

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

CLAUDIA ALVES CERRI

REGRAS DE EXPERIÊNCIA COMO ABERTURA COGNITIVA NO
PROCESSO:AUTOPOIESE PROCESSUAL

São Leopoldo

2007

CLAUDIA ALVES CERRI

**REGRAS DE EXPERIÊNCIA COMO ABERTURA COGNITIVA NO PROCESSO:
AUTOPOIESE PROCESSUAL.**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro.

São Leopoldo

2007

CIP – Catalogação na Publicação

C417r Cerri, Claudia Alves
Regras de experiência como abertura cognitiva no processo :
autopoiese processual / Claudia Alves Cerri. – 2007.
175 f. ; 30 cm.

Orientação: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro.

Dissertação (Mestrado Interinstitucional em Direito) –
Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Universidade de Passo
Fundo, 2007.

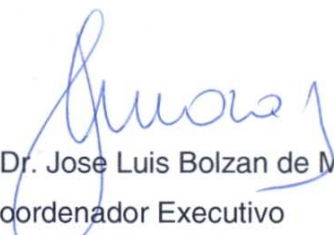
1. Processo civil. 2. Raciocínio baseado em casos. I. Ribeiro,
Darci Guimarães orientador II Título

Catálogo: bibliotecária Jucelei Rodrigues Domingues - CRB 10/1569

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

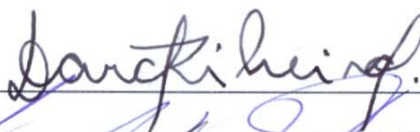
A dissertação intitulada: “**Regras de Experiência como abertura Cognitiva no Processo: Autopoiese Processual**”, elaborada pela aluna Claudia Alves Cerri, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 05 de julho de 2007.


Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo
do Programa de Pós-Graduação em Direito.



Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro



Membro: Dr. José Maria Rosa Tesheiner

Membro: Dr. Alvaro Filipe Oxley da Rocha

Claudia Alves Cerri

**REGRAS DE EXPERIÊNCIA COMO ABERTURA COGNITIVA NO PROCESSO:
AUTOPOIESE PROCESSUAL.**

**Dissertação apresentada a Unisinos como
requisito parcial para obtenção do título de
mestre em Direito.**

Aprovada em 05 de julho de 2007.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

Prof. Dr. José Maria Tesheiner

Prof. Dr. Álvaro Filipe Oxley da Rocha

Ao Luiz, por seu amor e incentivo.
Às minhas filhas, Michelle e Luisa, companheiras
inseparáveis.

AGRADECIMENTOS

À Coordenação do Mestrado, pelo atendimento sempre tão gentil.

Ao Professor orientador, Dr. Darci Guimarães Ribeiro, pelo apoio e orientação na realização do trabalho.

RESUMO

A presente dissertação tem como objeto de estudo as regras de experiência preconizadas pelo artigo 335 do Código de Processo Civil analisadas através da Teoria do Sistema Social de Luhmann. Partindo-se do direito como sendo um subsistema da sociedade analisam-se os elementos probatórios atípicos em sua dicotomia valorativa, quais sejam, os critérios valorativos objetivo/subjetivo, com ênfase no aspecto subjetivo. O trabalho pretende analisar a busca da certeza e da convicção do julgador como sendo aspecto subjetivo da prova e, portanto, capaz de possibilitar decisões marcadas pela verossimilhança, permitindo com isso, o uso do senso comum teórico do aplicador do direito, especificamente suas regras de experiência comum. Salienta-se que as regras de experiência fazem parte do processo lógico do raciocínio do julgador, integrando, de tal forma, o cabedal de cultura individual de cada magistrado como aspecto subjetivo de apreciação do elemento probatório, e, em assim sendo, é capaz de produzir complexidade nas decisões e com isso, o risco e a imprevisibilidade. A aplicação das regras de experiência observadas através da Teoria dos Sistemas permite que haja comunicação devido à abertura cognitiva entre a sociedade, cada vez mais diferenciada, e o processo judicial que busca a certeza jurídica para a decisão judicial como forma de alívio das expectativas na pós-modernidade.

Palavras-Chave: Abertura Cognitiva, Elemento Subjetivo, Certeza, Provas, Regras de Experiência, Risco.

ABSTRAT

The present thesis has as a study object the rules of experience praised by the article 335 of the Code of Civil Action analyzed through the Luhman's Theory of the Social System. Considering the Law as a society subsystem, are analyzed the probatory elements, atypical in its value dichotomy: the value criteria objective/subjective, with emphasis in the subjective aspect. The theses intends to analyze the search of the certainty as a evidence subjective aspect and, therefore, capable to make possible decisions marked by *verossimilhança*, allowing with this, the use of the Law applicator's theoretical common sense, specifically his/her rules of common experience and judgments of value. Important to salient that the experience rules are part of the logical process of the applicator's reasoning, integrating, in such a way, the fund of individual culture of each magistrate. On this way, the subjective aspect of the probatory element appreciation is capable to produce complexity in the decisions and, with this, the risk and the unprevisibility. The application of the experience rules, as probatory element, observed through the Theory of the Systems allows the communication due to cognitive opening among the society, each time more differentiated, and the juridical action that searches judicial certainty for the judicial decision as a way of relief of the expectations in the pos-modernity.

Word-Key: Opening cognitive, Subjective element, Certainty, Evidence, Experience Rules, Risk.

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| 1 INTRODUÇÃO | 08 |
| 2 A TEORIA SISTÊMICA | 16 |
| 2.1 SISTEMA E PENSAMENTO SISTÊMICO..... | 16 |
| 2.2 O SISTEMA AUTOPOIÉTICO..... | 25 |
| 2.3 O DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO..... | 31 |
| 3 PRINCÍPIOS BASILARES DA TEORIA DA PROVA DAS INCERTEZAS À CERTEZA JURÍDICA | 49 |
| 3.1 PRINCÍPIO DA ORALIDADE E SEUS COROLÁRIOS..... | 53 |
| 3.1.1 Princípio da Imediatidade | 58 |
| 3.1.2 Princípio da Concentração | 63 |
| 3.1.3 Princípio da Identidade Física do Juiz | 66 |
| 3.1.4 Princípio da Persuasão Racional | 69 |
| 3.1.5 Princípio da Imparcialidade | 76 |
| 3.2 A BUSCA DA CERTEZA (IN) CERTEZAS FRENTE A UMA PROBLEMÁTICA DE RISCO..... | 85 |
| 4 DA COMPLEXIDADE DAS PROVAS E SEUS CRITÉRIOS VALORATIVOS – ELEMENTOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS | 100 |
| 4.1 CONCEITO E FUNÇÃO DA PROVA..... | 112 |
| 4.2 CONCEITO DE PROVAS ATÍPICAS: A VARIABILIDADE E A OBRIGATORIEDADE DE SELEÇÃO..... | 119 |
| 4.2.1 Fatos Notórios | 123 |
| 4.2.2 Comportamento Processual das partes | 128 |
| 4.3 MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA: A IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES..... | 132 |
| 4.4 ELEMENTOS PROBATÓRIOS COMO ABERTURA COGNITIVA NA RELAÇÃO PROCESSUAL: AUTOPOIÉSE PROCESSUAL..... | 158 |
| 5 CONCLUSÃO | 163 |
| REFERÊNCIAS | 168 |

1 INTRODUÇÃO

Os homens vivem, hoje, num mundo em que tudo difere do passado, nada é igual, tudo se transforma rápida e totalmente. A complexidade da atualidade impossibilita que a simplicidade do agir e do atuar do passado sejam, ainda, eficientes. Tudo é radicalmente novo.

O sistema jurídico assiste às modificações trazidas pelo progresso científico, sem respostas para os fatos que se desvelam, por serem situações novas, com múltiplas possibilidades de resoluções. Há múltiplos acontecimentos e múltiplas possibilidades, com o que, por conseguinte, há a perda de parâmetros.

A investigação acerca do tema escolhido busca analisar as condições para a aplicação da teoria sistêmica na atividade processual, através da abertura cognitiva vinda do ambiente social pelos elementos probatórios e demais atos processuais que permitem a busca da certeza dos fatos e o alívio das expectativas, no dizer de Luhmann. Visa, ainda, ao reconhecimento da existência de condições de uso dos elementos probatórios adequando-os à autopoiese uma vez que a teoria dos sistemas é voltada ao conhecimento científico com referencial social.

Ressalta-se, também, justificando-se o interesse pela temática abordada, que a adoção do tema, regras de experiência, deve-se especialmente a estudos realizados anteriormente, em curso de especialização em processo civil e que despertaram a curiosidade quanto ao fato de se averiguar se o magistrado, nas decisões que profere, dissocia seus conhecimentos acadêmicos de sua experiência de vida.

Pretende-se com o estudo da temática explicitada analisar se as provas atípicas, mais precisamente, as regras de experiência presentes no código de processo civil pátrio objeto do art. 335, à luz da teoria sistêmica, são criação de comunicação jurídica, ou, ao contrário, deve o direito fechar-se a elas abrindo-se apenas ao conhecimento técnico, científico e dogmatizado. Pretende-se, ainda, trabalhar o elemento probatório sob a ótica da teoria de Luhmann, ou seja, como um sistema que, através da atividade processual busca no sistema social assim como em todos os demais subsistemas que compõem a sociedade, a certeza elaborando com isso, uma teia, um vínculo colaborativo entre partes processuais, juiz, testemunhas e com todos os elementos de prova que, vindos da sociedade, permitiriam juntamente com os demais atos realizados no processo, o fim único de satisfação ou alívio das expectativas sociais, ou seja, a decisão judicial, a tutela do direito subjetivo. Toda a

engrenagem que gera a atividade processual são partes que unidas vêm a compor o todo que é o sistema jurídico, subsistema do sistema social.

O assunto reveste-se de relevância, dada à crescente e dinâmica evolução social, que torna a sociedade pós-moderna capaz de produzir diferenças, impondo uma nova forma de decidir na busca de um direito aberto, livre da rigidez formalista e que pretende acompanhar os novos anseios e necessidades da nova sociedade. Para tanto, deve haver uma compatibilização da tendência formalista, de modo que possa ser adequada às necessidades sociais e comprometida com a função social do processo moderno que busca maior elasticidade, evitando o rigor excessivo das formas, possibilitando, assim, não sem ressalvas e critérios de controle, o uso do senso comum do julgador referencialmente às regras de experiência.

Como método para a realização do presente trabalho será utilizado o método dedutivo em Ciências Sociais apoiado em metodologia de pesquisa bibliográfica, aliado à matriz sistêmica. O trabalho vincula-se à linha de pesquisa sociedade, transnacionalização e novos direitos relacionado à teoria sistêmica, dando-se ênfase aos elementos probatórios atípicos em especial às regras de experiência, enfrentando-as à luz da teoria luhmanniana, com a visão de que a abertura cognitiva preconizada pela raiz sistêmica possibilita a circularidade e, portanto, a autopoiese, capaz de criar novas comunicações jurídicas, tornando visível esse desvelamento.

Para melhor enfoque do tema, o presente estudo obedeceu didaticamente a três momentos básicos, quais sejam: em seu primeiro capítulo, aborda-se a teoria de Luhmann, no que tange à definição de sistema e pensamento sistêmico associando a sociedade como o sistema social de onde surgem os diversos subsistemas. Discorre-se, após, sobre o sistema autopoietico enfatizando as interações entre sistema social e sistemas vivos, demonstrando ser a comunicação à base do sistema social. Salienta-se, ainda, que a relação processual interage com a sociedade através dos elementos probatórios e que atua cognitivamente aberta às transformações sociais. Associa-se, ao final do capítulo, que o processo judicial sendo complexo, depende do elemento probatório para que a comunicação se produza surgindo daí a complexidade e o risco devido às contingências da sociedade pós-moderna.

No segundo capítulo, são analisados os princípios que regem e norteiam a teoria da prova, ressaltando-se na definição de princípios o seu caráter oriundo da sociedade e decorrentes dos fatos sociais ali decorrentes e que, ao julgar por princípios, o julgador poderá valer-se de sua ponderação de seu pré-conhecimento na formação de sua convicção, uma vez

que o art. 131 do CPC permite que o julgador aprecie livremente a prova, devendo, no entanto, motivar a decisão. Aborda-se, também, que o princípio da oralidade, acentuadamente, reforça os poderes instrutórios do magistrado verificando-se daí, a possibilidade do uso das regras de experiência, pela observação das partes e das testemunhas aliado ao seu conhecimento empírico.

Utilizando-se como marco a teoria sistêmica de Niklas Luhmann, realiza-se um estudo investigatório com base nas provas, levando-se em consideração a abertura cognitiva - fundamento da teoria sistêmica - no processo de avaliação da prova inserido na atividade processual, principalmente em seu aspecto subjetivo, sem desconsiderar, no entanto, o elemento objetivo.

Aborda-se, ainda, neste capítulo o princípio da oralidade como marco fundamental para a convicção judicial e que disponibiliza o uso da experiência do julgador na observação da prova testemunhal. A oralidade possibilita significados diferentes nos interlocutores, por proporcionar o contato direto do julgador com as partes, através dos subprincípios da imediatidade, que são essenciais ao processo oral. Trata-se, também, do princípio da identidade física do juiz, que ratifica o contato pessoal do magistrado com as partes vinculando-o à solução do litígio; do princípio da concentração pelo qual permite que as provas sejam colhidas sem postergação, garantindo uma decisão sem grandes lapsos temporais.

Salienta-se que a formação da convicção do juiz evoluiu, e evolui de regras impostas à adoção do sistema da persuasão racional, possibilitando que ele possa libertar-se dos critérios rígidos do passado, determinados pela lei na busca da certeza jurídica. Houve, portanto, profundas transformações até o que se chama, hoje, de teoria moderna da prova.

Pelo princípio da imparcialidade considera-se que o juiz deve adotar uma postura livre de vinculações emocionais, atendo-se apenas a critérios adquiridos por sua formação técnica. Ressaltam-se, no entanto, as inúmeras dificuldades em separar os conhecimentos, de forma que a imparcialidade, tão decantada no processo judicial, impõe algumas incertezas quando se fala em verossimilhança ou certeza jurídica, visto que o magistrado encontra dificuldade em separar conhecimentos ditos acadêmicos de sua cultura como ser humano adquirida ao longo da vida.

Dessa forma, analisa-se a busca da certeza jurídica como uma problemática de risco, pois que, segundo o art. 131 do CPC, o juiz apreciará livremente a prova, valendo-se, por

certo, de sua subjetividade, de suas crenças individuais aproximando-se daquilo que pode ser considerado certeza e, por isso mesmo, associados aos riscos inerentes à teoria luhmanniana.

No terceiro capítulo explanam-se os critérios valorativos, dividindo-os em aspectos subjetivos e objetivos da prova, evidenciando a importância atribuída pelo julgador ao aspecto subjetivo, que corresponde mais a sua preferência, ou seja, são fatos conhecidos e valorados pela apreciação psicológica, interna, originada de ideologias preconcebidas adquiridas na sociedade e que formaram o seu senso comum ao longo do tempo.

Pela conceituação e função de prova, abordadas também no terceiro capítulo, chega-se ao que se denominam provas típicas e atípicas, enfatizando a conceituação de provas atípicas, que permitem as ponderações ideológicas do senso comum do julgador na avaliação e apreciação dos fatos vindos ao processo.

Aqui, percebe-se que os limites do magistrado na apreciação dos meios probantes são de caráter abstrato, sendo questão que remete às suas máximas de experiência; não há, portanto, consenso entre os julgadores, pois, se ao juiz é livre a apreciação da prova, seu convencimento dar-se-á por estímulos internos e atrelados a sua formação pessoal.

Importa analisar no presente trabalho, ainda, se haverá abertura para os conhecimentos empíricos do magistrado, no que tange às suas regras de experiência permitidas e preconizadas pelo art. 335 do código de processo civil pátrio, a ponto de que sua valoração aos acontecimentos e fatos da vida possibilite a formação de seu convencimento. Acredita-se que, em virtude da adoção do sistema da persuasão racional na coleta das provas, e, ainda, por essa possibilidade concedida pelo ordenamento jurídico, ao magistrado será permitido utilizar seus pontos de vista integrando em suas decisões o intuído, o pressentido, quiçá seu temperamento sem fugir, por certo, de premissas lógicas e fundadas em princípios e conclusões que transmitam confiabilidade e certeza ao longo do círculo formado pela lide processual.

Embora não possam e não devam ser recepcionadas como senso privado daquele que julga, poderão ser inseridas no contexto do *decisun* como uma cultura capaz de formar silogismos que produzam uma sentença baseada na certeza necessária para excluir o erro ou a possibilidade de erro, não obstante a possibilidade de erro ser uma contingência que exista dentre outras tantas capazes de produzirem o risco abordado por Luhmann que produz e reproduz as contingências da sociedade moderna. Enfatiza-se, por fim, neste capítulo, a valoração subjetiva das provas especialmente fundadas nas regras de experiência, levando-se

em consideração a problemática do controle do convencimento judicial, possível na motivação da sentença de modo a conferir àquele julgado a confiança capaz de compatibilizar as partes em litígio.

Muito embora o ordenamento jurídico pátrio preveja que os ditames do art. 335 devam ser utilizados “em falta de normas jurídicas particulares” crê-se que pela infinidade de termos vagos e gerais presentes nos códigos e leis, os chamados “conceitos jurídico indeterminados” também obrigarão o magistrado a valer-se do referido artigo, pois que tais expressões conduzem à vagueza de significado e para julgar, deverá superar tais indeterminações formando juízos de valor presentes em sua historicidade, sua vivência o que lhe concederá uma margem de liberdade que orientará sua ação de julgar. Dessa forma, outros subsistemas aflorarão ao processo vindos de áreas como da psicologia, da economia e mesmo da cultura local da comunidade em que viveu. Essa intromissão de outros subsistemas forma a circularidade que comunica o sistema do direito aos diversos outros subsistemas existentes no sistema social produzindo decisões racionais ante a evolução crescente interagindo processo e sociedade.

