com esse intuito, o trabalho apresenta o olhar de juízes entrevistados, refletido através da noção de discursividade, permitindo compreender como o direito opera na sociedade.

Palavras-chave: Discurso, Mentira, Processo penal, Juízes

Abstract/Resumen/Résumé

This article examines the perceptions of judges interviewed about the phenomenon lie at the criminal procedure. Through the notion of Michel Foucault's discourse and open interviews, this work wants to understand how the lie is represented by the judges and the sense that words acquire from the place in which they are uttered. Taking to reflect on the subjection of processes, it means, the formation of the subjectivity of individuals in a specific place. To that end, the paper presents the look of the interviewed judges, reflected through the notion of discourse, allowing understand how the law operates in society.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Discourse, Lie, Criminal procedure, Judges

[1] Mestranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas no PPGD da UFRJ

[2] Mestranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas no PPGD da UFRJ

I. INTRODUÇÃO

Pensar a mentira no processo penal nos permite refletir sobre práticas, discursos, disputas, relações de poder e sujeitos. E, pensar a mentira pela perspectiva do juiz nos leva a um processo de distanciamento de nossas próprias concepções, para nos aproximarmos das concepções do outro. Esse outro, o juiz, é quem ordena o processo, seus respectivos atos (art. 251 CPP[1]) e tem, por fim, a tarefa de emitir o pronunciamento oficial sobre um fato.

As reflexões aqui externadas se apoiam em entrevistas feitas com magistrados que, através do fenômeno mentira[2] nos ajudam a perceber como o processo penal é visto por esses "atores", que na linguagem oficial do Direito, não são partes, mas sujeitos processuais. Assim, através da discursividade busca-se compreender o olhar do outro no processo penal.

Durante a pesquisa notamos que o discurso e as práticas em alguns momentos aparecem em descompasso, fato este que poderia ser ignorado, ou ser tomado como mera incongruência, no entanto, escolhemos aqui procurar compreender o seu significado. Tentar ver o mundo por uma ótica apenas de dever ser é prática habitual no campo jurídico, contudo, ignorar o ser, é ignorar o que é.

Todo ato produzido no seio de um processo criminal possui um alegado objetivo oficial, e será sempre submetido ao contraditório, princípio garantidor da estrutura dialética do processo. Lopes Jr. explica que o contraditório pode ser compreendido como "conflito, disciplinado e ritualizado, entre as partes contrapostas"[3]. Assim, perceber o processo como lugar, significa percebê-lo como campo de disputa entre acusação e defesa na produção de "pontos de vistas" sobre um determinado acontecimento.

---

[1] Art. 251 do CPP: "Ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública.".

[2] O dicionário Michaelis define *fenômeno* como: "1 Tudo aquilo que pode ser observado na natureza; 2 Fato ou evento que pode ser objeto da ciência, que pode ser descrito e explicado do ponto de vista científico; 3 Aquilo que se manifesta à consciência de imediato pela sensibilidade, sem que haja elaboração intelectual. 4. Acontecimento ou fato raro e surpreendente. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=fen%C3%B4meno>. Acesso em: 20.09.2016. Trabalhamos com a noção de fenômeno não como algo extraordinário, mas como fato do mundo da vida que ocorre no processo penal, e que pretende ser estudado no presente trabalho.

[3] LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal.* 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 220.

Dentro desse campo, aparece a figura do juiz como pessoa imparcial, para quem todos os atos são dirigidos, a fim de que - após análise sobre o conjunto de provas e informações - possa proferir uma decisão. A ideia de imparcialidade legitima a sua atuação, pois surge como figura desinteressada que tem o poder-dever de presentar[4] o Estado na sua função jurisdicional.

Assim, ao final do processo é o juiz quem deverá aferir e interpretar as informações prestadas pelas partes, dando-lhes - ou negando-lhes – importância e credibilidade. Trabalhar o fenômeno da mentira nos permite, através de um método indiciário[5], compreender como os juízes enxergam determinadas práticas, certos sujeitos e valoram o que foi exteriorizado por estes.

Considerando que a figura do Estado-julgador existe apenas na teoria, é uma abstração - como vértice da concepção tripartida de poderes - a análise aqui pretendida ocorre através da percepção de juízes que se encontram na capilaridade desse poder, que através do discurso final no processo, a sentença, fazem o pronunciamento oficial do Estado sobre determinado fato. Foram entrevistados quatro juízes de três tribunais diversos, para subsidiar as reflexões propostas nesse trabalho. A identificação dos mesmos se dará apenas de forma numérica uma vez que apenas as informações prestadas pelos mesmos são relevantes.

A discursividade no processo penal e o sentido que as palavras adquirem a partir do lugar em que são proferidas nos permite refletir sobre os processos de assujeitamento. Isto é, a formação da subjetividade de indivíduos dentro de um lugar específico, que os marca e define também para fora deste.

No lugar da produção oficial da verdade, pensar a mentira parece algo contraditório. Mas analisá-la nesse contexto, a partir da perspectiva de juízes, nos permite compreender como esses enxergam seus papéis no processo, e como se comportam na tentativa de cumpri-lo. Tendo em vista que o Estado-julgador é uma ilusão -, já que o que existe no mundo real são seres humanos interpretando fatos – procurar entender a atuação e percepções dos juízes nos permite compreender como o direito de fato opera na sociedade.

---

[4] Utilizamos o verbo *presentar* partindo da teoria da presentação de Pontes de Miranda, na qual, os agentes públicos, tais como, agem em nome do órgão público, e não em seu próprio nome. Assim, ao afirmar que o juiz presenta o Estado, significa dizer que o juiz é o Estado. *Comentários ao Código de Processo Civil, Forense*, 1974, Vol. I, p.267.

[5] Tal método atenta aos pormenores mais negligenciáveis, dados marginais, culminando na revelação de uma "realidade complexa não experimentável diretamente". Assim, a partir desse método, o fenômeno mentira, não muito explorado, podendo até ser compreendido como insignificante, nos revela características e práticas importantes. GINZBURG, Carlo. *Sinais: raízes de um paradigma indiciário.* São Paulo: Cia. das Letras, 1989, p. 152.

II . ATIVIDADE DISCURSIVA E O LUGAR DE FALA

Considerando que toda intervenção estatal está sujeita à refutação e questionamento por parte da pessoa que sofrerá a intervenção, não há dúvida de que "o Direito é uma disciplina argumentativa."[6] E nesse sentido, as partes do processo criminal desenvolvem diversos mecanismos de comunicação, podendo o processo ser visto como um campo de disputa, em que diferentes pontos de vista e versões sobre os fatos são narradas de forma sobreposta.

Ao final dessa atividade discursiva, será o ponto de vista do juiz que prevalecerá sobre qualquer outro, uma vez que sob a lógica do exercício apropriado do poder, pautado por parâmetros de legalidade e legitimidade:

> aquilo que uma autoridade encarregada de determinar os fatos estabelece como sendo verdadeiro deve ser considerado verdadeiro ou ser aceito como verdade conclusiva para a questão[7]

Assim, todas as manifestações das partes no processo serão interpretadas a depender dos lugares ocupados por elas no campo processual, e quem vai proceder a essa interpretação é o juiz, o qual, por sua vez, está na prática, isento de determinada análise. Isso porque, por exercer posição central de poder nesse campo de disputa, as emanações do juiz não são questionadas enquanto lugar e sujeito, apenas eventualmente - através de recurso - por não estarem em consonância com determinada lei ou ato normativo. O discurso das partes no processo é passível de ser questionado de forma objetiva (quanto ao conteúdo) e subjetiva (quanta à pessoa), enquanto o discurso do juiz somente sofre questionamentos de ordem objetiva.[8]

Portanto, as manifestações das partes, sobretudo do réu, são aferidas levando-se em conta o lugar de onde elas partem – ou seja, quem as profere. Contudo, a manifestação do juiz não se sujeita a esse tipo de questionamento, uma vez que seu lugar de fala é oficialmente marcado pela imparcialidade. Tratando do lugar de fala do réu, do grupo de quatro juízes entrevistados, três (J1, J2 e J4) disseram de forma expressa que acreditam que a maioria dos

[6] MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 19
[7] Ibid., p. 95
[8] Excepcionalmente em casos de impedimento e suspeição. Vide art. 115 do Código de Processo Penal.

réus mentem quando são ouvidos em interrogatório, tendo um dos magistrados (J4) afirmado que "a tendência é mentir."

Quando indagados sobre como se dá a percepção dessa mentira, esses três magistrados (J1, J2 e J4) consideraram que a observação quanto ao olhar, gestos, tom de voz, e linguagem corporal do acusado influencia nesse processo de percepção, tendo um dos magistrados (J2) dito que se utiliza às vezes do "feeling" (intuição) nesse processo de aferição.