Assim, o presente estudo, tem a pretensão de avaliar até que ponto as decisões por regras de experiência poderão ser aplicadas aos fatos concretos criando novas comunicações que poderão vir ao encontro das transformações da sociedade diferenciada de hoje aliando-se aos riscos inerentes frente a decisões diferenciadas.

Enfrentar a complexidade da modernidade, por certo, é modificar a visão de mundo radicalmente, é modificar ou quebrar paradigmas já que os tradicionais são incapazes de dirimir os conflitos existentes. Surge, em virtude disso, a necessidade de se buscarem novos paradigmas também para o direito, bem como para a atividade processual, que, como instrumento do direito, deve oportunizar nuances novas, já que a complexidade da sociedade assim o exige.

2 A TEORIA SISTÊMICA

2.1 SISTEMA E PENSAMENTO SISTÊMICO

Inicialmente, a idéia do que seja um sistema é bastante discutida entre os estudiosos e doutrinadores da ciência jurídica. Berthalanffy considera que “um sistema pode ser definido como um complexo de elementos em interação. A interação significa que os elementos estão em relação, de modo que o comportamento de um elemento é diferente de seu comportamento em outra relação”. Em consequência, a idéia de sistema pressupõe algo formado por vários elementos que são partes de um todo e que interagem na construção deste todo. Neste sentido, em relações diferentes estes elementos agem também diversamente para a construção do todo unitário. Capra infere que “a ênfase nas partes tem sido chamada de mecanicista, reducionista ou atomística; a ênfase no todo, de holística, organísmica ou ecológica, e que a tensão básica, portanto, é a tensão entre as partes e o todo”.¹

Depreende-se daí, que sistema traz em si uma noção de ordem, de um todo organizado, de unidade formada por partes individuais que se complementam. Isso, segundo Capra, seria uma perspectiva holística que se tornou conhecida no século XX, como sistêmica, conforme se verifica nas palavras do autor:

A teoria sistêmica passou a ser conhecida como pensamento sistêmico e a principal característica do pensamento sistêmico emergiu simultaneamente em várias disciplinas na primeira metade do século, especialmente na década de 20. Os pioneiros do pensamento sistêmico foram os biólogos, que enfatizavam a concepção dos organismos vivos como totalidades integradas.²⁻³

Freitas referindo-se também a sistema afirma que “o núcleo do sistema é constituído por valores e por princípios que transcendem o âmbito da lógica estrita, por ter o intérprete

¹ Capra (1996, p. 33) afirma, durante este século, a mudança paradigmática mecanicista para o ecológico tem ocorrido em diferentes formas e com diferentes velocidades nos vários campos científicos. Não se trata de uma mudança uniforme. Ela envolve revoluções científicas, retrocessos bruscos e balanços pendulares. Um pêndulo caótico, no sentido da teoria do caos seria a metáfora contemporânea mais apropriada.

² Idem., *ibidem.*, 1996.

³ Os biólogos a quem Capra se refere são os chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela que introduziram conceito de autopoiese com a obra *De máquinas y seres vivos*, em 1973.

jurídico que operar também com as denominadas inferências não-dedutivas”.⁴ Por esta razão o autor crê que a necessidade de adequar-se ao sistema consiste na valoração que cada intérprete jurídico possui da realidade.⁵ Dessa forma, quer nos parecer que sistema especificamente para o autor, pressupõe que conhecimentos adquiridos na vida devem estar aliados e consonantes aos conhecimentos científicos.

Ackoff refere que “houve uma emergência do sistema como conceito-chave na pesquisa científica e que algo novo foi acrescentado. Para ele a tendência da ciência contemporânea é abrir-se ao exame das interações e investigar setores da natureza cada vez maiores”.⁶ Em Ackoff já se percebe uma tendência em unir a ciência à sociedade como um sistema maior que interage com os demais.

Seguindo lição de Rocha, Schwartz e Clam:

Falar de sociedade é referir-se a sistemas. É mediante a estruturação sistêmica que se torna possível identificar a equação da problemática da (im)possibilidade da ordem social e jurídica. A já referida inexistência dos sistemas leva à possibilidade de se alargar o campo do possível. Ao contrário do que alguns filósofos e operadores do direito propugnam (...) o sistema jurídico não pode ser visto como um sistema heteropoiético e incommunicavelmente fechado.⁷

Disso infere-se que a noção de sistema tem sido bastante estudada, e ganha significado novo no pensamento atual assumindo, não raras vezes, valores que se abrem aos princípios de uma determinada sociedade em determinado momento e, ainda, a noção de sistema traz a idéia de interação, de conexão, de um todo indivisível.

Assevera Capra que:

⁴ FREITAS, Juarez. *O conceito de sistema Jurídico*. São Paulo: Malheiros, 1988. p. 6.

⁵ Para Freitas (1988, p. 27), o intérprete jurídico precisa valer-se das ciências empíricas sem esquecer os paralogismos da vida prática, ou seja, o aplicador da norma também vale-se de conhecimento adquiridos na vida prática.

⁶ ACKCOFF apud BERTHALANFFY, op. cit., p. 25-26.

⁷ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução ao sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

As propriedades das partes, não são propriedades intrínsecas, mas podem ser entendidas dentro do contexto do todo mais amplo. Na abordagem sistêmica, as propriedades das partes podem ser entendidas apenas a partir da organização do todo. Por isso, o pensamento sistêmico concentra-se não em blocos de construção básicos, mas em princípios de organização básicos.⁸

Na visão de Capra “o pensamento sistêmico é contextual, o que é o oposto do pensamento analítico.⁹ A análise significa isolar alguma coisa a fim de entendê-la¹⁰; o pensamento sistêmico significa colocá-la no contexto de um todo mais amplo”.¹¹ Pela visão sistêmica não há fragmentação, só se compreende a parte, no todo.

Assim sendo, a idéia de que as provas atípicas mais precisamente a valoração dada pelo magistrado às regras de experiência surge na não-fragmentação dos conhecimentos do magistrado, ou seja, conhecimentos da vida prática aliam-se aos conhecimentos empíricos de forma que na sentença emanada pelo julgador não há apenas conhecimentos advindos da legislação, mas sim, muito da observação que traz em si mesmo de como certos fatos ocorreram em situações assemelhadas. Em consequência disso, a decisão é contextual, pois o julgador, não se despe daquilo que já observou, que já apreendeu, mas usa o todo de seu conhecimento vindo de outras áreas, portanto de outros subsistemas, e, mesmo de seu subjetivismo, para a resolução do litígio, num vínculo colaborativo entre partes processuais, juiz, e testemunhas.

A toda essa “engrenagem” que gera a atividade processual, pode-se argüir que separadamente são partes, mas que unidas vêm a compor o todo que seria o sistema jurídico, subsistema do sistema social.

Nesse diapasão, o pensamento sistêmico traz uma mudança de paradigma dando uma nova visão de realidade, dessa realidade inovadora, carregada de conhecimentos altamente diferenciados, valorizando o pensamento integrativo que encaixa o social, o cultural, o

⁸ CAPRA, 1996, op. cit., p. 41.

⁹ Capra (1996, p. 34) refere que Descartes criou o método do pensamento analítico, que consiste em quebrar fenômenos complexos em pedaços a fim de compreender o comportamento do todo a partir de propriedades das suas partes.

¹⁰ Entende que a matriz analítica é ainda bem centrada nos aspectos descritivos e estruturais do direito e por isso, bem limitada politicamente, por uma noção de Estado ultrapassada, gerando também consequências teóricas graves, devido a sua incapacidade de pensar uma complexidade social mais ampla. (ROCHA, SCHWARTZ e CLAM (2005, p. 19).

¹¹ CAPRA, 1996, op. cit., p. 40.

econômico, o religioso, enfim todas as áreas de conhecimento¹² - partes ou no dizer de Luhmann¹³, subsistema - integram-se para a compreensão da sociedade¹⁴ que é o todo - o sistema.

Para Rocha, Schwartz e Clam:

O direito deve ser visto como um subsistema funcionalmente diferenciado da sociedade, baseado em sua reflexividade. As vantagens proporcionadas pela reflexividade somente podem ser alcançadas se se tiver em vista o seguinte: a reflexividade deve fazer referência a si mesma ou a processos semelhantes. (...) ¹⁵.

Assim, a teoria da autopoiese passa ao domínio das ciências sociais, particularmente ao Direito, firmando-se como um sistema teórico que antes de explicar apenas a vida biológica, passa a ser aplicada aos fenômenos sociais numa tentativa de servir de modelo aos sistemas sociais. Sistema social, este, que teria como elementos “comunicações, que não existem no ambiente, mas apenas na sociedade , enquanto sistema comunicativo global, onde sistemas parciais, também ditos “sistemas funcionais”, aparecem como ambiente uns para os outros”¹⁶.

A razão primordial para a existência ou para a busca de um novo modelo que explique ou solucione os problemas advindos da sociedade complexa, ocorre justamente porque, devido à complexidade desta nova sociedade, os paradigmas estão ultrapassados e não atendem mais à demanda da sociedade que busca conquistar o mundo em meio a inúmeras possibilidades que o avanço científico permite.

¹² A teoria dos sistemas renovou-se enormemente com as novas contribuições das ciências cognitivas, das novas lógicas e da informática, passando a enfatizar os seus aspectos dinâmicos. ROCHA, SCHWARTZ e CLAM. (2005, p. 28).

¹³ Importa ressaltar, no dizer de Antunes, que Luhmann sustenta a existência de uma autopoiese específica do social insistindo na autonomia entre sistemas sociais e sistemas biológicos. Antunes, José Engrácia; TEUBNER, Gunther. Prefácio in *O direito como sistema Autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989.

¹⁴ A análise sistêmica parte do pressuposto de que a sociedade apresenta as características de um sistema permitido a compreensão dos fenômenos sociais através dos laços de interdependência que os unem e os constituem numa totalidade.

¹⁵ ROCHA, SCHWARTZ e CLAM, 2005, op. cit., p.p. 83.

¹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: Introdução a uma Teoria Social Sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 61.

Tais avanços que modificam a sociedade¹⁷, obrigatoriamente, também devem alterar o direito e a atividade processual, pois o direito torna-se impotente e insuficiente para compreensão e resolução dos acontecimentos ocorridos e que marcam o fim de uma sociedade lenta, estagnada, “pesada, época de pranchetas e projetos, época de moldar a realidade como na arquitetura ou na jardinagem”¹⁸, o fim de uma era em que tudo era previsível e seguro

Para Parsons, “a mudança é um tipo especial de processo. Embora todos os processos mudem alguma coisa, é útil distinguir, de outros, os processo que mudam as estruturas sociais”.¹⁹ Com essa idéia, Parson considera que as categorias estruturais apresentarão as referências básicas para o aspecto comparativo de sua análise empírica para ele, a sociedade deve ser analisada em sua totalidade e não em partes isoladas como faz a dogmática jurídica que gera uma teoria individualista, colocando o homem no centro como objeto da teoria do direito.

A teoria sistêmica, tendo a sociedade como objeto da teoria do direito, torna-se interdisciplinar onde os vários sistemas, tais como o sistema econômico, o sistema cultural e o sistema político se comunicam, interferem e influenciam uns aos outros externamente.

Para Villas Bôas Filho, a teoria sistêmica é significativa por ser complexa, referindo que:

O que surge como significativo é o fato de se estar lidando com uma teoria cuja complexidade não se encontra adstrita à lógica tradicional, nem mesmo à de uma ou outra disciplina em particular, mas que, inversamente, é tributária de subsídios provenientes dos mais diversos âmbitos. A teoria da autopoiesis aparece, portanto, como sendo caudatária de contribuições buscadas nas mais variadas instâncias, desde teoria dos sistemas, com toda a abrangência semântica que essa expressão passou a ter, às pesquisas empíricas desenvolvidas no âmbito da biologia, da neurofisiologia, da neurologia e dos aportes teóricos advindos da cibernética, da matemática e da lógica, o que a torna em grande medida uma teoria inexoravelmente multidisciplinar, tudo isso para a análise sociológica da sociedade moderna.²⁰

¹⁷ Quando se fala em mudança social necessária se faz a referência ao tempo social, ao tempo da modernidade, eis que “a modernidade é, talvez, mais que qualquer coisa, a história do tempo: a modernidade é o tempo em que o tempo tem uma história”. BAUMANN, Zigmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 129.

¹⁸ BAUMANN, 2001, op. cit., p. 58.

¹⁹ PARSONS. Talcott. *Sociedades: Perspectivas Evolutivas e Comparativas*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora. 1969. p. 40.

²⁰ VILLAS BÔAS FILHO Orlando. *O Direito na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006. p.11-12.

Parsons considera, no entanto, que a estrutura²¹ de um sistema social é que explica este sistema social e não a função como o é para Luhmann que considera que “a complexidade das possibilidades do ser no mundo é combatida pelos processos de identificação estruturais, somente possíveis com a criação de diferenciações funcionais”²². Dessa forma, a teoria sistêmica de Luhmann considera significativa para a compreensão do sistema, a função e não a estrutura.

Da mesma forma, Rocha considera a teoria de Parsons extremamente conservadora, pois traria novamente a estabilidade, o consenso e não a dinamicidade do sistema em suas decisões como quer a sociedade da pós-modernidade; “um dos problemas da Teoria de Parsons é o fato de que sempre o sistema tenderia a encontrar um ponto ideal, ou seja, as influências sofridas pelos sistemas seriam absorvidas de maneira tal que ele terminaria atingindo um ponto de certa estabilidade”²³. E continua o autor:

Portanto, a dificuldade que temos com a Teoria de Parsons é exatamente esta: não se pode pensar num sistema somente a partir da idéia de estabilidade. A falha de Parsons radica no fato de que essa noção de sistema embora às vezes correta é politicamente muito conservadora. Com isso, a partir dos anos 60, essa teoria começou a ser revista.²⁴

De forma que, não obstante Luhmann tenha seguido os passos de Parsons, há divergências entre ambos, já que a teoria luhmanniana é a de uma concepção de mundo que pode ser chamada de pós-moderna. Teoria que acentua não a racionalidade, não o consenso, não a identidade, mas a produção da diferença, da singularidade. É uma teoria crítica que avança o máximo possível além de qualquer noção de racionalidade tradicional.

Mas, segundo preconiza Luhmann é uma sociedade que visa à produção da diferença²⁵ e, não sendo imutável, exige também que o Direito, não obstante deva preservar a integridade

²¹ Luhmann (1983, p. 31) infere em sua obra que a argumentação de Parsons poderá não se sustentar embora seja um argumento convincente: “a estrutura de sistemas sociais constitui-se de expectativas normativas” exclui, segundo Luhmann, do sistema social as estruturas de outros tipos. A questão da relação entre estruturas normativas e outras estruturas (por exemplo, as cognitivas) é assim diluída na indagação sobre as relações recíprocas entre os diversos sistemas analíticos parciais como, por exemplo, a cultura.

²² ROCHA, Leonel Severo. *O direito na Forma de Sociedade Globalizada*. Anuário do Programas de Pós-Graduação em Direitos Mestrado e Doutorado. Organização de ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz. São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas Unisinos, 2001. p. 131.

²³ ROCHA, 2001, op. cit., p. 125.

²⁴ ROCHA, 2001, op. cit., p. 125.

²⁵ ROCHA, 2001, op. cit., p.127.

do sistema social, viabilize as transformações necessárias para evitar sua estagnação – e consequentemente seu fim.²⁶

Segundo Capra,

Os critérios do pensamento sistêmico são todos interdependentes. A natureza é vista como uma teia interconexa de relações, na qual a identificação de padrões específicos como sendo “objetos” depende do observador humano e do processo de conhecimento. Essa teia de relações é descrita por intermédio de uma rede correspondente de conceitos e de modelos, todos igualmente importantes.²⁷

Essa teia interconexa de relações referida por Capra, formam os subsistemas considerados, ao mesmo tempo, operativamente fechados, mas cognitivamente ligado aos demais, ou seja, abertos. E isso é possível graças ao elemento que constitui o sistema social e seus subsistemas: a comunicação, que está presente em todo fato tido como social.²⁸

Percucientemente, Rocha, Schwartz e Clam, referindo-se à comunicação, diz que:

Sem comunicação não se pode pensar em sociedade. E ainda, somente pela sociedade será possível estabelecer comunicação. A sociedade é, pois, um sistema fechado, composto unicamente de comunicações entre pessoas (...) é a comunicação que diferencia a sociedade dos demais sistemas, pelo fato de ela produzir comunicação pela comunicação, e, também, graças à sua operação recursivamente fechada, estabelecer limites.²⁹

Destaca-se, aqui, o caráter comunicativo que as provas exercem dentro do processo, pois que estabelecem com o ambiente social o binômio leg/não-legal, pois que vindas ao processo, demonstram a existência de um fato social e não obrigatoriamente a verdade dos fatos. Esses fatos – provas- só podem ser analisados dentro do todo e não em separado. Sua validade é avaliada no contexto. Dessa forma o processo estabelece comunicação entre as partes e para o sistema social.

Assevera Teubner quanto à comunicação interativa dos sistemas e subsistemas que:

²⁶ GUERRA FILHO, 1997, op. cit., p. 65.

²⁷ CAPRA, 1996, op. cit., p. 49.

²⁸ MÄDCHE, Flavia Clarici. DUTRA, Jéferson Luiz. D. *Introdução à Teoria Sistêmica*. Programa de Pós-Graduação em direito. Mestrado e Doutorado.Org. Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck São Leopoldo: Editoração Eletrônica Rafael Tarcísio Forneck, 2003. P. 106.

²⁹ ROCHA, SCHWARTZ e CLAM, 2005, op. cit., p. 71.