A inverossimilhança de determinado relato, e contradições externadas pelo réu também foram apontadas por esses três magistrados (J1, J2 e J4) como indicativo de que nessa situação estaria havendo a formulação de uma mentira pelo acusado. Mas ao mesmo tempo J2 reconhece que as vezes numa percepção dos fatos inverossímil, as partes, especificamente aqui mencionado, o réu, geralmente é orientado a contar uma mentira, "já que a verdade o juiz não acreditaria". Ou seja, se reconhece que ao mesmo tempo que um relato inverossímil tem "cheiro" de mentira, ele pode ser verdade.

A credibilidade conferida pelo sujeito é marcada pelo poder simbólico de determinado lugar. Os juízes entrevistados avaliam a coerência do que está sendo dito, e dão credibilidade às narrativas a partir das suas experiências no mundo da vida. Assim, para as narrativas serem eficazes, tem que produzir um discurso que tenha uma credibilidade interna com as experiências de quem avalia, assim, tem que haver uma certa competência para produzir discursos críveis.[9]

Podemos entender a atividade comunicativa como um semicírculo, em que em um polo um indivíduo, o locutor, através de signos de linguagem busca transferir certa informação a outro indivíduo, o receptor que se localiza no polo oposto. A questão que complexifica essa atividade, é que não se trata de mera transferência simbólica, mas de atividade interpretativa dos signos exarados. E a apreensão do comunicado, depende da interpretação, relacionada com a subjetividade de quem recebe a informação.

Refletindo sobre onde se localiza a mentira, J3 diz entender que mentira não se relaciona com a verossimilhança, mentira seria "uma convicção pessoal de que o relato que está sendo

[9] Pensar a transferência simbólica da credibilidade nos remete a teatrólogo Constantin Stanislavski, em sua obra "A Preparação do Ator", "a verdade em cena é tudo aquilo em que podemos crer com sinceridade, tanto em nós mesmos como em nossos colegas. Não se pode separar a verdade da crença, nem a crença da verdade. Uma não pode existir sem a outra, e sem ambas é impossível viver o papel ou criar alguma coisa. Tudo o que acontece no palco deve ser convincente para o ator, para os seus associados e para os espectadores. (...) Cada momento deve estar saturado de crença na veracidade da emoção sentida e na ação executada pelo ator". STANISLAVSKI, Constantin. A preparação do ator. 20ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p.169. apud. FIGUEIRA, Luiz Eduardo Figueira. *O ritual judiciário do tribunal júri: o caso do ônibus 174.* Tese [Doutorado em Antropologia] Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2007, p. 62.

dado não corresponde à verdade, mentira é sempre de quem mente, nunca de quem ouve". Assim, a mentira, a partir dessa perspectiva, pertence ao locutor, não ao receptor da mensagem. Um dos juízes (J4) ouvido relatou que o contato anterior com o acusado em outro processo, ou fato de o mesmo ser reincidente, influencia a forma de interpretar o que é contato pelo réu.

Aqui, achamos importante diferenciar a atividade comunicativa da discursividade. Enquanto que a comunicação pode ser compreendida como ação, de locução e recepção (interpretativa), o discurso liga-se a relações de poder, assim, partimos da noção foucaultiana de discurso como "conjunto regular de fatos linguísticos em determinado nível, e polêmicos e estratégicos em outro", isto é, estudamos os fatos de discurso além do seu aspecto linguístico, como jogo estratégico, de ação e reação.[10]

Ao questionarmos acerca da mentira no processo criminal, percebemos que ela quase sempre aparece ligada à figura do réu ou testemunhas, quando policiais. Estando esse fenômeno aparentemente ligado a um lugar de fala, a um sujeito determinado. Nenhum dos juízes entrevistados se refere explicitamente ao fato de que já esperam, de antemão, que o réu conte uma mentira, ao ser interrogado, apesar de terem a convicção de que a maioria dos réus mentem quando são ouvidos. Convicção, essa, construída a partir de experiência prévias no exercício da magistratura criminal e outras profissões desempenhadas, ou em experiência de vida, como ressaltado por três dos juízes ouvidos (J1, J2 e J4).

Diante do relato desses juízes, percebemos que, ainda que não externado pelos mesmos, o lugar de fala do réu atrai um significado às palavras que são, ou deixam de ser, ditas durante o ato de interrogatório. E, ao questionar-se sobre a impossibilidade de se buscar o poder das palavras nas próprias palavras, Bordieu já defendia que

> apenas excepcionalmente em situações abstratas e artificiais de experimentação, as trocas simbólicas se reduzem a relações de pura comunicação e o conteúdo informativo da mensagem esgota o conteúdo da comunicação.[11]

Da mesma forma que o réu, o relato de testemunhas e vítimas também passam por um crivo de aferição por parte dos juízes no que toca à possível formulação de mentira. Três dos juízes ouvidos (J1, J2 e J3) relataram experiência de percepção de uma mentira na oitiva de

[10] FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2009, p. 9.
[11] BORDIEU, Pierre. *A Economia das Trocas Linguísticas: o que falar quer dizer*. Edusp, 1996, p. 85-86

testemunhas policiais, sendo que um (J1) expressamente consignou a impressão de que tais testemunhas possuem sempre a intenção de prejudicar o réu.

Percebe-se que a posição ocupada pelo locutor irá determinar o próprio conteúdo do discurso proferido, "a autoridade de que se reveste a linguagem vem de fora."[12]Assim, questionamentos a respeito de "quem fala ?", "de onde fala ?", "para que fala?" guiam o processo interpretativo da maioria dos magistrados ouvidos.

Ao mesmo tempo em que a maioria dos juízes ouvidos, no caso, três deles (J1, J2 e J4), proceda na prática a uma observação do réu, e até mesmo de testemunhas, para aferição de eventual mentira que possa estar sendo elaborada, os mesmos (J1, J2 e J4), contudo, ressaltaram não ser papel do juiz buscar verificar se o réu está mentindo ou não.

Nesse ponto, dois juízes (J1 e J2) de forma expressa contaram mecanismos que se utilizam para a verificação da mentira no ato do interrogatório – até mesmo com o uso de técnicas aprendidas em doutrina especializada e curso de oratória – mas, ao mesmo tempo externaram compreender não ser esse o papel do juiz.

Tal descompasso pode ser explicado pela sobreposição existente entre aquilo que o senso comum espera de um juiz - pessoa imparcial e neutra que irá analisar a prova dos autos em conjunto para se chegar a um veredicto fundamentado - daquilo que na prática é realmente um julgador, indivíduo, com sua bagagem de pré-concepções.

A partir do relato de três dos magistrados (J1, J2 e J4) percebe-se que ocorre um processo, ainda que involuntário e inconsciente, de assujeitamento do acusado, que se caracteriza pela desqualificação prévia do que será dito pelo mesmo justamente pela posição que é ocupada pelo réu dentro do campo processual. Assim, por se esperar que o acusado assuma postura de autodefesa, o discurso produzido pelo mesmo acaba carecendo de credibilidade.

Fazendo um paralelo com Foucault, quando trata do papel da doutrina na ordem do discurso, percebemos que a maioria dos julgadores ouvidos nesse trabalho "realiza uma dupla sujeição: dos sujeitos que falam aos discursos e dos discursos ao grupo, ao menos virtual, dos indivíduos que falam."[13]Assim, a figura do réu é associada ao discurso, e o discurso, por sua

[12] Ibid., p. 87
[13] FOUCAULT. Michel. *A Ordem do Discurso*. 20ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010. p. 43.

vez, é visto como pertencente a um grupo característicos de pessoas que se encontram em dada situação, com determinados objetivos.

Não se pretende, com tais considerações, estabelecer qualquer tipo de forma correta ou errada de atuar por parte dos magistrados – até porque isso não seria possível diante da subjetividade de tais conceitos - mas tão somente apontar as incongruências e contradições que marcam o atuar do dia-a-dia daqueles e daquilo que é ditado pela teoria ou pelo senso comum.

Portanto, analisar o processo enquanto campo de luta marcado por uma atividade discursiva, é compreender que o conteúdo dos discursos produzidos dependerá inevitavelmente do lugar de fala de cada um dos personagens que o produz. E, havendo uma intrínseca relação de poder dentro desse campo, ocorre ali, inevitavelmente, processos de assujeitamento.