A sociedade é entendida como um sistema autopoiético de comunicação. Um tal sistema é composto por atos de comunicação que geram novos atos de comunicação. A partir do circuito de comunicação geral, desenvolvem-se e diferenciam-se assim circuitos comunicativos específicos, atingindo alguns deles um tão elevado grau de autonomia a ponto de os transformar em sistemas autopoiéticos de segundo grau. Trata-se de unidades de comunicação autônomas que são auto-reprodutivas, gerando os seus próprios elementos, estruturas, (...), construindo o seu próprio meio envolvente e definindo sua identidade.(...)³⁰

Dessa forma e por que os circuitos comunicativos agem nos subsistemas internamente, Teubner refere que “os subsistemas sociais constituem unidades que vivem em clausura operacional, mas também em abertura informacional-cognitiva em relação ao respectivo meio envolvente”³¹

Explicita ainda o autor que:

Nas suas operações, o sistema jurídico constrói um meio envolvente próprio, a “realidade jurídica”, que aqui deve ser entendida no sentido sistêmico estrito de modelo interno do mundo exterior – sendo nisso que reside a chamada abertura cognitiva ou informativa do sistema jurídico operativamente fechado.³²

Parte-se, então na teoria dos sistemas, de uma análise da sociedade e, a partir desta, para a análise do direito como um subsistema imerso no sistema social, pois conforme Teubner, “sistema jurídico dos nossos dias pode ser visto como um sistema autopoiético de segundo grau”,³³ e continua o autor:

Trata-se de um sistema constituído por atos de comunicação particulares gravitando em torno da distinção “legal/ilegal”, que se reproduzem como atos jurídicos a partir de atos jurídicos. Tais atos comunicativos são regulados por expectativas jurídicas especializadas (que coordenam os processos sistêmicos internos de reprodução daqueles) e definem, graças à sua especialização normativa, as fronteiras do próprio sistema jurídico. Nas operações, o sistema jurídico constrói um meio envolvente próprio, a “realidade jurídica”, que aqui deve ser entendida no sentido sistêmico estrito de modelo interno do mundo exterior – sendo nisso que reside a chamada abertura cognitiva ou informativa do sistema jurídico operativamente fechado.³⁴

³⁰ TEUBNER, Gunther. O direito como Sistema Autopoiético. Tradução e Prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 139.

³¹ TEUBNER, 1989, op. cit., p. 140.

³² TEUBNER, 1989, op. cit., p. 140.

³³ TEUBNER, 1989, op. cit., p. 140.

³⁴ TEUBNER, 1989, op. cit., p. 140.

De forma que, sendo um estudo da sociedade a teoria dos sistemas parte do social buscando através dessa sociedade explicar e (re) alimentar os demais subsistemas que se completam e se reproduzem da sociedade e para sociedade.

Em termos básicos, a teoria dos sistemas assevera que os subsistemas são abertos e sofrem interações com o ambiente onde estão inseridos. Essa interação entre o sistema e todos os diversos subsistemas gera (re)alimentações, criando uma auto-regulação que por sua vez cria novas propriedades para o todo independente das partes.

Cumprido ressaltar que um subsistema (re) alimentado é um sistema que se dinamiza, que se altera e se transforma seguindo o tempo, renovando-se, aberto a infinitas possibilidades porque não se cristaliza, mas opera no tempo presente e para o tempo presente. Daí depreende-se que a teoria dos sistemas observa a sociedade como um sistema que sempre pode se diferenciar e criar novas possibilidades.

Da mesma forma, cabe analisar o procedimento processual uma vez que o indivíduo (testemunha ou parte) que participa desse mundo contingente também introduz na sociedade a contingência de sua visão do mundo que o circunda, pleno de interações e possibilidades outras que permitem outras expectativas, outras formas de decidir. Conforme professora Luhmann “o procedimento, como sistema social, só tem um espaço de manobra de desenvolvimento por motivo da existência da incerteza em questões de direito e de verdade e só na medida do alcance dessa incerteza”.³⁵

Partindo dessa visão sistêmica, as regras de experiência como elementos probatórios, partem da vivência e visão individualizada do aplicador da norma, mas inseridas no contexto da comunidade o que pode gerar a incerteza a que Luhmann se refere, uma vez que “para a apreciação dum testemunho, também é igualmente importante a totalidade dos papéis³⁶ duma personalidade social e a sua ressonância na vida duma comunidade”.³⁷

Infere-se disso, que o uso das experiências do julgador na apreciação da prova refletirá o senso comum da comunidade em vista de trazer ao interior da relação processual, o comportamento decorrente do papel que exerceu ou exerce dentro de determinada comunidade.

³⁵ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 53.

³⁶ Para Luhmann (1980, p. 54-55) a demonstração dependente de papéis é uma forma de coordenação da demonstração com estruturas sociais exteriores ao procedimento e que consiste na situação do indivíduo na família, numa igreja, num clube, num bairro ou em outras instituições.

³⁷ LUHMANN, 1980, op. cit., p. 55.

Isso, com certeza, também se aplica à testemunha, que ao depor sobre os fatos objeto do litígio, pronunciar-se-á dependentemente do papel que usufrui e ocupa na sociedade da qual faz parte abrindo-se daí possibilidades de julgamentos com maior liberdade visto que o magistrado receberá influências externas na tomada da decisão litigiosa resultante da diferenciação e da complexidade existentes hoje.

2.2 O SISTEMA AUTOPOIÉTICO

Já explicitado no item anterior o que seja um sistema, cumpre analisar o que seja o sistema autopoietico.

A teoria do sistema autopoietico nasceu com o estudo de dois biólogos, Humberto Maturana e Francisco Varela e surgiu na área das ciências naturais e não na área das ciências sociais onde se coloca o direito. Ambos tentavam explicar a vida e suas interações ajudando a dar à luz um novo modo de pensar – o pensamento sistêmico – em termos de conexidade, de relações, de contexto³⁸.

Guerra Filho referindo-se à autopoiese faz referência aos biólogos:

O conceito de “autopoiese” foi introduzido pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela (em “De máquinas y seres vivos”, 1973) para caracterizar os seres vivos, enquanto sistemas que produzem a si próprios (toautón poién). A extensão do conceito à teoria sociológica se deve a Niklas Luhmann.³⁹

Refere Maturana que a palavra autopoiese nasceu:

Da necessidade de uma palavra mais evocadora da organização do vivo que a expressão “organização circular” que captasse plenamente a conotação que eu dava ao falar da organização circular do vivo. A palavra autopoiese foi inventada para referirmos-nos à organização dos seres vivos. Eu a inventei. Eu a propus.⁴⁰⁴¹

³⁸ CAPRA, 1996, op. cit., p. 44.

³⁹ GUERRA FILHO, 1997, op. cit., p. 57.

⁴⁰ MATURANA, Humberto. Seres Vivos. *Autopoiese: a organização do vivo*. Tradução de Juan Acunâ Llorens. Porto Alegre: Artes Médica, 1997. P. 18-19.

⁴¹ Refere ainda o autor que em visita a um amigo, esse amigo tinha dúvidas se devia seguir o caminho da *práxis* (das armas)s, ou o caminho das letras, isto é, *da poieses*. (das letras). MATURANA (1997, p. 18).

Argumenta ainda o autor, sobre tal vocábulo:

Que pensou se poderia utilizar a palavra autopoiese de maneira exclusiva para referir-se à organização dos seres vivos. Mas considerou que não poderia, já que tal organização poderia ser realizada em muitos domínios diferentes, com diferentes tipos de componentes, e dar origem a muitas classes diferentes de sistemas nos quais a autopoiesis é incidental e não definitiva como o é no caso dos seres vivos, que existem somente enquanto sistemas autopoieticos moleculares.⁴²

Salienta-se que Maturana já via a possibilidade de ser usado o sistema autopoietico não apenas como classificação de seres vivos de sistema molecular, mas sim, em outros subsistemas dando à mesma idéia de organização. Para ele, a idéia de autopoiese serve também para ser utilizada nos sistemas sociais pelo fato de serem sistemas constituídos por organismos. Esclarece o autor que, neste caso:

É indubitável que os sistemas sociais sejam sistemas autopoieticos de terceira ordem pelo simples fato de serem sistemas constituídos por organismos, o que os define como o que são enquanto sistemas sociais, não é a autopoiese de seus componentes, mas a forma de relação entre os organismos que os compõem, e que notamos na vida cotidiana no preciso instante em que os diferenciamos em sua singularidade como tais ao usar a noção de sistemas social.⁴³

Já para Luhmann autopoiese significa que “um sistema reproduz os elementos de que é constituído, em uma ordem hermético-recursiva, por meio de seus próprios elementos”.⁴⁴

Quanto à etimologia e seu significado, assevera Mariotti que:

É um termo grego que significa produção. Autopoiese quer dizer autoprodução. A palavra surgiu pela primeira vez na literatura internacional em 1974, num artigo publicado por Varela, Maturana e Uribe para definir os seres vivos como sistemas que produzem continuamente a si mesmos. Esses sistemas são autopoieticos por definição, porque recompõem continuamente os seus componentes desgastados. Pode-se dizer, portanto, que um sistema autopoietico é ao mesmo tempo produtor e produto.⁴⁵

⁴² MATURANA, 1997, op. cit., p. 18.

⁴³ MATURANA, 1997, op. cit., p. 18.

⁴⁴ LUHMANN, Niklas. O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito. Seqüência n°. 28, junho/94, p. 15.

⁴⁵ MARIOTTI, Humberto. *Autopoiese, Cultura e Sociedade*. Disponível em: <<http://www.geocities.com/pluriversu>>. Acesso em: 5 de jan. 2007.

Para este autor, a noção de autopoiese já não é domínio apenas da biologia, mas acredita que:

A noção de autopoiese já ultrapassou em muito o domínio da biologia. Hoje, ela é utilizada em campos tão diversos como a sociologia, a psicoterapia, a administração, a antropologia, a cultura organizacional e muitos outros. Essa circunstância transformou-a num importante instrumento de investigação da realidade.⁴⁶

Ressalta-se, que, conforme Luhmann há distinção de três tipos fundamentais de sistemas auto-referentes que são: os sistemas vivos, os sistemas psíquicos e os sistemas sociais, sendo a comunicação a característica dos sistemas sociais.⁴⁷

Dessa forma, o processo judicial assim como os elementos probatórios são também constituídos de comunicação que interagem com a sociedade, lembrando que, para Rocha, “toda teoria dos sistemas se caracteriza por manter determinado tipo de relações com o meio-ambiente. A teoria da diferenciação afirma que somente os sistemas são dotados de sentido, sendo que o ambiente é apenas uma complexidade bruta. (...) e que a sociedade possui como elemento principal a comunicação”.⁴⁸

Salienta, ainda, o autor que:

Um sistema diferenciado deve ser simultaneamente, operativamente fechado para manter a sua unidade e cognitivamente aberto para poder observar a sua diferença constitutiva. Portanto, a sociedade possui como elemento principal a comunicação: a capacidade de repetir as suas operações diferenciando-as de suas observações.⁴⁹

Com isso, ao se analisar a relação processual frente à teoria sistêmica, observa-se que a relação processual interage com a sociedade através dos elementos probatórios atuando cognitivamente aberta às transformações sociais o que permite uma nova visão e uma nova forma de decisões adaptadas à nova sociedade e à complexidade do ambiente, “predispondo-

⁴⁶ MARIOTTI, 2007, op. cit.

⁴⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Ediciones paidós ibérica, S.A. 1990. p. 9-10.

⁴⁸ ROCHA, Leonel Severo. *Direito, Cultura política e Democracia*. Programa de Pós Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado.org. Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck São Leopoldo: Editoração Eletrônica Rafael Tarcísio Forneck, 2000. p. 153-155.

⁴⁹ ROCHA, 2000, op. cit.

se ao risco”⁵⁰. De forma que, indubitavelmente, o risco traz a diferenciação e desta diferenciação decorre a evolução da sociedade, pois que sendo diferenciadas as possibilidades, assim também o serão as decisões que a sociedade acatará.

Para Clam, a idéia de autopoiese segue essa mesma idéia e refere ainda, que “o termo autopoiese nasceu no seio da teoria biológica - do vivo - A percepção central é a de um sistema (uma totalidade organizada) que é capaz de reproduzir a partir de seus próprios elementos e cuja essência é consagrada à regeneração destes”.⁵¹

Nesta linha de pensamento infere-se que a idéia de autopoiese vinda das ciências naturais com base na observação de sistemas vivos que se auto-(re) produzem adequou-se às ciências sociais com Luhmann, não sem modificações, uma vez que os sistemas vivos têm como elementos as células e o sistema social tem como elementos comunicações⁵² que interagem com outros sistemas numa mesma sociedade. “Ao que parece, em Maturana a autopoiese se dá ao nível dos elementos, que se auto-produzem, enquanto em Luhmann se daria ao nível do sistema que auto-produziria seus elementos, a unidade formada por eles e, logo, também a si mesmo”.⁵³

Nesta dimensão Rocha, Schwartz e Clam, refere que “a autopoiese é um sistema (uma totalidade organizada) que é capaz de se reproduzir a partir de seus próprios elementos e cuja essência é consagrada à regeneração destes elementos”.⁵⁴ No entanto, o autor esclarece que não se pode confundir que um sistema autopoietico é um sistema que se cria por si mesmo por um tipo de *creatio ex nihilo*. Segue o autor referindo que:

A autopoiese é essencialmente uma problemática da continuação, no tempo, na efetuação, operação após operação ou acontecimento após acontecimento, de um sistema, ou seja, de uma performance funcional que se tornou autolimitante (i. e. autônomo).(...) A autopoiese não é nada mais que uma sucessão contínua de “impulsos” de uma operação a outras, nas quais se reúnem, de momento a momento, as construções da realidade que conservam e fazem perdurar o sistema.⁵⁵

⁵⁰ ROCHA, Leonel Severo. *Direito, Complexidade e Risco*. Seqüência nº 28 junho/94 p. 9

⁵¹ ROCHA, SCHWARTZ e CLAM, 2005, op. cit., p.,98.

⁵² GUERRA FILHO, Luhmann aponta para a diferença entre ele e Maturana no emprego do conceito de autopoiese, dizendo que o biólogo trata de sistemas vivos. Sistemas sociais, teriam como elementos comunicações, e produzem comunicações que não existem no ambiente, mas sim apenas na sociedade, enquanto sistema comunicativo global, onde sistemas parciais ou sistemas funcionais, aparecem como ambiente uns para os outros.op. cit., p.61.

⁵³ GUERRA FILHO. Idem, ibidem., 1997.

⁵⁴ ROCHA, SCHWARTZ e CLAM, 2005, op. cit., p. 98-99.

⁵⁵ ROCHA, SCHWARTZ e CLAM, 2005, op. cit., p. 105.

Segundo expõe Guerra Filho que argumentando sobre essa mesma idéia de o sistema se criar por si, explana que autopoiese é um sistema autônomo porque se dá ao nível do sistema que autoproduziria seus elementos:

Sistema autopoietico é aquele dotado de organização autopoietica, onde há a (re) produção dos elementos de que compõem o sistema e que geram sua organização, pela relação reiterativa (“recursiva”) entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente, mas sim por sua própria organização, isto é, pelo relacionamento entre seus elementos. Essa autonomia do sistema tem por condição sua clausura, quer dizer, a circunstância de o sistema ser “fechado” do ponto de vista de sua organização, não havendo “entradas” (inputs) e “saídas” (outputs) para o ambiente, pois os elementos interagem no e através dele, que é” como o agente que conecta as extremidades do sistema e o mantém fechado, autopoietico. (...) ⁵⁶

Dessa forma, o ambiente age como uma possibilidade para que o sistema se auto-(re)produza funcionando cognitivamente aberto às influências do ambiente interagindo com as modificações sociais.

Campilongo explica o sistema autopoietico referindo que “o sistema da sociedade moderna é diferenciado em sistemas especificados segunda a função. Cada um dos sistemas satisfaz a própria função e não pode ser substituído por outro. Daí brotam problemas relativos ao fechamento dos sistemas parciais e às prestações que eles oferecem aos outros sistemas sociais.”⁵⁷ O autor continua explanando sobre o fechamento operacional e a abertura cognitiva na teoria luhmanniana, demonstrando claramente o caráter autopoietico existente na abertura cognitiva do sistema aos demais subsistemas:

Fechamento de um sistema significa que, aos estímulos ou aos distúrbios que provenham do ambiente, o sistema só reage entrando em contato consigo mesmo, ativando operações internas acionadas a partir dos elementos que constituem o próprio sistema. Disto resulta a auto-referência e a autopoiese do sistema: o sistema produz e reproduz os elementos dos quais é constituído, mediante os elementos que o constituem. Os sistemas fechados são, porém, ao mesmo tempo, sistemas abertos, na medida em que a própria reprodução se dá em um ambiente sem o qual o sistema não poderia nem existir e nem se auto-reproduzir.⁵⁸

⁵⁶ GUERRA FILHO, 1997, op. cit., p. 59.

⁵⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 191.

⁵⁸ CAMPILONGO, 2000, op. cit., p. 191.

A partir da teoria sistêmica, o ser humano - essencialmente social - passa a ser parte de um complexo em que cada membro influi e é influenciado por outro havendo uma inter-relação entre eles cujas ações se complementam no sentido de se adequarem às mudanças que surgem na sociedade.

A visão sistêmica introduz grandes transformações na maneira como se interpretam os conflitos, pois que se parte de um âmbito generalizado, globalizado, inteiro. O ser humano não é um ser isolado, mas sim, membro de inúmeros outros grupos sociais. A diversidade de influências que recebe desse contexto adquire grande importância em todo o seu agir dentro e fora do grupo.

Nesta linha de idéias, enfatiza-se o caráter evolutivo e seu potencial transformador e de crescimento pessoal que poderá vir em favor do grupo, mas, por certo, também em seu detrimento.

Referindo-se ao sistema autopoietico, Mariotti explica e exemplifica da seguinte maneira:

Segundo Maturana e Varela, os seres vivos são determinados por sua estrutura. O que nos acontece num determinado instante depende de nossa estrutura nesse instante. A esse conceito, eles chamam de determinismo estrutural. A estrutura de um sistema é a maneira como seus componentes interconectados interagem sem que mude a organização. Vejamos um exemplo simples, referente a um sistema não-vivo — uma mesa. Ela pode ter seus pés encurtados, alongados ou reposicionados e seu tampo mudado de retangular para circular, sem que isso interfira na sua configuração. O sistema continuará sendo identificado como mesa (isto é, manterá a sua organização), apesar dessas modificações estruturais. No entanto, se desarticularmos os pés e o tampo e os afastarmos, o sistema se desorganizará e deixará de ser uma mesa. Dizemos então que ele se extinguiu. Da mesma forma, num sistema vivo a estrutura muda o tempo todo, o que mostra que ele se adapta às modificações do ambiente, que também são contínuas. Mas a perda da organização (a desarticulação) causaria a sua morte.⁵⁹

Considerando-se dessa forma compreende-se a evolução e a importante transformação que acarretarão mudanças que se centrarão nas diversas possibilidades de resolução de conflitos tendo por referencial a construção conjunta de novos caminhos e novas possibilidades para a solução das expectativas sociais.

Para Guerra Filho, a teoria sistêmica é extremamente atraente pela universalidade dos tempos atuais:

⁵⁹ MARIOTTI, 2007, op. cit, acesso 5 jan.2007.

É dotada de uma universalidade que a torna atraente em uma época como a nossa em que se busca reencontrar o “fio da meada”, perdido com a alta especialidade do conhecimento nos tempos modernos. A essa universalidade se associa uma outra característica sua que ao mesmo tempo é um dos conceitos básicos por ela empregados: a reflexividade. Por pretender uma universalidade, de tudo poder explicar, a teoria dos sistemas há de, por si mesma, explicar a si própria. Isso lhe confere uma terceira característica, que é também atribuída aos sistemas por ela estudados: a auto-referência.⁶⁰

Neste diapasão, observa-se que as provas funcionam como comunicações dentro da universalidade do sistema, pois que vindas da sociedade para o interior do sistema jurídico buscam (re) alimentar esse subsistema na medida em que a comunicação - átomo da autopoiese - se estabelece e circularmente (re) produza outras decisões gerando, de tal forma comunicação jurídica dirigida à sociedade em interação comunicativa reproduzindo, dessa forma, o direito através do código binário direito/não-direito. A força dos elementos probatórios, portanto, é passível de gerar outras possibilidades, oriundas da complexidade e contingência da sociedade pós-moderna, advindo daí, os riscos referentes às diferenciações.

Conforme se lê em Luhmann “o direito não pode ficar adstrito à mera tautologia de seu código funcional, na forma de: é direito isto que é legal. É preciso que ele tome referências externas como engate para sua autoprodução”.⁶¹ para tanto, o direito e seu processo precisa de elementos externos para se auto-produzir. Essa comunicação com o ambiente externo dar-se-á através dos fatos sociais que aportam ao processo como provas e evidências estabilizando as expectativas comportamentais dentro do processo jurídico.

2.3 O DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO

O direito como ciência social, inserido numa sociedade dinâmica em crescente evolução, “não é determinado por si próprio ou a partir de normas ou princípios superiores, mas por sua referência à sociedade”.⁶² e busca novos rumos para aplicar decisões e acompanhar os anseios das diferenciações e novas referências geradas pela sociedade.

⁶⁰ GUERRA FILHO, 1997, op. cit., p. 57.

⁶¹ LOPES, Dalmir Jr; LUHMANN, Niklas. *Do sistema Social à sociologia Jurídica*. Org. André e Dalmir Lopes Jr.-Jean-Arnaud. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 21.

⁶² LUHMANN, Niklas. op. cit. 1983. p. 34

Para Luhmann, essa referência não é interpretada no sentido tradicional de uma hierarquia de fonte do direito, mas é compreendida como uma correlação sujeita às modificações evolutivas, e que pode ser verificada empiricamente como uma relação de causa e efeito. E evolução é sempre concebida como elevação da complexidade social.⁶³

Expõe, ainda, Luhmann:

O direito resulta de estruturas sistêmicas que permitem o desenvolvimento de possibilidades e sua redução a uma decisão, consistindo na atribuição de vigência jurídica a tais decisões. (...) A relevância estrutural disso reside em que a vigência do direito, por mais rigorosa que seja a cadeia causal, estará referida a um fator variável: Uma decisão.⁶⁴

Nesse sentido, as decisões, para serem eficazes, devem acompanhar a diferenciação da sociedade seguindo a perspectiva de futuro, de não estabilidade, de alterações constantes, pois a sociedade, centro do sistema social, não é estanque é um sistema aberto com infinitas possibilidades.

Ressalte-se que o sistema referido em Luhmann é cognitivamente aberto aos fatos sociais, mas operativamente fechado de forma que o direito opera com as estruturas do sistema jurídico.

Salienta Teubner que o direito ao ser aplicado no mundo social deve adequar-se ao caso concreto exterior:

A problemática atual da produção legislativa do direito encontra nesta dupla autonomia – apoiésis do direito e autopoiesis dos subsistemas sociais – o seu verdadeiro desafio. Se autonomia significa, por definição, auto-regulação então como é possível à legislação enquanto hetero-regulação? A legislação deve também ser vista como um processo que ocorre exclusivamente no interior do sistema do direito. (...) Mas quando se tratar de aplicar no contexto social as pretensões jurídicas concretas o agente executor não pode continuar a conduzir-se exclusivamente dentro dos confins teóricos do sistema jurídico, devendo em determinado momento saltar para o mundo exterior. As coisas tornam-se mais difíceis sempre que seja necessário ao direito ultrapassar o mero caso individual e exercer uma influência mais vasta e sistemática sobre o seu meio envolvente, isto é, quando seja requerida a introdução de um controle e regulação efetivos.⁶⁵

⁶³ Idem, Ibidem., 1983.

⁶⁴ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito II, 1985. p. 8.

⁶⁵ TEUBNER, 1989, op. cit., p. 142-143.

Conseqüentemente, observa-se daí, a necessidade do sistema social para todos os subsistemas, a ponto de Teubner referir que “se o sistema político instrumentaliza o direito como uma técnica de controle social, torna-se necessário a este último desenvolver laços com a realidade social”.⁶⁶

Incontestável afirmar que as mudanças estruturais que ocorrem na sociedade também modificarão fundamentalmente as estruturas normativas do direito, pois sua abertura cognitiva permite a interação com o ambiente em que o sistema social complexo (re)alimenta o subsistema do direito. E essa complexidade exige cada vez mais subsistemas, que se diferenciam criando outros subsistemas e assim sucessivamente.

Assevera Amado que: “a idéia da complexidade traz consigo o ensejo de que o campo ilimitado do mundo do possível (paradoxo) não é um mundo real. Com isso, serão as equivalências funcionais as responsáveis pela possibilidade fática do desvelamento dado pela observação”.⁶⁷

Para Rocha, Schwartz e Clam, seguindo a mesma linha de idéias:

A complexidade é, então, reconstruída a partir de outro prisma: a de sua redução. É sua redução que, paradoxalmente, permite a evolução social, e mais: é o que permite toda a origem da interação social. (...) o mundo apresenta mais possibilidades do que o senso-humano pode perceber. O mundo é complexo demais para sua capacidade sensitiva.⁶⁸

Deduz-se, por oportuno, às palavras de Schwartz que o processo judicial é algo complexo e, na maior parte das vezes, de grande amplitude temporal. Para que seja reduzida essa complexidade ocasionada pelas mudanças sociais, tem-se no elemento probatório a contribuição que estabilizará as expectativas, permitindo a interação da sociedade com a própria lide, possibilitando a evolução do caso processual aliado a descomplexização social. Quanto maiores às modificações estruturais da sociedade maiores as modificações do direito e de seu procedimento.

⁶⁶ Idem. Ibidem., 1989.

⁶⁷ AMADO apud ROCHA, SCHWARTZ E CLAM, 2005, op. cit., p. 69.

⁶⁸ ROCHA, SCHWARTZ e CLAM, 2005, op. cit., p. 69-70.

Para Teubner, neste diapasão, as mudanças estruturais da sociedade modificam o direito, pois que não é o legislador que cria os sistemas sociais, mas os sistemas que criam sua ordem veja-se:

Temos que abandonar neste domínio a velha idéia de causalidade linear, segundo a qual as normas jurídicas produziriam diretamente mudanças sociais em favor de uma idéia de causalidade circular interna, sujeita a influências “modeladoras” e a “choques exógenos”. Temos que abandonar também, a visão do processo legislativo como constituindo primariamente uma espécie de emissor de informação para os sistemas sociais, já que não é o legislador que cria ordem nos subsistemas sociais, mas são os próprios subsistemas que, lançando mão seletiva e arbitrariamente daquela, criam a sua própria ordem.⁶⁹

Isso caracteriza a forma de sociedade do terceiro milênio como um “sistema social hipercomplexo dominado pela complexidade e contingência”⁷⁰, gerando uma constante reestruturação dos critérios a serem usados nas decisões, podendo ser escolhidas, ainda, outras possibilidades, também, adequadas dada à contingência e a complexidade. Assim, uma decisão não afasta as demais possibilidades.

Luhmann, neste sentido, considera que as possibilidades trazem a idéia de tempo:

Essa presentificação da possibilidade de modificação de qualquer direito implica em uma concepção abstrata do tempo. Ela pressupõe um nivelamento do tempo no sentido de que em termos temporais se torna irrelevante a partir de que momento o direito é estatuído. (...) A duração da vigência perde toda a importância para a qualidade e o vigor da força vinculativa do direito (...) Não há direito novo ou antigo, mas a questão reduz-se à vigência ou não de determinadas normas jurídicas, e só no contexto dessa questão que vigora a regra decisória da suposição de que o legislador pode revogar as disposições em contrário do direito anterior.⁷¹

Essas possibilidades são as chamadas expectativas e fornecem ou proporcionam resoluções as mais diferenciadas para a compreensão e a tomada de decisões, ou seja, há a disponibilidade de outros caminhos para a solução do mesmo problema, conforme já referido antes.

⁶⁹ TEUBNER, 1989, op. cit., p. 150-151.

⁷⁰ ROCHA, SCHWARTZ e CLAM, 2005, op. cit., p. 44.

⁷¹ LUHMANN, 1985, op. cit., p. 9.

Referindo-se, também, às possibilidades de escolha, Rocha, Schwartz e Clam, assevera que:

O mundo apresenta mais possibilidades de escolha do que somente aquela que foi selecionada (complexidade). Por outro lado, esse fato leva a uma necessidade de decisão, contingente por natureza. Ademais, essa decisão não dá garantia alguma de que era a decisão correta: dupla contingência⁷² Uma vez que o direito é um subsistema funcional da sociedade, ele apresenta como características suas tanto a complexidade como a dupla-contingência. Para que haja uma suportabilidade a respeito da incerteza advinda da dupla contingência, a sociedade contemporânea adquire uma estrutura de expectativas muito mais complicada do que nas sociedades de contingências simples⁷³.

Dessa forma, Luhmann acredita que “cada um pode ter uma expectativa sobre a expectativa do outro”⁷⁴ ao que ele chama de “dupla contingência”⁷⁵, como já observado anteriormente. Assim, analisando-se essa idéia sobre expectativas do outro e dupla contingência parece claro que na audiência judicial para coleta de provas e onde a maioria dos elementos probatórios é apresentada, onde são discutidos os fatos vindos ao processo, segundo já afirmado quando se tratou dos princípios da teoria da prova, busca-se a certeza jurídica para a resolução do caso. A audiência, portanto, possibilita ao julgador e às partes dentre as contingências que produzem o risco e através da comunicação, a coleta de informações necessárias para a compreensão e resolução do conflito, pois segundo Rocha, “somente a comunicação pode produzir comunicação”.⁷⁶ Das comunicações – provas - ali produzidas surgem às possibilidades selecionadas como melhor resolução para o conflito, para o alívio das expectativas preconizado por Luhmann.

Conforme as mutações da sociedade e do tempo vigente esta seleção de soluções possíveis é modificável buscando reestruturar e adequar o direito às expectativas⁷⁷. Logo, o direito não é um ordenamento coativo, mas o alívio das expectativas, e seu objetivo é decidir e não solucionar. Luhmann refere ainda, que “o conceito de direito não é só o *estatuído*

⁷² Para Luhmann (1983, p. 150-151), a contingência simples se evidencia como um estado de coisas já ordenado. A atualização da experiência esperada depende não só de mim mesmo, mas também de que o mundo coloque essa possibilidade à minha disposição e não a modifique até que eu a alcance.

⁷³ ROCHA, SCHWARTZ e CLAM, 2005, op. cit., p. 77.

⁷⁴ LUHMANN, 1983, op. cit., p. 48-49.

⁷⁵ LUHMANN. Idem, ibidem., 1989.

⁷⁶ ROCHA, 2000, op. cit., p. 154.

⁷⁷ ROCHA, 2000, idem., ibidem.

através de decisões, mas também *vige* por força de decisões (sendo então contingente e modificável)”⁷⁸.

As inúmeras possibilidades de decisões diferentes e adequadas demonstram que o direito é construído sobre expectativas⁷⁹. Mackai refere sobre expectativas que:

Na experimentação, a complexidade e a contingência de outras possibilidades aparecem estruturalmente imobilizadas como “o mundo”, e as formas comprovadas de seleção relativamente imune a desapontamentos aparecem como o sentido cuja identidade pode ser apreendida – por exemplo, como coisas, homens, eventos, símbolos, palavras, conceitos, normas. Nelas se ancoram as expectativas. Neste mundo complexo, contingente, mas mesmo assim estruturalmente conjecturável existem, além dos demais sentidos possíveis, outros homens que se inserem no campo de minha visão como “alter ego”, como fontes eu - idênticas da experimentação e da ação originais. (...) As possibilidades atualizadas por outros homens também se apresentam a mim, também são minhas possibilidades. (...) Com isso adquire a chance de absorver as perspectivas dos outros, ou de utilizá-las no lugar das minhas, de ver através dos olhos dos outros, de deixar que me relatem algo, e dessa forma ampliar meu próprio horizonte de expectativas. (...)⁸⁰

Essas possibilidades atualizadas por outros homens, compõem as comunicações presentes na teoria dos sistemas que pressupõe uma circularidade de comunicações que (re) alimentam os sistemas (re) produzindo decisões garantidas pelo sistema cognitivo aberto constituindo uma lógica que articula a repetição e a diferença. De forma que seguindo lição de Rocha, “do ponto de vista sistêmico, pode-se afirmar que o sistema do Direito é operativamente fechado e cognitivamente aberto ao mesmo tempo. É um sistema autopoietico, isto é, reproduzem de forma condicional os seus elementos diferenciando-se de suas conseqüências cognitivas”⁸¹.

A contingência, que é a possibilidade de várias decisões, oportunizada pela abertura cognitiva do sistema, permite que o direito não seja estagnado, pois a decisão não afasta as demais possibilidades. Com isso, o direito, que é reflexivo⁸², convive com a contingência, sendo válido por que pode ser modificado. Logo, deduzem Rocha, Schwartz e Clam, o direito

⁷⁸ LUHMANN, 1983, op. cit., p.10.

⁷⁹ Nas expectativas cognitivas os desapontamentos são adaptados à realidade. Nas expectativas normativas a expectativa não é abandonada quando alguém a agride. p. 53.

⁸⁰ MACKAI apud LUHMANN, 1983, op. cit., p. 47.

⁸¹ ROCHA, SCHWARTZ e CLAM, 2005, op. cit., p. 47.

⁸² Ver nota 15.

diferenciado no sentido temporal não será ineficaz, por ser modificável e integrável ao processo de globalização⁸³.

Seguindo neste diapasão assevera o autor, que “todas as seleções, por serem expectativas, contêm, ínsitas, a possibilidade do desapontamento, que, todavia, deve ser amenizado e trabalhado a partir da aceitabilidade dos riscos”⁸⁴ De forma que, analisando-se o aspecto dos elementos probatórios vindos à audiência e, conseqüentemente, ao processo, a atividade do julgador será de selecionar os fatos que considera mais adequados para formar seu convencimento e a certeza jurídica levando em consideração que sua decisão será uma decisão de risco, pois que a seleção trará a possibilidade de desapontamento.

Discorrendo sobre expectativas de expectativas e alívio de expectativas Luhmann refere que:

No processo cotidiano de comunicação o processo de seleção ocorre inicialmente na medida em que alguém escolhe uma comunicação entre diversas outras comunicações possíveis, e o seu destinatário trate o que foi comunicado não mais como seleção, mas sim como fato, ou como premissa de suas próprias seleções, ou seja, incorporando a escolha do outro no resultado da seleção prévia.⁸⁵

Ainda nesta perspectiva de possibilidades e desapontamentos, Rocha aborda a questão da paradoxalidade, pois que as indeterminações da sociedade são passíveis de produzirem a justiça e a injustiça desestabilizando o estável:

A sociedade moderna possui condições de controlar as indeterminações, ao mesmo tempo, que não cessa de produzi-las. Isto gera um paradoxo na comunicação. A sociedade contemporânea é constituída por uma estrutura paradoxal, na qual se amplia a justiça e a injustiça, o direito e o não direito, a segurança e a insegurança, a determinação e a indeterminação. Em outras palavras, nunca a sociedade foi tão estável e nunca a sociedade foi tão instável, pois a lógica binária não tem mais sentido na paradoxalidade comunicativa.⁸⁶

⁸³ ROCHA, SCHWARTZ e CLAM, 2005, op. cit., p. 13. Na sociedade moderna, diferenciada, não se pode mais pensar em critérios de verdade necessária ou impossível, mas somente possível. A forma de sociedade moderna tem de enfrentar assim a complexidade produzida pela possibilidade de se tomarem decisões sempre diferentes. (...) Não é mais possível se manter a concepção medieval dominante de Direito, o Direito natural: Direito eterno, imutável, indiferente às transformações sociais. O Direito moderno, ao contrário, para sobreviver na sociedade indeterminada será um Direito positivo. Um Direito diferenciado e construído por decisões.