III. A TENTATIVA DE CONSTRUÇÃO DA VERDADE E O PAPEL DA MENTIRA

A noção de busca pela *verdade real*, no sentido de que os juízes devem guiar o processo penal, e os atos ali praticados, para desvendar o que realmente aconteceu em relação aos fatos objetos de análise é uma importante premissa reproduzida por grande parte da doutrina do direito e pelo senso comum. Assim, a avaliação dos juízes em relação a essa premissa, se falsa ou verdadeira, é um importante indicador de como os mesmos irão se portar na condução e interpretação dos atos praticados no desenrolar do processo.

Um dos juízes ouvido (J3) registrou que a mentira formulada pelo réu não interessaria ao processo, uma vez que a verdade do processo (processual) independe da mentira. A ideia de verdade processual, na visão de tal magistrado, seria aquela à qual se chega a partir do convencimento do juiz construído com base na valoração de elementos de provas legitimamente produzidas.

Entretanto, apenas esse magistrado trabalhou com tal conceito de verdade, enquanto outros dois (J2 e J4) referiram-se expressamente ao ideal de verdade - sem qualquer tipo de recorte a indicar que seria aquela processual - como um guia que os conduz no desenvolvimento de seus trabalhos. E, a mentira formulada na fase de interrogatório foi vista por dois desses juízes (J2 e J4) como um elemento que atrapalha a busca por essa verdade. Tendo ambos

expressado a opinião de que a mentira deveria ser proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro, através da imposição de penalidade.

Um dos juízes (J1), apesar de não dito que pauta sua atuação pela busca da verdade, informou que as informações prestadas pelo réu são irrelevantes, uma vez que em sua visão o interrogatório é ato de defesa e poderia servir apenas para corroborar fatos que já estão no processo. Um dado interessante, é que dois juízes (J2 e J4) consignaram expressamente os riscos que o réu assume ao mentir. Sobre esses riscos, um deles (J4) informou que quando percebe a mentira "perde a vontade de ajudar" o réu na sentença, em relação à dosimetria da pena.

Já outro magistrado (J2), registrou que o juiz pode estar na dúvida quanto à dinâmica dos fatos e uma história inverossímil contada pelo acusado dissiparia tal dúvida, corroborando a prova do MP. Além disso, esse mesmo magistrado entende que a mentira formulada em sede do tribunal do júri pode criar uma antipatia nos jurados, influenciando num veredicto desfavorável para o réu.

Quando questionados, três dos juízes entrevistados (J1, J2 e J4) informaram não advertir o acusado sobre a possibilidade de mentir em interrogatório, apenas de ficar em silêncio, sendo que dois magistrados (J1 e J2) informaram interpretar negativamente o exercício desse direito ao silêncio, por acreditarem que agir assim o réu estaria "escondendo" alguma coisa.

Interessante observar que um dos juízes (J2), que foi defensor público antes de ingressar na magistratura, esclareceu que não adverte o acusado sobre a possibilidade de mentir por acreditar que "80% deles sabem desse direito" e por acreditar que "95% dos defensores (ou advogados) são diligentes e explicam isso". Assim, pautado em experiências prévias, tem a compreensão que a mentira seria um saber compartilhado principalmente por advogados de defesa e réus.

Em relação à mentira, percebe-se que a maioria dos juízes ouvidos lida de forma diferente no que diz respeito ao silêncio, uma vez que essa não é vista como um direito - já que não se adverte quanto à possibilidade de fazer uso dela. Quando muito, ela é vista como uma prática tolerada. Mas o que chama atenção, é que mesmo o silêncio, considerado por nosso ordenamento como um direito, não deixa de ser interpretado negativamente, assim, a despeito de mandamento legal vedando tal forma de interpretação[14], tal interpretação ocorre na prática.

[14] Art. 186, parágrafo único do CPP: "O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa."

Dois juízes (J1 e J2) fizeram menção à questão da verossimilhança nos relatos dos réus, quando ouvidos em interrogatório, tendo o juiz J1 dito que chega a interromper o interrogatório quando a versão contada parece ser muito inverossímil. O juiz J2, por sua vez, acredita que o réu pode ser orientado a mentir para não contar uma versão que pudesse parecer muito inverossímil, ainda que fosse verdadeira.

Os conceitos de verdade e verossimilhança muitas vezes são utilizados como sinônimos. Verossímil pode ser definido como aquilo que corresponde à normalidade de certo tipo de comportamento ou acontecimento, logo, para julgar se algo é verossímil é necessário dispor de um conhecimento prévio, um pré-juízo. Assim, o enunciado por mais verossímil que seja não garante que seja verdadeiro, da mesma forma que um enunciado inverossímil pode ser verdadeiro.[15]

Conceitualmente, verdade difere de verossimilhança, de modo que, verdade é algo que possui correspondência fática, e verossimilhança é aquilo que tem aparência de verdade.[16] E, a verdade proferida no processo, como observado, pode estar embasada em discursos verossímeis, porém não verdadeiros. O Juiz 3 apresenta a seguinte situação: 5 testemunhas que tenham mentido, contado uma história, e o juiz na ocasião deu crédito a elas, levando à condenação do réu, ele aponta que essa foi a solução do processo, isto é, a verdade pronunciada, processual. Nos parece que verdade e verossimilhança ontologicamente são diferentes, mas num processo, podem significar a mesma coisa.

A vontade de verdade, que guia a atuação da maioria dos juízes ouvidos, é apontada por Foucault como um dos grandes sistemas de exclusão que atingem o discurso. Se apoia sobre um sistema institucional e é reforçada e reconduzida por um conjunto de práticas, "rituais", que tende a exercer sobre os outros discursos um poder de coerção. Ela evidencia como "o saber é aplicado em uma sociedade, como é valorizado, distribuído, repartido e de certo modo atribuído"[17]. Assim, o discurso verdadeiro se forma a partir de um conjunto de regras pré-definidas, de práticas regulares que se modificam ao longo da história, das quais surgem formas de subjetividade e domínios de objeto e valorização de certos tipos de saber.[18]

---

[15] TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade – O Juiz e a construção dos fatos*. Madrid: Marcial Pons. 2012 p. 111.
[16] Ibid., p. 111.

[17] FOUCAULT. Michel. *A Ordem do Discurso*. 20ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010. p. 17.
[18] "E ignoramos, em contrapartida, a vontade de verdade, como prodigiosa maquinaria destinada a excluir todos aqueles que ponto por ponto, em nossa história, procuraram contornar essa vontade de verdade e recoloca-la em

O lugar de onde o discurso emana, parece estar intimamente ligado ao valor a este atribuído, não queremos alegar uma teoria universalizante, mas apontar que num microcosmos as relações se retroalimentam de informações provenientes do exterior, e do interior daquele cosmo. Pensar a mentira, é pensar quem são os sujeitos discursivos e quem possui o valor verdade.

> Questiona-se o sujeito que fala através e a partir do enunciado, como provam os procedimentos de exclusão e os mecanismos de rejeição que entram em jogo quando um sujeito que fala formula um ou vários enunciados inassimiláveis. Questiona-se os enunciados a partir dos sujeitos que falam. Lugar e sujeito se confundem, porque todo sujeito vem de um lugar.[19]

Assim, é impossível pensar o discurso sem pensar em lugar e sujeito, isto é, pensar o sujeito a partir do lugar que fala, lugar este constitutivo da sua subjetividade, do qual emana determinada carga simbólica ao discurso por esse proferido. Direito, verdade e poder é a tríade foucaultiana que nos ajuda a refletir sobre o fenômeno mentira.

IV. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO OU CONVENCIMENTO LIVRE DE MOTIVAÇÃO?

O livre convencimento motivado no processo criminal é identificado a partir da combinação de dois artigos, 155 do Código de Processo Penal e 93, inciso IX da Constituição. Consigna o artigo 155 do CPP[20] que o juiz formará sua convicção livremente, liberdade esta que possui limites segundo o código, pois expressamente veda a possibilidade de fundamentação da decisão exclusivamente em elementos informativos.

Os elementos informativos são atos de investigação[21], elementos colhidos no curso do inquérito policial. Num momento em que, em regra, não há estrutura dialética, pois é pautado no segredo, visa-se a obtenção de elementos (justa causa) para confirmar (ou não) um fato criminoso informado, possibilitando (ou não) a denúncia.

---

questão contra a verdade, lá justamente onde a verdade assume a tarefa de justificar a interdição e definir a loucura (...)".FOUCAULT. Michel. *A Ordem do Discurso*. 20ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010. p. 42.

[19] FOUCAULT. Michel. *A Ordem do Discurso.* 20ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010. p. 42.

[20] "Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas."

[21] LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal.* 11ª Ed. Saraiva, 2014. p.323.