⁸⁴ ROCHA, SCHWARTZ e CLAM, 2005, op. cit., p. 78.

⁸⁵ LUHMANN, 1983, op. cit., p. 54.

⁸⁶ ROCHA, SCHWARTZ e CLAM, 2005, op. cit., p. 13.

Por essa razão, ocorrendo mudanças na sociedade, modificando-se as concepções dominantes, conseqüentemente, haverá a quebra de paradigma e a busca por novos parâmetros que deverão tornar o direito mais eficaz e atual, capaz de solucionar os conflitos da pós-modernidade.

Observando, neste diapasão, que a atividade processual também recebe influência direta do direito, inevitavelmente receberá influência social buscando a mesma necessidade de adequar-se à pós-modernidade.

Cada tomada de decisão é uma expectativa, segundo Luhmann, é uma probabilidade de resultados diferenciados, veja-se:

Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo *complexas* e *contingentes*. Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível (...). Em termos práticos, *complexidade* significa seleção forçada, e *contingência* significa perigo de desapontamento e necessidade de assumirem-se riscos.⁸⁷

Dá-se uma transição com os avanços da informática aliada aos meios de comunicação que instantaneamente transmitem imagens e informações a todas as partes do mundo⁸⁸. Com isso, há uma redução das distâncias e o tempo parece correr⁸⁹.

Importante ressaltar aqui, palavras de Hamlet quanto ao espanto suscitado pelas mutações de nossas representações mais atuais, ou seja, o tempo social: “O tempo saiu de seus eixos,”⁹⁰ diz Hamlet.

Para Ost esta realidade acelerada que o tempo impõe hoje demonstra que:

⁸⁷LUHMANN, 1983, op. cit., p. 45-46.

⁸⁸ Inegável a existência de uma sociedade mundial em alguns aspectos, quais sejam na comunicação, na paz mundial, nas relações econômicas, na ciência, na tecnologia. E m especial, as relações econômicas ligam todas as partes do planeta, criando uma interdependência que pode provocar crises. Com relação à produção política das decisões, permanecem em limites restritos. Ibid., p. 154.

⁸⁹ Ver nota 91 infra.

⁹⁰ Hamlet citado por Ost que se referindo a idéia de transformações e mudanças, diz que essa frase poderia introduzir nosso propósito e sugerir alguma coisa do espanto suscitado pelas mutações de nossas representações mais atuais, o tempo social. De fato, tudo se passa como se tivéssemos nos soltado do eixo diacrônico que reata o presente ao passado e ao futuro, e que nosso presente, infinitamente dilatado, ocupasse doravante, qualquer espaço disponível. Seria o reinado do instante, ou antes, da eternidade. Entra-se na era do efêmero eterno. OST, François. *O tempo do direito*. Bauru/SP: Edusc, 2005. p 327.

Tudo se passa como se tivéssemos nos saltado do eixo diacrônico que reata o presente ao passado e ao futuro, e que nosso presente, infinitamente dilatado, ocupasse doravante, qualquer espaço disponível. Seria o reinado do instante, ou antes, o da eternidade. Uma coisa é certa: este tempo não é mais o da duração, da expectativa, do projeto paciente e da longa memória. (...) ele é remetido do longo prazo ao curto prazo e, deste, ao imediato. (...) entramos na era do efêmero eterno.⁹¹

Quanto à urgência do tempo, refere o autor, que nascem inquietações e insatisfações ante as incertezas oportunizadas pelas contingências e possibilidades, pois, por certo que a segurança de uma única solução possível desaparece, de forma que:

Esse estado de urgência, termo que aparece no século 18, surgiu inicialmente no contexto medicinal: fala-se em “atendimento de urgência” do hospital, aquele em que se impõe um atendimento “imediatamente”. Então, a urgência conota simultaneamente uma idéia de inquietações face ao risco grave e iminente e uma idéia de transgressão a respeito das instituições e das maiorias de fazer habitual.⁹²

Quanto às mudanças oriundas das necessidades sociais e que possibilitam ou mesmo impelem a modificação do sistema jurídico, Luhmann observa que há de se buscar um novo parâmetro para se compreender o direito:

As mudanças que ocorrem através das necessidades sociais passam a modificar o direito, de maneira que o tempo onde se desenvolvem as ações do homem seja um dos aspectos da estrutura social que também vai se alterar, com a vivência experimentada. Nele, as interdependências entre direito e sociedade constituem o plano onde se podem fazer escolhas. Por esta razão, no planejamento social da forma jurídica passa-se a admitir um novo entendimento do direito, por meio do tempo e do planejamento.⁹³

Em excelente artigo, Rocha manifesta que “a função do Direito é reduzir a complexidade por meio da construção da sociedade, fornecendo os valores fundamentais para o questionamento. Se o direito não conseguir estruturar-se, as dificuldades temporais serão

⁹¹ OST, 2005, op. cit., 327-328.

⁹² OST, 2005, Idem, ibidem.

⁹³ LUHMANN, 1985, op. cit., p. 166.

cada vez maiores”⁹⁴. Observa-se a necessidade sugerida por Rocha de o Direito adequar-se às modificações temporais, pois que o tempo social é célere e o Direito deve acompanhá-lo.

Salienta ainda, o autor, quanto à idéia de tempo e direito que a globalização exige, hoje, maior velocidade, inclusive e, principalmente, nas decisões judiciais:

Na globalização as decisões têm que ser tomadas de maneira urgente, mais rápidas, dificultando a idéia do questionamento, que tem que ligar o passado, e, ao mesmo Tempo desligar o passado, de ligar o futuro e ao mesmo Tempo desligar o futuro, tentando com que o direito ainda ocupe esse papel⁹⁵.

Dessa forma, na sociedade pós-moderna, tudo se realiza em tempo menor devido à aceleração dos movimentos. As modificações evolutivas produzem a elevação da complexidade social, que segundo Luhmann “significa a obrigação da seleção, a obrigação da seleção significa a contingência, e a contingência significa o risco”⁹⁶ e para Luhmann “o risco pode gerar um fator de medo e insegurança porque o sistema reintroduz a complexidade”⁹⁷ as incertezas, o não-previsível.

Segue o autor observando que a variabilidade das decisões criam situações inevitáveis compatíveis com as inúmeras possibilidades devendo o direito ser compatível e dinâmico a tais soluções:

O direito surge então como um elemento codeterminante e codeterminado desse processo de desenvolvimento. (...) Ele o fomenta ao adaptar-se a suas necessidades. Essas necessidades, porém, apontam para uma maior complexidade e variabilidade social: a sociedade torna-se mais rica em possibilidades; com isso o seu direito tem que ser estruturalmente compatível com um número maior de possíveis situações e eventos.⁹⁸

O direito e obviamente o seu procedimento precisam acompanhar a realidade, uma vez que se evidencia a incapacidade de o ordenamento jurídico absorver a urgência que a

⁹⁴ ROCHA. Leonel Severo. *A Construção do Tempo pelo Direito*. Programa de Pós Graduação em direito. Mestrado e Doutorado. Org. Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: Editora Eletrônica Rafael Tarcísio Forneck, 2003, p 317.

⁹⁵ ROCHA, 2003, Idem ibidem.

⁹⁶ ROCHA, 2003, Idem. Ibidem.

⁹⁷ LUHMANN, 1983, op. cit., p.77.

⁹⁸ LUHMANN, 1983, op. cit., p.33.

realidade impõe às demandas ou torná-las razoavelmente administradas dentro de um contexto de alterações constantes, ocorrendo um choque entre a letra da lei e os fatos, entre a lógica do sistema dogmático e a lógica das ações e do tempo sociais. Daí a importância de se compreender o sistema aberto em sua cognição com o mundo adequando-se à realidade em movimento, observando-se o tempo social em contraponto ao tempo do direito.

Rocha salienta de forma brilhante que:

Há institutos como o Direito de Família, Penal, Trabalho que foram constituídos pelo Tempo do Direito para terem duração historicamente, e que estão sendo hoje desinstitucionalizados. Por isso o Poder Judiciário tem dificuldades e necessidades de recorrer à mediação e outras formas de solução de conflitos diferentes, porque a maneira como foi organizada a sociedade para enfrentar esse tipo de institucionalização evidentemente tem que ser alterado.⁹⁹

Alude-se aqui, à possibilidade de o Direito tornar-se ineficaz porque anacrônico. Uma vez que a sociedade altera-se numa velocidade vertiginosa, o aplicador da norma também deve ser capaz de tomar decisões de proporções idênticas.

Pode-se inferir que o art. 335¹⁰⁰ do CPC que possibilita ao julgador o uso das regras de experiência quando não há normas particulares quando ao caso a decidir, já antevê uma possibilidade de tornar a atividade processual mais célere, mais ao tempo da sociedade, pois que institucionaliza os conhecimentos advindos da experiência do julgador como uma possibilidade de redução da complexidade e seleção de expectativas.

A complexidade entendida como a totalidade das possibilidades que se distinguem para a vivência real indica que, existindo outras possibilidades de decisão deve ser feita uma seleção dentre possibilidades que podem se realizar e, diante disso, é viável que surja o risco como fator advindo da seletividade para a resolução de conflitos, e de outras alternativas que poderiam ter sido experimentadas para a resolução do mesmo conflito.

Neste diapasão, Rocha referindo-se ao risco acrescenta que:

⁹⁹ ROCHA, 2003, op. cit., p. 318.

¹⁰⁰ “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.” Integra do artigo 335 do Código de Processo Civil.

O risco é um evento generalizado da comunicação, sendo uma reflexão sobre as possibilidades da decisão. Na literatura tradicional, o risco vem acompanhado da reflexão sobre a “segurança”. Nesta ótica, Luhmann prefere colocar o risco em oposição ao “perigo”, por entender que os acontecimentos sociais são provocados por decisões contingentes.¹⁰¹

Para Luhmann a complexidade social, porque traz diferenças, necessita de soluções diferenciadas, veja-se:

Na medida em que cresce a complexidade da sociedade no decurso do progresso civilizacional, aumentam os problemas carecendo de solução e, portanto, têm de se ultrapassar as formas antigas de acordo espontâneo e confirmação do que é exato. Essas formas são substituídas por mecanismos de criação e estabilização de símbolos, mecanismos esses indiretos e mais generalizados.(...) A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento de consenso. (...) Dessa forma as dificuldades deslocam-se para o conceito da aprovação ou da aceitação.¹⁰²

Importa destacar que essas soluções diferenciadas e comentadas por Luhmann trazem contingências e riscos, consoante observação anterior, e para Di Giorgi o risco representa uma relação com o futuro, uma espécie de evolução:

O risco não é nem uma condição existencial do homem, muito menos uma categoria ontológica da sociedade moderna, e tampouco o resultado perverso das características das decisões, uma modalidade da construção de estruturas através do necessário tratamento das contingências. É uma modalidade da relação com o futuro; é uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade.¹⁰³

Assevera Luhmann que a presença da diferenciação é que produz o risco, e dificulta o desvelar da verdade da afirmação dos fatos a serem provados:

¹⁰¹ ROCHA, SCHWARTZ e CLAM, 2005, op. cit., p 36.

¹⁰² LUHAMN, 1980, op. cit., p.30-32.

¹⁰³ DI GIORGI, Raffaele. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. *O risco na sociedade contemporânea*. Seqüência, n°. 28, junho/94 p.53.

A diferenciação aumenta as dificuldades da decisão. Priva o procedimento jurídico de inúmeras probabilidades de simplificação. Cada procedimento tem de principiar sob convicção prévia de que qualquer coisa pode, dentro do vasto quadro dos fatos gerais e conhecidos, ser outra coisa. A sentença não pode ser tão facilmente obtida a partir de preconceitos. No lugar de preconceitos que tem entrar pré-conceitos, no sentido de idéias pré-concebidas ou decisões legais que já não estabelecem o caso isolado e deixam em suspenso, sobretudo a questão da verdade da afirmação dos fatos.¹⁰⁴

Quanto a isso, por mais que o magistrado realize seu julgamento baseado nos fatos sociais vindos ao processo, não há como assegurar a presença da verdade em seu julgamento. Pois que sendo a decisão judicial uma seleção que diminui a complexidade eliminando expectativas, impossível afirmar que há segurança jurídica na sua escolha, pois que uma decisão não afasta as demais possibilidades, havendo outros caminho a serem percorridos para a solução do mesmo problema.

A pós-modernidade “cujos valores segurança, estabilidade, e a certeza foram substituídos na pós-modernidade, respectivamente pelo risco, pela evolução e pela complexidade”¹⁰⁵, traz consigo uma sociedade mundial globalizada.¹⁰⁶

De forma que, as certezas da dogmática jurídica dão lugar a possibilidades e a imprevisibilidades. Não há mais apenas uma única resposta neste mundo plural, mutável e em constante movimento que se vislumbra hoje. As possibilidades de alterações sociais e a própria mutabilidade da sociedade geram expectativas que aumentam a complexidade.

Com isso, observa-se que o sistema social, pela sua diferenciação é aberto a alternativas inúmeras sendo necessárias técnicas de seleção nos subsistemas capazes de simplificar decisões tornando-as mais atuais.

Com isso, giza-se que o Direito, ao evoluir com a sociedade, torna-se eficaz e atual, atendendo às exigências do mundo em transformação. Logo, para evoluir com a sociedade, o direito deve ser repensado e reavaliado dentro do sistema social para que as decisões geradas não sejam anacrônicas, mas sim, que se tornem capazes de enfrentar a diferença que a sociedade globalizada ou pós-moderna produz já que a evolução da sociedade se dá com a diferenciação.

¹⁰⁴ LUHMANN, 1980, op. cit., p. 58.

¹⁰⁵ MÁDCHE, Flavia Clarici. Introdução à teoria sistêmica. *Anuário do programa de pós-graduação*. São Leopoldo, 2003. p.102.

¹⁰⁶ Os motivos que conduziram a essa situação planetária situam-se na transição para a diferenciação funcional no sistema social, onde religião, economia, educação, pesquisa, turismo e comunicação romperam os limites do território social em que surgiram e se expandiram a nível mundial. LUHMANN (1985, p. 155).

Para Rocha, a problemática da defasagem temporal é um bloqueio:

A defasagem temporal se relaciona com a não-operacionalidade. Esse bloqueio se dá quando os juristas tomam decisões sem considerarem a questão do tempo diferente da sociedade e decidem conforme o tempo do direito e a programação dominante; neste sentido acentua uma repetição. Ao se assinalar a repetição de decisões, fica-se fora da produção da diferença.¹⁰⁷

O direito deve trazer certa congruência às expectativas que os indivíduos têm dentre as possibilidades inúmeras de comportamento social que podem ser adotadas por eles diminuindo, dessa forma, os conflitos oriundos da sua convivência nos diversos subsistemas. Guerra Filho associando ciência e natureza observa que “o sistema jurídico integra, o “sistema imunológico” das sociedades, imunizando-as de conflitos entre seus membros”.¹⁰⁸ Com a tarefa de o direito imunizar a sociedade contra conflitos, continua o autor referindo que:

Isso, é feito não pela negação dos conflitos, assim como os sistemas vivos se imunizam das doenças com seus germes. Para tanto a complexidade da realidade social, com sua extrema contingência, é reduzida pela construção de uma “para-realidade”, codificada a partir do esquematismo binário “Direito/ não direito” (ou lícito/ilícito - Rech/ Unrecht), onde se prevêm os conflitos que são conflitos para o direito e se oferecem as soluções que são conformes ao direito.¹⁰⁹

Observa-se que essa noção de autopoiese advinda das ciências naturais, de os próprios germes imunizarem as doenças que produzem, traz para o sistema social a mesma idéia, de forma que sendo o direito um subsistema da sociedade, e, portanto, parte dela, “desenvolve-se reagindo apenas aos seus próprios impulsos, embora estimulado por irritações provindas do ambiente social”¹¹⁰. Com isso o autor reforça a noção existente de paralelismo entre ciências naturais e Direito, por serem ambos, elementos de “segurança e estabilidade no sistema social global”.¹¹¹

O autor, no entanto, coloca algumas diferenças radicais entre expectativas normativas, que são garantidas pelo direito e expectativas cognitivas garantidas pela ciência:

¹⁰⁷ ROCHA, 2000, op. cit., p.197.

¹⁰⁸ GUERRA FILHO, 1997, op. cit., p. 63.

¹⁰⁹ GUERRA FILHO, 1997, op. cit., p. 63.

¹¹⁰ GUERRA FILHO, 1997, op. cit., p. 64.

¹¹¹ Idem, Ibidem, 1997.

Uma vez que essas, ao se verem frustradas pela realidade devem procurar se adequar aos fatos que as frustram, enquanto que as expectativas normativas, ao contrário, são concebidas para se manterem contrafaticamente, ou seja, mesmo depois de frustradas. Não obstante haja entre as expectativas cognitivas e normativas uma interpenetração, pode se reconhecer na ciência uma estrutura normativa responsável pela manutenção de conhecimentos adquiridos, que não mais se coadunam com resultados de pesquisas mais acuradas. Na mesma linha de idéias o autor coloca que para o direito cumprir sua função normativa dispõe, também, de uma estrutura cognitiva que dá conta do descumprimento de suas normas.¹¹²

Quanto a isso Luhmann considera que:

As normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. E o seu sentido implica a incondicionabilidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e, portanto, também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma.¹¹³

Quer nos parecer que essas expectativas cognitivas são também formadas pela experiência do julgador que atribui valoração ao seu conhecimento de mundo, ao seu conhecimento não-acadêmico que ao julgar busca elementos na própria realidade - que a ela retornam como decisões - para produzir o que Luhmann chama de alívio das expectativas, pois que através dos conhecimentos adquiridos em sua vida traz da sociedade comunicações que através da abertura cognitiva tecem e (re) alimentam o subsistema do direito.