O art 93, inciso IX da Constituição[22], por sua vez, estabelece que as decisões devem ser motivadas, sob pena de nulidade, isto é, invalidação. A exigência de motivação das decisões é justificada no campo jurídico por ser a garantia de verificação dos caminhos percorridos pelo juiz para chegar a uma determinada decisão.

Mas o dizer escrito muitas vezes esconde o não dito. A ordem do discurso estabelece uma normativa, possui regras, ela não é livre. Não se espera do juiz, apesar de não haver vedação legal, que este expresse numa sentença suas impressões pessoais do caso, sua simpatia ou antipatia com as partes. Isso porque, se espera do juiz uma figura imparcial que irá se debruçar sobre os fatos e as provas.

Um dos juízes (J4) afirmou que através do tom de voz, inquietação na cadeira, consegue perceber se o réu está mentindo, apesar de não poder afirmar com 100% de certeza. E que certos comportamentos, somados à própria experiência o levam a concluir nesse sentido. Quando perguntado se consignava na sentença todas as suas impressões, respondeu que não.

O juiz J2 afirmou que "nunca dá para saber" se houve mentira, que a sua percepção está amparada num "achismo motivado". Ele diz que nenhum juiz assume isso, mas tem muitos elementos que não se pode colocar na sentença, que influenciam o juiz. Cita como exemplo ir com a cara do réu, e não ir com a cara da vítima, ou o réu morar na mesma cidade de origem do juiz.

A motivação no processo cumpre uma função legitimadora, pois permite que o enunciado seja contestado com base nos caminhos ali exarados. Permitindo às partes resistirem ao pronunciado na sentença, demonstrando erro nos caminhos expostos e buscarem em grau de recurso o pronunciamento de Estado que mais se aproxima com a sua versão dos fatos. Mas é possível perceber que a refutação será dificultosa quando o discurso oficializado do Estado não condizer com as razões que de fato o ensejaram.

Alguns juízes (J1, J2 e J4) ao se referirem à mentira, atribuíram basicamente esse fenômeno aos réus e testemunhas, especialmente quando estas eram policiais. Mas um fato que apenas o juiz J3 identificou, é a mentira contada pelos juízes, afirmando este que "juízes mentem". Explicando esse fenômeno, não mencionado no mundo jurídico, ele ocorreria quando

[22] "Art. 93, 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"

o juiz coloca algo na sentença diverso do que realmente é, assim, o fundamento expresso na sentença não é o mesmo que motivou o juiz a decidir de determinada forma.

Disse ele (J3), "se eles querem condenar, eles condenam, eles mentem na sentença, eles distorcem os depoimentos das testemunhas, não há um jogo de verdade e mentira, há um jogo de justificação das decisões, juízes justificam as suas decisões".

Ao entender que a atribuição da mentira está ligada a um fenômeno moral, o juiz J3 afirmou que não é o papel do juiz avaliar mentira, porque isso seria um julgamento moral, segundo ele, o juiz tem que se convencer dos fatos. Mas se todos os outros juízes entrevistados (J1, J2 e J4) de alguma forma exteriorizaram um juízo de desvalor acerca da mentira, fenômeno este ligado a outros sujeitos, que não eles juízes, mas reconheceram que a sentença não expressa todos os elementos de sua convicção, como explicar a mentira como fenômeno do outro?

Foucault nos ajuda a pensar essa situação de descompasso entre discurso e verdade:

> É possível dizer o verdadeiro no espaço de uma exterioridade selvagem; mas não nos encontramos no verdadeiro senão obedecendo às regras de uma "polícia" discursiva que devemos reativar em cada um de nossos discursos.[23]

O juiz é o responsável por guiar o processo imparcialmente, ou seja, mediar a disputa discursiva entre defesa e acusação, para no final emitir uma decisão. Mas, através das entrevistas percebemos que o juiz pode aparecer nesse contexto também como parte, ao reconhecer interesse em determinado desfecho do processo. Dois juízes (J1 e J4) se referiram ao fato de que em determinada situação "não conseguiram condenar" ou "foram obrigados a absolver", demonstrando interesse em determinado desfecho em certo caso concreto. As expressões apontam um sentimento de desapontamento de ambos os juízes, quando a convicção íntima não encontra apoio nas provas do processo, uma vez que a sentença, discurso oficial de Estado, deve seguir ritos e formas legítimas para produzir efeitos de verdade.

Percebemos que o discurso oficial de Estado não expressa todas as circunstâncias que de fato o ensejou, pois se o fizesse, muito provavelmente perderia sua legitimidade. De modo que demonstrar percepções subjetivas e significações prévias retiram o suposto véu de imparcialidade que pertence à figura do juiz. Para que o discurso produza efeitos de verdade[24],

[23] FOUCAULT. Michel. *A Ordem do Discurso*. 20ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010. p. 35.

[24] FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade.* São Paulo: Martinsfontes, 2010. p. 23.

ele tem que respeitar regras. Assim, numa busca de legitimação do discurso, alguns juízes omitem da sentença elementos persuasivos que contribuíram para a sua "íntima convicção".

O discurso escrito para ter efeito de verdade precisa estar isento das percepções subjetivas do juiz, que segundo o juiz J3 no processo não tem lugar. Contudo, percebemos que as percepções e bagagem do juiz influenciam na interpretação dos fatos. E que a mentira, como fenômeno do outro e prática tolerada, porém malquista pela maioria dos juízes entrevistados (J1, J2 e J4), é segundo o juiz J3, um julgamento moral.

Por mais que o juiz J3 ao expor sua visão de processo alegue que este precisa ser racional, não moral ou religioso, não é o que se percebe ocorrer na prática, em que fica bastante claro quando o fenômeno mentira nos mostra a carga moral que o acompanha. Assim, o processo se constitui como lugar moral, como lugar de discurso e de assujeitamento. O julgador (ainda) não é uma máquina, é humano e assim possui convicções pessoais e prenoções, mas para que o discurso deste sujeito tenha o valor que deve ter de verdade, ele deve ser controlado. Mas controlar o discurso, não significa controlar os elementos que o ensejaram.

V. CONCLUSÃO

Pensar o processo através de um fenômeno é direcionar o olhar para algo que inicialmente parece simples, ou até mesmo insignificante, mas que traz em si complexas significações. O processo como mecanismo estatal de produção da verdade, objetiva externar um discurso com aparência e efeito de verdade, gerando legitimidade para a aplicação ou não de uma sanção.

Mas, para que o discurso estatal seja reconhecido, é necessário que ele siga um rito, que siga regras – que faz nascer certas formas de subjetividade[25] - e se apresente de determinada forma. Olhar através do discurso oficial e enxergar as impressões e interpretações efetuadas pelas pessoas que conduzem e decidem um processo, nos permite perceber certo descompasso entre aquilo que é dito daquilo que realmente se faz.

[25] FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2009, p. 11.

No lugar de produção do discurso estatal percebemos que ocorre simultaneamente um processo de assujeitamento, porque o lugar de onde se fala define o sujeito e o valor do seu discurso. Após os dados colhidos e reflexões efetuadas, foi possível perceber que o mecanismo de assujeitamento dentro do processo criminal, efetuado pelo julgador em relação às partes, ou demais atores processuais, a princípio se se daria porque o ideal de verdade é colocado, no discurso dessas autoridades, como meta a ser atingida, devendo ser afastado qualquer elemento que atrapalhe essa busca.

Entretanto, o que de fato se constata na pesquisa é que a produção do discurso oficial não visa atender um ideal de verdade, mas apenas produzir efeito de verdade. De modo que, percepções embasadas sobre elementos construídos através de um procedimento de intima convicção é o que ao final vão guiar e embasar a atuação de alguns magistrados.

Por fim, ressaltamos que a pesquisa assume viés exploratório, já que, indicativa de um campo que se abre. Não se trata de afirmar como os juízes pensam, ou de elaborar uma teoria, mas de reflexões que partem das noções de relações de poder dentro do processo penal, do discurso e dos sujeitos ali presentes, deste modo, surgem possibilidades de análise a partir do fenômeno mentira no processo penal.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORDIEU, Pierre. A Economia das Trocas Linguísticas: o que falar quer dizer. Edusp, 1996.

Código Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 11.09.16.

FIGUEIRA. Luiz Eduardo. *O ritual do judiciário no Tribunal do Juri.* Tese [Doutorado em Antropologia] Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2007.

FOUCAULT. Michel. *A Ordem do Discurso*. 20ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2009

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade.* São Paulo: Martinsfontes, 2010.

GINZBURG, Carlo. *Sinais: raízes de um paradigma indiciário.* São Paulo: Cia. das Letras, 1989.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal.* 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*: Uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1974, Vol. I.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos.* Marcial Pons, 2012.