Também, inolvidável, que terceiros, não interessados na lide, agem dentro do processo produzindo comunicações para as decisões judiciais. Assim o perito, que através de seus conhecimentos técnicos vem ao litígio portando esclarecimentos necessários à convicção judicial trazendo de fora do subsistema do direito provas para o direito em questão, para o caso concreto que se desenrola. Não obstante a prova pericial ser idônea, ao juiz é facultada a prerrogativa de não formar seu convencimento com os resultados do laudo pericial como lhe faculta o art. 436 do CPC, pois que, tal ditame abre-lhe a possibilidade de “formar sua convicção com outros elementos”¹¹⁴. Então, surgem as contingências que desestabilizam as partes. Há expectativas.

¹¹² GUERRA FILHO, 1997, op. cit., p.65.

¹¹³ LUHMANN, 1980, op. cit., p. 48.

¹¹⁴ Art. 436: O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

Infere-se disso, que há expectativas outras para a resolução de um conflito, podendo o julgador convencer-se, ou já estar convencido, e não fazer uso no seu *decisun* da prova técnica. Deduz-se, portanto, que o magistrado sempre poderá incluir na sentença elementos identificados por sua experiência e senso comum, embora nem sempre isto apareça na motivação do decisório.

A partir dessa noção de interação e evolução, diferença e tempo social, possível através da abertura cognitiva do sistema social aos demais subsistemas o direito se (re) constrói para uma nova realidade, e somente assim, acontecerá a (re) estruturação e a interação que suprirá as insuficiências e problemas existentes quanto à consonância entre as decisões jurídicas e a sociedade transformada, pois a complexidade, a contingência, a diferenciação e o fechamento operacional, demonstram que pela abertura cognitiva do direito, ele se torna dinâmico e servirá como redutor da complexidade.

O direito identifica pessoas ou coisas em situação atual necessariamente correta, com base em uma estrutura de significados. Destarte, “o direito é um mecanismo de controle do futuro, de negação do futuro, um mecanismo de repetição, [...]. O direito é uma grande estratégia conservadora de repetição da sociedade”.¹¹⁵ Com isso, o futuro representa a continuidade desse presente, assim como o passado se torna presente através de vínculos concretos com o que já passou, mas não pode ser dado como encerrado, resolvido.¹¹⁶

Nas sociedades antigas, e crê-se, ainda hoje, a ação jurídica apresentava-se como reação ao passado, pois que se comunicava por decisões anacrônicas, através de frustrações, sem comprometer-se com as expectativas da ação humana tendo em vista o presente e o futuro.

Neste aspecto, Luhmann preconiza:

¹¹⁵ROCHA, 2001, op. cit., p. 129.

¹¹⁶LUHMANN, 1985, op. cit., p.166.

Até que ponto o futuro poderia ser experimentado no horizonte temporal do cotidiano, e que medida dele poderia ser visível como arbítrio de possíveis intervenções capazes de interromper a segurança do presente, a consciência de evolução e a prática política de planejamento da sociedade através de meios jurídicos passam a incorporar a sociedade interdisciplinarmente. O que faz com que a experiência humana não fique sujeita ao acaso. Um direito penal que não foi suficientemente resguardado passa a ser um meio inadequado, visto que a culpa é uma experiência temporal onde o passado não se resolve por si mesmo, aquilo que está feito, está feito, mas pode ser resolvido, e a relevância jurídica refere-se justamente à solução de um passado distante, não como critério para a prevenção do futuro. Diferenciando-se, assim o futuro da continuidade da vida atual.¹¹⁷

Analisando a questão de se elaborar um contrato no presente, mas que produzirá efeitos no futuro, Luhmann considera que as sociedades desenvolvem contratos acordados no presente com compromissos futuros, comprometendo-se normativamente, com a possibilidade de se exigir seu cumprimento no futuro. Veja-se:

No momento da elaboração do contrato, ou seja, no presente, o futuro ainda não é visto como uma seqüência infinita e indeterminada de momentos, em cujo decorrer tudo o que é, poderá ser diferente. Entretanto, está submetido a objetivos e definem-se no presente as conseqüências da ação ou a continuidade natural do mundo atual nas condições positivas ou negativas para as decisões. O futuro permanece conseqüência do presente, a essência do futuro e do direito provêm do passado e somente permitem variações acidentais.¹¹⁸

A positividade na estrutura do direito somente passa a ser compreensível quando se vê o presente como conseqüência do futuro, como decisão, que se dá com a abstração da concepção moderna de tempo que mesmo tendo uma história coletada não determina por si só o futuro. O futuro fica em aberto, é possibilitado pela presença dos sistemas. O tempo passa a não ser mais considerado apenas como momento no qual a experiência humana avança.¹¹⁹

Em vista de tudo, acredita-se que a noção de tempo social – diferente de tempo do direito – possui a urgência da realidade e fatalmente exige resultados condizentes com a concepção moderna de tempo e o direito a ela precisa adequar-se. Segundo Luhmann “a função de uma decisão é absorver e reduzir inseguranças”.¹²⁰ A redução das inseguranças serão obtidas através de decisões aceitas e aprovadas pela sociedade o que para Luhmann é:

¹¹⁷ LUHMANN, 1985, op. cit., p. 167.

¹¹⁸ LUHMANN, 1985, Ibid., p. 168.

¹¹⁹ Idem. Ibidem, 1985, p. 168.

¹²⁰ LUHMANN, 1980, op. cit., p.5.

O conceito de aceitação e aprovação tem de ser correspondentemente formalizado. O que quer dizer é que os indivíduos, por quaisquer motivos, assumam sempre as decisões como premissas do seu próprio comportamento e estruturam as suas expectativas de acordo com isso (...) através de mudanças de convicções, e de nova interpretação do passado, adesão a novos ambientes.¹²¹

De forma que retirar do sistema social a cognição necessária para resolução de conflitos é condição essencial para que sistemas e subsistemas se (re)alimentem no tempo do direito produzindo comunicações que levarão as decisões confrontadas, legitimadas e aceitas pela sociedade.

Neste sentido, Luhmann esclarece que “O sistema jurídico representaria um grande risco caso as expectativas permanecessem indefinidamente rígidas, por esta razão a adaptação apresenta-se como um modelo para sua evolução”.¹²²

Mais uma vez, observa-se que o caráter dinâmico da sociedade pós-moderna exige que o direito se torne adequado, pois que não sendo ele completo nem incompleto é completável, surgindo daí a importância do meio-ambiente para satisfação e contemporaneidade do direito e, logicamente de seu processo.

¹²¹ LUHMANN, 1980, op. cit., p. 33.

¹²² LOPES Jr, 2004, op. cit., p. 26.

3 PRINCÍPIOS BASILARES DA TEORIA DA PROVA: PROCESSO DE SELEÇÃO PARA A BUSCA DA CERTEZA JURÍDICA

Inúmeras são as questões levantadas a respeito do significado exato do que sejam princípios¹²³ naquilo em que se opõem as normas ou a regras. Há, segundo Ávila, “falta da desejável clareza conceitual (...) que ocorre porque além de várias categorias, a rigor diferentes, serem utilizadas como sinônimas, também porque vários postulados são usados como se exigissem do intérprete o mesmo exame”.¹²⁴ Daí depreende-se que, o uso da palavra princípios por normas ou regras é bastante usual entre os juristas e aplicadores do direito referindo, ainda o autor que:

Normas ou são princípios ou são regras. As regras não precisam nem podem ser objeto de ponderação. As regras instituem deveres definitivos, independentes das possibilidades fáticas e normativas; os princípios instituem deveres preliminares, dependentes das possibilidades fáticas normativas. Os princípios não apenas explicitam valores, mas, indiretamente, estabelecem espécies precisas de comportamentos.¹²⁵

O autor salienta ainda, que “ante a colisão de duas regras, uma delas é inválida, no entanto, quando dois princípios colidem, os dois poderão ser válidos devendo o aplicador decidir qual deles possui maior peso”.¹²⁶ Isso porque um princípio¹²⁷ não exclui os demais, apenas um pode adequar-se mais ao conflito em detrimento de outro. Refere Dworkin quanto a essa questão que, sem dúvida há um aspecto subjetivo e valorativo na escolha do princípio a ordenar determinado fato:

¹²³ Conforme Ávila, “A distinção entre princípios e regras virou moda” ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 18.

¹²⁴ ÁVILA, 2004, op. cit., p. 16.

¹²⁵ Id. ibidem, 2004.

¹²⁶ Id. ibidem, 2004.

¹²⁷ Para Guedes, “os princípios em qualquer circunstância não valem sem exceção e podem entre si se opor ou sofrer mitigação. (às vezes recíproca)”. GUEDES, Jefferson Carús. *Princípio da oralidade: Procedimento por audiências no Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2003. p. 50.

Princípios entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir, em vez de identificar um dentre eles como “válido”.¹²⁸

Sendo assim, Silva refere que “princípios jurídicos, sem dúvida, significam os *pontos básicos*, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o *alicerce* do Direito”.¹²⁹

Para Canotilho:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fática ou jurídica.¹³⁰

Para Silva, “Os *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”¹³¹. Ou seja, os princípios conduzem, esclarecem e envolvem os sistemas normativos, através de uma idéia de condução e interpretação.

Desta forma, “(...) nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos”.¹³²

Para Esser, “princípios são normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado”.¹³³ Entende-se de tudo que o termo princípios remonta a uma idéia geral com conteúdo axiológico que serve de fundamento para o termo regra não obstante ambas as terminologias serem normas. Importa destacar a lição atualizada de Ribeiro que, referindo-se a leis e a princípios, diz:

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes: 2002. p. 114.

¹²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. P.1095.

¹³⁰ CANOTILHO. J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almeida 2003. p.1255.

¹³¹ SILVA, 2003, op. cit., p. 92.

¹³² SILVA, 2003, op. cit., p. p. 1095.

¹³³ Esser apud ÁVILA, 2004, op. cit., p. 27.

Enquanto as leis são estáticas, os valores contidos nos princípios são dinâmicos. Enquanto aquelas, por serem estáticas, necessitam da jurisprudência para diminuir a dicotomia existente entre elas e as realidades sociais, estes, por serem dinâmicos se encontram dentro da própria sociedade e acompanham o seu evoluir. São os valores contidos nos princípios que dão a elasticidade necessária para a interpretação de uma lei. Sem ele, a lei ficaria presa na teia social da época em que foi criada.¹³⁴

De forma que se princípios não são apenas leis escritas, mas calcam-se na sociedade, dela emanam e evoluem com os fatos sociais dali decorrentes, pode-se deduzir daí que se abre para o magistrado um grande poder de decisão. Ao julgar por princípios o aplicador do direito poderá valer-se de sua própria ponderação, do pré-conhecimento que possui para formar sua convicção e sentenciar. Não se pode, então, deixar de citar Dworkin quando ele, referindo-se ao assunto, declara percucientemente que:

Quando uma Corte não cita leis escritas, mas apela para princípios de justiça e política pública significa que, em última instância, a Corte está seguindo regras, embora de natureza mais geral e abstrata? Se for assim, de onde provêm essas regras abstratas e o que as torna válidas? Ou isto significa que a Corte está decidindo o caso de acordo com suas próprias crenças morais e políticas?¹³⁵

Eis uma questão bastante controvertida dentro do direito e especialmente no que tange aos elementos probatórios. Segundo ensina Mellendo quando discorre sobre a valoração da prova: “Sentencia viene de sentir: es lo que el juez siente ante esse fenómeno que es el proceso y en el desarrollo del cual ha ejercido su jurisdicción”.¹³⁶ Dessa forma, pelo que se depreende das palavras do autor argentino, julgar e sentenciar passam pelo processo de sentir, de valorar, portanto, pelo não escrito das regras, mas pelo ponderar dos princípios e, conseqüentemente, pela subjetividade do julgador, pela valoração que ele atribui à prova vinda aos autos.

De acordo com a lição de D. Barbero:

¹³⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas Atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998, p. 18

¹³⁵ DWORKIN, 2002, op. cit., p. 8.

¹³⁶ SENTIS MELENDO. Santiago. *La Prueba: Los Grande Temas del Derecho Probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America: 1979. p. 21.

Princípios são antecedentes ao ordenamento positivo, mas nos quais se inspirou o próprio legislador e que, através da legislação concreta, penetram no ordenamento jurídico tal como pilares fundamentais de sua estrutura, ainda que não expressos formalmente.¹³⁷

Quanto aos princípios, Ribeiro infere também, que “o estudo dos princípios é fundamental para uma boa percepção do Direito Processual, pois é através deles que se percebe o grau de desenvolvimento de uma sociedade”.¹³⁸ Isto demonstra que os princípios acompanham a evolução, o dinamismo e as transformações da sociedade proporcionando a elasticidade que permite não estagnar ou petrificar o processo. Percebe-se, então, que os princípios contêm a abertura cognitiva que permite atualizar o direito, produzir o direito aliado aos fatos sociais e ao avanço da sociedade, fazendo referência à sociedade e dela emanando acompanhando as diferenciações produzidas pelo tempo social ao tempo do direito.

Observa-se uma estreita relação entre autopoiese e o processo civil, pois sendo o direito um sistema normativamente fechado é aberto aos fatos sociais servindo de instrumento de aplicação do direito material e alívio de conflitos.

No campo dos elementos probatórios há, também, inúmeros princípios que norteiam a atividade processual¹³⁹ e permitem ao juiz buscar na prova a resolução do conflito e chegar a resultados positivos na elucidação do fato, escopo fundamental da função jurisdicional¹⁴⁰, muito embora, por vezes, apenas aproxime-se da certeza dos fatos, “direito e processo compõem um só sistema voltado à pacificação de conflitos”.¹⁴¹

Uma vez que o sistema jurídico assimila fatos do meio ambiente trazendo os elementos probatórios da sociedade para o processo é inegável, pois, que o ambiente influencia a atividade processual já que partes e magistrado interagem em comunicação sistemática.

¹³⁷ Apud RIBEIRO, 1998, op. cit., p.17.

¹³⁸ RIBEIRO, 1998, op. cit., p. 17.

¹³⁹ RIBEIRO, os valores contidos nos princípios são considerados o espírito da lei, a alma que faz com que a lei caminhe neste ou naquele sentido, de acordo com o andar da sociedade, pois a lei só é mudada porque um princípio foi reinterpretado pelas contingências socioculturais, op. cit., p. 18.

¹⁴⁰ Na lição de Dinamarco, a jurisdição como expressão do poder político sai da extrema abstração consistente em afirmar que ela visa à realização da justiça em cada caso e, mediante a prática reiterada, à implantação do clima social de justiça, chega o momento de com mais precisão indicar os resultados que, mediante o exercício da jurisdição, o Estado se propõe a produzir na vida da sociedade. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 7. ed. revista e atualizada. Campinas: Malheiros Editores. XXX p. 139.

¹⁴¹ DINAMARCO, op. cit., p. 159/160.

3.1 PRINCÍPIO DA ORALIDADE E SEUS COROLÁRIOS

A oralidade ou forma verbal da linguagem é o modo de comunicação mais importante e também o mais comumente usado entre os indivíduos. Na comunicação oral as pessoas podem ser analisadas, dentre outros, no aspecto psicológico, através das reações que demonstram ante determinados fatos, o que é relevante para a valoração dos elementos probatórios.

Para o direito, também, é de suma importância o aspecto com que é tratada a linguagem no processo e principalmente no campo probatório, pois segundo a lição de Benveniste a linguagem provoca no interlocutor um determinado comportamento:

Se a linguagem é instrumento de comunicação (...) há duas razões para isso: uma consistiria em que a linguagem se encontra de fato assim empregada porque os homens não encontram um meio melhor nem mesmo tão eficaz para comunicar-se. Também poderíamos pensar em responder que a linguagem apresenta disposições tais que a tornam apta a servir de instrumento: presta-se a transmitir o que lhe confio - uma ordem, uma pergunta, um anúncio - e provoca no interlocutor um comportamento cada vez mais adequado.¹⁴²

Para Saussure, “a língua é um sistema do qual todas as partes podem e devem ser consideradas em sua solidariedade sincrônica”, com isso o lingüista refere-se ao fato de que “cada alteração na língua, tem sua repercussão no sistema, e segundo ele, o sistema nunca é mais que momentâneo; varia de uma posição a outra e os valores dependem de uma convenção imutável: a regra do jogo”.¹⁴³

Para Gadamer, “a linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham mundo, nela se representa o mundo”.¹⁴⁴

¹⁴² BENVENISTE, Emile. Problemas de Lingüística Geral. Tradução de Maria da Glória Novak e Luiza Néri. Revisão do Prof. Isaac Nicolau Salun. São Paulo: Ed. Nacional, Ed. Da USP. 1976. p. 284.

¹⁴³ SAUSSURE, Ferdinand de. Curso de Lingüística Geral. São Paulo: Cultrix, 2000. p. 102-104.

¹⁴⁴ GADAMER Hans-Georg. *Verdade e Método*. Traços fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Rio de Janeiro: 2004. p. 571.

Dessa forma, pode-se inferir que a língua é um fenômeno social e a cada novo momento pode se modificar e produzir significados diferentes e reações outras nos interlocutores, conforme ensina Saussure e já referido acima, “o sistema é momentâneo”.¹⁴⁵

De modo que, também no direito processual, bem como nos mais diversos sistemas e subsistemas sociais, a oralidade reveste-se de importância máxima¹⁴⁶, haja vista, que, desde os primórdios do direito romano, exerceu influência decisiva nos julgados “pela facilidade de condução do processo, a rejeição às armadilhas das partes e a celeridade, tendo em contrapartida os defeitos de prestar-se à espetaculosidade e de superestimar a memória do magistrado”.¹⁴⁷ Segundo noticia Guedes, pelo fato de ser o Brasil um país colonizado, a evolução do processo escrito ao oral foi lenta:

O perfil dessa evolução é o de um processo predominantemente escrito e formal, no qual as espécies procedimentais orais e simplificadas aparecem raramente, voltadas de modo dominante às demandas de pequeno valor, e salvo em raras ocasiões, não se cogitou da generalização da oralidade ou da implementação de procedimentos simplificados.¹⁴⁸

Relevantemente, o autor explica que o procedimento oral, no início da civilização era o único modo de realização dos atos nos processos. Era um estágio primitivo que desapareceu quando da invenção do papel:

O direito processual evoluiu de procedimentos puramente orais, com domínio completo da comunicação verbal, para um momento intermediário *oral/escrito*, no qual surgiram os primeiros recursos da escrita, e daí para o terceiro, *oral/escrito/documental*, nascido após a popularização do papel no ocidente, com a possibilidade de farta documentação e aceitação generalizada de manifestações escritas no processo.¹⁴⁹

¹⁴⁵ SAUSSURE, 2000, op. cit., p. 102.

¹⁴⁶ Para Grinover e (...) Mais do que a verdadeira oralidade, em seu sentido primitivo, a oralidade entre nós representa um complexo de idéias e de caracteres que se traduzem em vários princípios distintos, ainda que intimamente ligados entre si, dando ao procedimento oral seu aspecto particular: os princípios da concentração, da imediação ou imediatidade, da identidade física do juiz, da irrecorribilidade das interlocutórias. GRINOVER, Ada Pellegrini, ARAÚJO Cintra, Antonio Carlos de, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 1996. p. 329.

¹⁴⁷ GUEDES, Jefferson Carús. Princípio da Oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p.30.

¹⁴⁸ GUEDES, 2003, op. cit., p. 37.

¹⁴⁹ GUEDES, 2003, op., cit., p.52.

Dessa forma, de indiscutível valor probante, o princípio que esclarece o fato e torna o elemento probatório um informativo dos fatos, é o princípio da oralidade que proporciona o contato do juiz com as partes e, conseqüentemente, com as provas.

Na lição de Platão, “a escrita é coisa morta, e só nos fala por um lado, isto é, por meio daquelas idéias que, por sinais, nos desperta no espírito. Não nos satisfaz plenamente a curiosidade, não responde a nossas dúvidas, não nos apresenta os infinitos aspectos possíveis da coisa mesma”.¹⁵⁰

Na mesma linha de idéias Chiovenda esclarece que “em todos os casos em que se imponha avaliar a atendibilidade das declarações de qualquer pessoa, seja parte, testemunha ou perito, o certo é que o emprego da voz possibilita ao juiz apreciar melhor o depoimento”.¹⁵¹

Ao discorrer sobre a importância da oralidade, Mellendo assevera que: “la oralidade crea situaciones y, por tanto, deberes que suponen determinadas pautas; el magistrado que há de sentenciar no puede dejar de presenciar las pruebas”.¹⁵²

Salienta-se que a lição de Chiovenda sobre o processo oral é também bastante relevante, pois aborda aspectos que tornam o processo mais moderno como pede a sociedade atual: “a experiência deduzida da história permite concluir que o processo oral e, com ampla vantagem, melhor e mais conforme a natureza e às exigências da vida moderna, porque exatamente sem comprometer, antes assegurando melhor a excelência intrínseca da decisão, proporciona-a com mais economia, simplicidade e presteza”.¹⁵³

Ao referir-se à oralidade Malatesta, dispõe, enfaticamente, fazendo um contraponto entre palavra pensada e palavra articulada:

¹⁵⁰ Apud CHIOVENDA, CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Tradução do original italiano por Paolo Capitanio. 1. ed. Campinas-SP: Bookseller, 1998. p. 58.

¹⁵¹ CHIOVENDA, 1998, op. cit., p. 62.

¹⁵² MELLEDO, 1979, op. cit., p. 288.

¹⁵³ CHIOVENDA, 1998, op. cit., p. 57.

A oralidade não é senão uma aplicação parcial da regra geral da originalidade das provas; a oralidade não é senão a perfeição formal da originalidade referente à verificação de pessoa, enquanto a manifestação natural e originária do pensamento humano é a *palavra articulada*. E esta, uma manifestação natural originária do pensamento humano, por isso o próprio pensamento tem por forma natural a palavra, como instrumento de reflexão. É da palavra que se serve a reflexão para determinar a idéia que se tem em vista; e, por isso, as idéias se vão determinando como *palavras pensadas*. E expressão externa, originária e natural, do pensamento humano é, por isso, *a palavra articulada*.¹⁵⁴

Lembra-se que para Echandia, o princípio da oralidade é tão importante que seria ideal que tanto no processo penal como no civil, prevalecesse a oralidade, pois que: “sin II menor duda, el sistema oral favorece la inmediacion, la contradicción y la mayor eficacia de la prueba”.¹⁵⁵

É oportuno lembrar, também, que ao presidir a coleta das provas o julgador tem a oportunidade de ouvir, e, principalmente, de sentir as partes e as testemunhas. É importante que se observe a influência que o comportamento das partes exerce nas decisões judiciais. A oralidade favorece o desvendar de grande parte das dúvidas e proporciona a superação de equívocos pelo simples uso da palavra e da linguagem,¹⁵⁶ durante a audiência. Embora nem sempre as decisões satisfaçam as partes, no processo oral, o magistrado aproxima-se dos fatos e crê-se que esteja imbuída de capacidade, imparcialidade, daquilo que, por certo, observou das provas do sistema social, vindas ao processo.

De acordo com os ensinamentos de Ribeiro quanto à oralidade:

O problema maior da oralidade não reside no campo do Direito, mas sim no campo da filosofia e, em especial, na Ética, pois, na medida em que se agrava a crise Ética, agrava-se a crise nas relações humanas. Vivemos no mundo da aparência, onde os valores são facilmente alterados e dificilmente absorvidos pelo espírito humano, razão pela qual temos uma desconfiança generalizada no ser humano e, por conseguinte, na pessoa do magistrado.¹⁵⁷

¹⁵⁴ MALATESTA. Incola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Vol I. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.p. 91.

¹⁵⁵ ECHANDIA, 1974, op. cit., p. 130.

¹⁵⁶ Para Warat (1994, p. 34), a compreensão coerente e sistemática do mundo é obtida através da linguagem. No entanto, acrescenta o autor, às vezes outros movimentos, tais como gestos e sinais são também linguagem, embora não verbal. Para ele, a linguagem falada é a mais importante e, na maioria das vezes, constitui-se a base de qualquer outra linguagem.

¹⁵⁷ RIBEIRO, 1998, op. cit., p. 40.

Sem dúvida, a idéia de ética repercute na oralidade como valoração da conduta dos envolvidos no litígio. Segundo Aristóteles, “há duas espécies de virtudes, a intelectual e a moral. A primeira deve sua geração ao ensino, e por isso requer experiência e tempo; ao passo que a virtude moral é adquirida pelo hábito e não pela natureza e nada que existe na natureza pode ser alterada pelo hábito”.¹⁵⁸ Diz ainda o filósofo em sua obra que “não é por natureza que as virtudes se geram em nós; mas é a natureza que nos dá a capacidade de receber as virtudes e essa capacidade se aperfeiçoa com o hábito”.¹⁵⁹ Portanto, daí depreende-se que a ética provém do hábito. Se sociedade e magistrados possuírem valores morais consonantes e condizentes haverá confiança entre eles e, por conseguinte, as decisões do magistrado serão acatadas pela comunidade como boas e justas por que vêm ao encontro de suas expectativas e sentir-se-ão confiantes e convictos de que as partes agiram com responsabilidade e lealdade.

A relevância da prova oral e a importância do papel do juiz quanto à colheita dos elementos probatórios, é observado, percucientemente por Barbosa Moreira, quando declara que:

Na prova oral, o papel do juiz é de primeira importância: e quando falo em prova oral, evidentemente, refiro-me aos depoimentos pessoais das partes, aos depoimentos das testemunhas, eventualmente dos peritos. Essa prova é toda carregada para os autos, obrigatoriamente, por intermédio do juiz. E o juiz que formula as perguntas, ainda quando elas lhe sejam requeridas pelos advogados, é o juiz que dita para o datilógrafo as respostas dos depoentes, de modo que é a peça mestra decisiva da colheita dessa prova.¹⁶⁰

Gadamer considera de suma importância à palavra, pois, segundo ele “no declínio das palavras podemos ler a mudança dos costumes e dos valores”.¹⁶¹ E continua o autor valorizando a palavra e a linguagem: “a linguagem é capaz de tudo porque não é uma criação do pensamento reflexivo, mas contribui ela mesma para estabelecer a atitude frente ao mundo, no qual vivemos”.¹⁶² De forma que, se a palavra oral ou a linguagem em suas múltiplas formas, contribui para a observação de atitudes e causa impressões quanto aos sentimentos, é

¹⁵⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. Coleção A Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2005 p. 40.

¹⁵⁹ Idem, *ibidem*., 2005.

¹⁶⁰ MOREIRA BARBOSA, José Carlos. Conferências. *Revista de Processo*. 95/178, p.182.

¹⁶¹ GADAMER, 2004, op. cit., p.580.

¹⁶² Idem, *ibidem*, 2004.

de vital importância para a descoberta da verdade quanto aos elementos probatórios que buscam desvendar a lide processual.

Ao analisar as diferentes fases da prova processual ao longo dos tempos, Echandia considera que a quinta fase na evolução do elemento probatório é a aplicação do critério científico:

El proceso del futuro debe ser oral, aunque con ciertas restricciones como la demanda y su contestación además, ha de ser inquisitivo para que el juez investigue oficiosamente la verdad u con libertad de apreciar el valor de convicción de las pruebas, de acuerdo con los principios de la psicología y de la lógica, quedando sujeto únicamente a las formalidades que las leyes materiales contemplan. (...) como solemnidad para validez sustancial de ciertos actos o contratos.¹⁶³

Essa visão geral, quanto ao valor indiscutível e a força preponderante do princípio da oralidade traz como decorrência o princípio da imediatidade que se calca na proximidade do juiz aos elementos probatórios, como forma de rápida e eficaz solução do litígio.

3.1.1 Princípio da Imediatidade

Em relação aos princípios, Portanova considera que do princípio da oralidade decorrem os subprincípios da imediatidade, da concentração da identidade física do juiz.¹⁶⁴

O princípio da oralidade calca-se no fato de que se as partes produzem as provas oralmente, há a necessidade da atuação imediata do juiz, sem intermediários, diretamente, conforme preconiza o art. 446 do CPC.¹⁶⁵ Mellendo refletindo sobre o princípio da imediatidade declara que:

¹⁶³ ECHANDIA, 1974, op. cit., p. 66.

¹⁶⁴ PORTANOVA, 2001, op. cit., p.221.

¹⁶⁵ Segundo este artigo: Compete ao juiz em especial: I - dirigir os trabalhos da audiência; II - proceder direta e pessoalmente à colheita das provas; III – (...)

Qué quiere decir inmediación o inmediatez (palabra que a veces se utiliza traduciéndola te del italiano)? Quiere decir relación auténtica entre los sujetos del proceso;(...) quiere decir que el juez dedique, sin regateos ni retaceos, todo el tiempo necesario para practicar las diligencias probatorias, porque “los jueces que no han oído a los testigos no tienen nungún medio de apreciar los testimonios”.¹⁶⁶

Tal princípio pretende, portanto, aproximar o juiz da prova¹⁶⁷ tanto nos aspectos da observação do comportamento pessoal das partes como da própria declaração que cada parte ou testemunha produz e que, por isso, revestem a fase instrutória de elementos essenciais, pois como considera Guedes “preserva impressões sem atenuações de suas características essenciais pontos que se tendem a esmaecer e alterar pela interposição subjetiva de mediadores, de tradutores ou mesmo de sujeitos catalisadores”.¹⁶⁸ Dessa forma, a convicção do juiz se formará com maior veracidade pois que acompanhou os depoimentos.¹⁶⁹

Para Chiovenda, o princípio da imediação é a essência do processo oral:

O princípio da imediação pretende a quem caiba proferir a sentença, haja assistido ao desenvolvimento das provas, das quais tenha de extraído seu convencimento, ou seja, que haja estabelecido contato direto com as partes, com as testemunhas, com os peritos e com os objetos do processo e as condições de lugar, baseado na impressão imediata, que delas teve, e não em informações de outros. O princípio não se acha apenas estritamente conjugado ao da oralidade, tanto que só no processo oral é passível de plena e eficaz aplicação, senão que, em verdade, constitui a essência do processo oral.¹⁷⁰

Analisando, também, a idéia de Echandia, sobre a eficácia do elemento probatório frente ao princípio da imediação, que considera importante também, pois que: “este principio contribuye a la autenticidad, la seriedad, la oportunidad, la pertinência y la validez de la prueba. De lo contrario el debate probatorio se convertiría en una lucha privada, y la prueba

¹⁶⁶ MELLEENDO, 1979, op. cit. p. 289-290.

¹⁶⁷ Para Grinover (1996, p. 329) e outros, o Princípio da imediação exige o contato direto do juiz com as partes e as provas, a fim de que receba, sem intermediários, o material de que se servirá para julgar (a imediação não está necessariamente ligada à oralidade, mas historicamente, os dois princípios sempre andaram consideravelmente juntos). Quanto a isto também se manifesta Mellendo (1979, p. 290) quando diz que: “hemos dicho que oralidad e inmediación son cosas distintas, que unas veces coinciden y otras no”.

¹⁶⁸ GUEDES, 2003, op. cit. p. 59.

¹⁶⁹ Guedes traz interessante jurisprudência a respeito do assunto: TARS- 1ª. Câm. Cív. - Ap.Civ 24709- rel. Luiz Melibio Uiracaba Machado- j. 19.03.1981, unânime, em que se lê: “Se o magistrado avaliou a prova testemunhal tecnicamente, expondo os motivos de seu convencimento, por tratar-se de um procedimento oral, mercê do princípio de imediatidade, tal convicção deve prevalecer”. Juis. 19. ed.

¹⁷⁰ CHIOVENDA, 1998, op. cit., P. 65.

dejaría de tener el carácter de acto procesal de índole público.”¹⁷¹ Para Miranda, “a permanência subjetiva é importante, evitando que a imediatidade se quebre”.¹⁷²

Observa-se que o processo civil brasileiro atribui importância extrema às provas orais, pois que o art. 336 diz que “salvo disposição especial em contrário, às provas devem ser produzidas em audiência”. Outros artigos do CPC demonstram, claramente, a valorização da oralidade como, por exemplo, os artigos 342 e 346¹⁷³, e conseqüentemente, o princípio da imediatidade, pois que a presença do juiz é relevante para a solução da causa, e o modo com que ele forma o seu convencimento poderá não ser apenas baseado nos fatos trazidos ao processo, pois como determina o art. 131 do CPC: “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos (...)” e, ainda, o art. 332 que preconiza que os meios de prova moralmente legítimos são hábeis para provar a verdade, ainda que não especificados no código de processo civil”.¹⁷⁴

Tais declarações trazidas pelo ordenamento processual civil brasileiro culminam com os ditames do art. 132 que determina que “o juiz que concluir a audiência julgará a lide”.¹⁷⁵

Na lição de Malatesta que refere algumas regras relativas às provas, atente-se que sua idéia é “para que a voz das provas chegue inalterada ao ânimo do juiz, é preciso que elas se lhe apresentem de maneira imediata, para que ele possa examiná-las diretamente e não através da névoa de impressões alheias, das expressões equívocas de outras coisas”.¹⁷⁶

¹⁷¹ ECHANDIA, 1974, op. cit., p. 128

¹⁷² Miranda, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo II: arts. 46 a 153, 3. ed. Revista e aumentada. Atualizada legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 411.

¹⁷³ “O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-la sobre os fatos da causa” e “a parte responderá pessoalmente sobre os fatos articulados, não podendo servir-se de escritos adrede preparados (...)” arts. 342 e 346, respectivamente, do Código de Processo Civil Brasileiro.

¹⁷⁴ Art. 332 do CPC: “Todos os meios legais, bem como, os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

¹⁷⁵ Art. 132 do CPC: “O juiz, titular ou substituto que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”.

¹⁷⁶ MALATESTA, 1996, op. cit., P. 90-91.

É, na colheita das provas durante a audiência, na palavra direta, frente a frente, partes e julgador, que o aplicador da norma adquire o conhecimento dos fatos necessários e relevantes para sentenciar. As provas dão a ele o conhecimento além dos fatos apenas narrados pelas partes, mas também, a análise das partes e testemunhas que depuseram sobre o fato e trouxeram as informações importantes ao convencimento do magistrado¹⁷⁷. Mellendo aborda que “el juez que conociera lo ocurrido, que lo supiera com todos sus detalles, parece que habria de ser el mejor juez del proceso por ser el mejor informado”.¹⁷⁸

A afirmação do autor reveste-se de importância, pois que valoriza a presença do julgador aos fatos que lhe permitirão uma melhor decisão avaliando a conduta das partes que se alia ao princípio da imediatidade por trazer essa comunicação direta entre partes, testemunhas e juiz¹⁷⁹, além de ser prova indispensável, por vezes, ao deslinde do caso¹⁸⁰, e, por certo, ainda, valoriza sobremaneira a humanização do processo, muito embora os avanços tecnológicos possam incorporar ao poder judiciário equipamentos e máquinas, que minorem a participação do magistrado na colheita de provas, como bem coloca Guedes:

A imediatidade é o ponto de sobrevivência e valorização do “humano” no processo, que teria na absorção de máquinas ou assemelhado uma ameaça. Assim, a imediação, que tinha entre seus virtuais atenuadores a presença de um juiz instrutor, tem agora, com a incorporação de equipamentos capazes de produzir decisões, outro desafio ainda maior pela interposição de máquinas.¹⁸¹

Embora o processo possa, num futuro próximo, aliar-se à tecnologia como solução para questões diversas, acredita-se que o processo mental, o esforço intelectual dispensado pelo julgador, não poderá ser substituído ou modernizado pela máquina¹⁸² sob pena de perder a humanização e pessoalidade que o encontro de juiz, partes e testemunhas trazem à solução

¹⁷⁷ Conforme salienta a lição de Echandia: “En los procedimientos orales que imponen la recepción en audiencia de las pruebas presentadas por las partes u ordenadas por el juez oficiosamente, se cumple mejor la inme en los escritos debe sin embargo aplicarse, salvo cuando, pro ocurrir su práctica fuera de la circunscripción territorial donde puede ejercer jurisdicción el funcionario, se hace indispensable comisionar al de otro lugar.”

¹⁷⁷ ECHADIA, 1974, op. cit., p. 128.

¹⁷⁸ SENTIS MELLEDO, Santiago. *La Prueba. Los grandes del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1979. p. 230.

¹⁷⁹ Conforme refere Mellendo: “Las pruebas se adquieren para el proceso o se incorporan al proceso y las utiliza el juez” SENTIS MELLEDO. op. cit. 236

¹⁸⁰ Ribeiro (2003, p. 94), neste sentido, assevera que “a conduta da parte é fonte primordial de prova tão eficaz que seja capaz de produzir um convencimento tão forte quanto o comportamento da parte”.

¹⁸¹ GUEDES, 2003, op. cit., p. 62.

¹⁸² Ribeiro (1998, p. 22) assevera sobre tal idéia que “jamais um computador poderá substituir a atividade intelectual do magistrado, pois a sentença é um ato individual e pessoal do processo”.

do litígio. Guedes acrescenta a isso que “essa reflexão destaca um outro aspecto da imediatidade, representado pela humanização do Estado, que se faz representar pela figura do juiz, em audiência”.¹⁸³

Para Stein, as provas são produzidas para a análise do juiz, para a sensibilidade do julgador:

La prueba que hay que practicar em el proceso no es una prueba dialéctica, lógica, que simplemente pasa de unos supuestos dados a unas conclusiones determinadas, sino una prueba histórica que pretende despertar en su receptor, el juez, mediante percepciones sensoriales, la representación de lo que se trata de probar.¹⁸⁴

A comunicação direta com os sujeitos, a simultaneidade e instantaneidade de ações e reações, a centralização do ato na pessoa do juiz, “são todos valores a exaltar a humanização como valor social do processo, surgido como elemento de pacificação social e dirigido para o mesmo fim” ressalta Guedes¹⁸⁵.

Ribeiro, neste diapasão, refletindo sobre a importância do contato direto e pessoal do juiz com as partes e seus procuradores na determinação da prova, considera que:

É extremamente profícuo, uma vez que o diálogo faz com que as questões fiquem melhor resolvidas e, por assim dizer, *digeridas*, permitindo uma troca recíproca de argumentações, que só servem para enriquecer o debate, evitando-se a produção de provas desnecessárias, inúteis, incompatíveis ou irrelevantes..¹⁸⁶

De sorte que, o contato direto do juiz com as partes sempre será importante para a compreensão e identificação dos fatos trazidos aos autos, bem como para a elucidação e análise da vinculação existente entre esses fatos e a realidade afirmada pelos sujeitos envolvidos na causa.

¹⁸³ GUEDES, 2003, op. cit., p. 62.

¹⁸⁴ STEIN, Friedrich. El conocimiento privado del juez. Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos. Traducción y notas de Andrés de La Oliva Santos. Bogotá, Colômbia: Editorial Temis, 1998. p. 7

¹⁸⁵ GUEDES, 2003, op. cit. p. 62

¹⁸⁶ RIBEIRO. 1998, op. cit., p. 57-58.

3.1.2 Princípio da concentração

Pelo princípio da concentração se pretende que as fases processuais sejam realizadas no menor espaço de tempo possível a fim de que entre a colheita das provas e a sentença não haja tempo excessivo que possa impedir a análise das discussões que ocorreram.¹⁸⁷ Tudo isso para que a prova oral possa ser valorizada de forma extrema, pois que se só de questões de direito se tratar o deslinde da causa, deixa a oralidade de constituir-se de indispensável ocorrência.

Percucientemente, considera Chiovenda que “quanto mais se acercem da decisão do juiz as atividades processuais, tanto menor é o perigo de que se lhe oblitere a impressão delas e que traia a memória (...)”.¹⁸⁸

Guedes em seu estudo sobre princípios e subprincípios da oralidade observa que:

As vantagens apontadas pelo subprincípio da imediatidade dizem respeito à capacidade física do prolator da decisão em preservar na memória, nitidamente, aqueles aspectos relevantes ao desenlace da causa, que seria prejudicada pelo eventual transcurso do tempo entre o ato cognitivo e aquele de emitir a decisão.¹⁸⁹

Essa proximidade a que visa o princípio em questão é de capital importância para que o magistrado, após a observação dos fatos e discussões apresentados¹⁹⁰, possa sentenciar baseado no que ouviu e nas impressões que coletou durante a instrução das alegações e afirmações defensivas e contrárias ao fato litigioso.

A lei processual brasileira valora a concentração quando declara em seu art. 455 que “a audiência é una e contínua. Para Chiovenda, “o princípio da concentração é a principal característica exterior do processo oral, e a que mais influi na abreviação das lides”.¹⁹¹ Para ele, ainda, “não é somente o prejuízo decorrente do desperdício de tempo e da inútil duplicação

¹⁸⁷Conforme Portanova (2201, p. 255) “o ideal seria que tudo se arrumasse num só dia ou em poucos dias seguidos, para se conservarem *bem frescas e vivas* as impressões colhidas durante a instrução e debate.”

¹⁸⁸ CHIOVENDA, 1998, op. cit., p. 66.

¹⁸⁹ GUEDES, 2003, op. cit., p. 62.

¹⁹⁰ Conforme observa Echandia (1974, p. 117), “significa este principio que el conjunto probatorio del juicio forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, opara confrontar lãs diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmete se forme.

¹⁹¹ CHIOVENDA, 1998, op. cit., p 66.

de muitas atividades, mas o perigo de pontos de vista divergentes com relação a tópicos comuns ao incidente e à questão principal”.¹⁹²

Não sendo possível concluir num só dia a instrução, o debate e o julgamento, o juiz marcará o seu prosseguimento para dia próximo”. É sabido que o Poder Judiciário nem sempre leva a contendo o conteúdo do referido artigo, pois que a grande demanda de ações judiciais provoca inevitável acúmulo, por vezes, impedindo a celeridade necessária ao bom andamento e desfecho da lide.¹⁹³ As próprias fases processuais que permitem às partes a réplica e outros atos processuais que, além de postergarem¹⁹⁴ o término da lide, não trazem também benefícios evidentes à sentença judicial.

Couture referindo-se ao desenrolar do processo assevera que:

Quando se diz que o processo se desenvolve avançando da inicial à sentença, utiliza-se apenas uma metáfora, pois que a relação é de caráter meramente temporal: uma relação de passado, presente e futuro. Avançar significa ir realizando atos que se vão deslocando para o passado, e preparando outros que se anunciam no futuro. O processo não é uma coisa feita, que deva ser percorrida, mas sim algo que se vai constituindo à medida que passa o tempo.¹⁹⁵

Nesta linha de idéias, considerando-se que há um longo lapso temporal entre o início e o término do processo, a imediação e a concentração levarão mais facilmente à verdade ou à verdade mais coerente como assevera Portanova “o contato direto do juiz com a prova, mostra que a busca da verdade pode ser mais adequada”.¹⁹⁶ Evitar o quanto possível as interrupções que impedem a concentração dos atos processuais é fundamental para que haja uma boa compreensão do julgador quanto aos elementos que compõem a fase instrutória da contenda e que formarão o seu juízo de convicção.

Importante considerar a lição de Picó I Junoy quando assegura que “uno de las primeras cuestiones que deben analizarse del derecho a um proceso sin dilaciones

¹⁹² CHIOVENDA, 1998, op. cit., p.66-67.

¹⁹³ Portanova (2001, p. 226) considera que “não há concentração que resista às deficiências do Poder Judiciário e ao direito das partes de replicarem e de denunciarem à lide”.

¹⁹⁴ Picó, Tratados Internacionales sobre Derecho Humanos, intenta garantizar que la resolución de los litigios tendrá lugar dentro de un plazo razonable, esto es, sin dilaciones indebidas. PICÓ Y JUNOY, Joan. Las Garantías constitucionales del Proceso. Barcelona: José Maria Bosch Editor. 1997. p. 118

¹⁹⁵ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Tradução de Benedicto Giacobini. Campinas: RED Livros. 1983. p.123.

¹⁹⁶ PORTANOVA, 2000, op. cit., p. 252.

indebidas”(…).¹⁹⁷ Continua a comentar o problema das dilações processuais¹⁹⁸ que retardam a outorga da tutela jurisdicional:

La relación instrumental resulta innegable en la medida en que la tutela judicial efectiva debe otorgarse” tempestivamente”, esto es, dentro de unos razonables límites temporales. Así, el T.C. destaca que nuestra Constitución no sólo ha integrado el tiempo como exigencia objetiva de la justicia, sino que además, ha reconocido como garantía individual el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas..¹⁹⁹

Refere ainda o autor argumentando sobre os problemas dos grandes lapsos temporais para a resolução das lides judiciais:

el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se refiere no a la posibilidad de acceso a la jurisdicción o la obtención práctica de una respuesta jurídica a las pretensiones formuladas, sino a una razonable duración temporal del procedimiento necesario para resolver y ejecutar lo resuelto.²⁰⁰

Para Grinover, “a aplicação do princípio da imediação é corolário direto e indispensável do princípio da concentração da causa em um breve período, reduzindo-se a uma única ou poucas audiências, em curtos intervalos”²⁰¹.

Atenta-se para a importância do princípio da concentração para a solução do litígio de forma favorável à convicção do julgador e, por conseguinte, à prolação da sentença. È importante considerar que tais princípios são encadeados uns aos outros para que haja maior facilidade, congruência e coerência nas decisões tomadas.

¹⁹⁷ PICÓ Y JUNOY, 1997, op. cit., p.119.

¹⁹⁸ Picó (1997, p. 118) traz em sua obra, quando se refere às dilações que ocorrem num processo que podem ser consideradas como uma não justiça: “um famoso refrán florentino nos recuerda que *giustizia ritarda, giustizia denegata*.”

¹⁹⁹ PICÓ Y JUNOY, 1997, op. cit., p. 62.

²⁰⁰ Id. Ibidem, 1997.

²⁰¹ GRINOVER, ARAÚJO CINTRA, DINAMARCO, 1996, op. cit., p. 329.

3.1.3 Princípio da Identidade Física do Juiz

Decorrente da oralidade, o princípio da identidade física do juiz, ou seja, o juiz que colheu a prova oral deve sentenciar, vem expresso no art. 132 da lei processual brasileira “o magistrado que concluir a audiência julgará a lide”. Depreende-se daí que a compreensão que o julgador obtiver em audiência é de tal importância, que sua decisão só será satisfatória se tiver estado presente em todos os atos processuais orais e por isso poderá sentenciar com segurança.

A adoção de tais princípios que envolvem a oralidade ratifica que o contato pessoal do aplicador da norma é relevante para o deslinde da questão, por ser igualmente importante a manifestação de atos fisionômicos da testemunha que traz as provas aos autos, tais como a segurança ou a insegurança demonstrada, o tom da voz²⁰² usado, o gesticular de mãos, enfim, a oralidade e seus princípios revestem-se de máxima importância para a formação do convencimento do juiz na busca e na declaração da certeza jurídica. Refere Portanova que: “juiz que, por certo, criou laços psicológicos com as partes e as testemunhas deve usar tal conhecimento. Aproveitam-se as impressões do juiz obtidas de forma tão direta e concentrada na solução do litígio, na sentença”.²⁰³

Não é diferente a lição de Chiovenda quanto ao princípio em questão:

Tanto a oralidade quanto a imediação são impraticáveis se os diversos atos processuais se desenvolvem perante pessoas físicas a cada trecho variadas; pois que a impressão recebida pelo juiz que assiste a um ou mais atos não se pode transfundir no outro que tenha de julgar, mas somente se lhe poderia transmitir por meio da escrita, e, em tal hipótese, o processo, que seria oral em relação ao juiz instrutor, tornar-se-ia escrito relativamente ao julgador.²⁰⁴

²⁰² Benthán (1971, p. 192) aborda sobre a importância da presença do juiz na apresentação da prova oral que “no puede conocer por observaciones propias los caracteres de verdad tan vivos y tan naturales, relacionados con la fisionomía, con el tono de voz con la firmeza, con la prontitud, con las emociones del temor, con la sencillez de la inocencia, con la turbación de la mala fé; puede decirse que se cierra a si mismo el libro de la naturaleza y que se vuelve ciego y sordo em casos em que es preciso ver y oír todo. BENTAHN, Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales. Traducción del francés por Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América.

²⁰³ PORTANOVA, 2000, op. cit., p. 241.

²⁰⁴ CHIOVENDA, 1998, op. cit., p. 65.

Dessa forma, esse princípio traz a idéia que o juiz que colheu a prova oral deve sentenciar, pois por de ter participado na oitiva da testemunha e ter, ainda, observado as reações demonstradas pelos depoentes, capacita-se adequadamente para a fase final do processo que é a prolação da sentença.

Igualmente sobre a presença do juiz, infere Benthan:

El Juez que no há oído a los testigos, nunca puede estar seguro de que las actas representen fielmente el testimonio oral, ni de que éste haya sido exacto y completo en su origen. En cambio, cuando tiene ante sí a los testigos e als partes, percibe dónde resulta defectuoso su testimonio y mediante las preguntas que les formula, obtiene los informes que le faltan. Quién mejor que él puede saber dónde falla su propia convicción? Quién meljo que él puede buscar el rasgo esencial, aquel que caracteriza la verdad, aquel que más ha de influir en su decisión?²⁰⁵

Segundo Guedes, este princípio “não pode ser confundido com o princípio da concentração, embora dele possa resultar, pois o encurtamento e o conseqüente julgamento imediato farão por decidir aquele juiz que instruiu”.²⁰⁶ O autor, ainda esclarece que também “a este princípio se pode chamar de princípio da vinculação do juiz ao ato sentencial, porque atrela o mesmo julgador a um número maior de fases processuais, destacadamente nas fases instrutória e decisória”.²⁰⁷

Bem demonstrada a conexão existente entre o princípio da identidade física do juiz com a oralidade, Guedes relaciona que o processo oral²⁰⁸ difere consideravelmente do escrito. Chiovenda, por sua vez, diz que a conexão do princípio com a oralidade é revelada pela doutrina quando esclarece que:

²⁰⁵ BENTHAN, 1971, op. cit., p.192.

²⁰⁶ GUEDES, 2003, op. cit., p. 68.

²⁰⁷ Idem, ibidem, 2003.

²⁰⁸ Guedes (2003, p. 69) traz importante jurisprudência acerca de tal princípio: TAMG- 3ª Cam.civ.- ApCiv 14879- j.10.09.1997, unânime- Juis 19.ed. “Por força do princípio da identidade física do juiz, só há vinculação do julgador aos atos processuais pertinentes à oralidade.” No mesmo sentido, TAMG- 4ª Câm. Civ. - ApCiv- 19545- j. 23.09.1998, unânime- Juis 19. ed.

se uma causa não pode ser esgotada em uma audiência, a nova audiência deve ser composta pelas mesmas pessoas frente às quais se começou a tratar da causa. Tudo isto é indiferente ao processo escrito, onde, julgando-se sobre escritos, pouco importa que a atividade seja realizada em presença de um juiz, outra na de outro, e que um terceiro juiz julgue e decida. É como se o processo fosse um quadro, uma estátua, um edifício, que um artista pode esboçar e outro concluir, e não uma cadeia de raciocínios, que exige, quanto possível, a unidade da pessoa, que o realiza.²⁰⁹

Depreende-se de tudo que a presença do juiz que ouviu a prova oral é uma das garantias de uma boa decisão porque, como declara Portanova “a exigência do princípio tem sentido para o caso do magistrado proferir a sentença em seguida, ou logo após ter colhido a prova e ouvido o debate, quando ainda estão vivas as impressões subjetivas que a audiência causou”.²¹⁰

Couture, quanto à produção da prova, enfatiza que “em primeiro lugar vem à prova direta por percepção. Consiste no contato imediato da pessoa do juiz com os objetos ou fatos que têm de ser demonstrados no processo. Pode-se dizer que a prova mais eficaz é a que se realiza sem intermediários”.²¹¹

Não obstante o autor também se refira aqui à vistoria judicial, bem demonstrada fica a importância da pessoa do juiz ante o elemento probatório, mesmo sendo este um objeto a ser observado, como também a observação das reações e atitudes das testemunhas quando da prestação de seus depoimentos. A percepção direta do magistrado é elemento de indiscutível valia, pois considera Couture “que a prova se vai tornando cada vez mais incerta e aumenta nela o risco do erro, à medida que se vão interpondo, entre o juiz e os motivos de prova, elementos intermediários”.²¹² Enfatiza ainda o autor “que a eficácia da atividade probatória depende da maior ou menor proximidade do juiz com os motivos. Quanto maior a proximidade, maior o grau de eficácia; quanto maior o afastamento, tanto menor o valor de convicção”.²¹³ Moreira refere também quanto à importância do princípio da identidade física do juiz que, “de ordinário, a causa deve ser julgada pelo mesmo magistrado que houver colhido as provas em audiência, o qual estará naturalmente, em melhores condições para valorá-las”.²¹⁴

²⁰⁹ CHIOVENDA, 1998, op. cit., p. 65-66.

²¹⁰ PORTANOVA. 2000, op. cit., p. 243.

²¹¹ COUTURE. 1983, op. cit., p. 184.

²¹² COUTURE, 1983, op. cit., p. 188-189.

²¹³ COUTURE, 1983, op. cit., p. 189.

²¹⁴ MOREIRA, 2001, op. cit., 85.

Em suma, observa-se amplamente, que o princípio da identidade física do juiz é de máxima importância para o deslinde da controvérsia, pois significa a apreciação pelo julgador daquilo que viu e ouviu na fase da atividade probatória trazido pelas provas testemunhais como meio de formar sua convicção.

3.1.4 Princípio da persuasão racional

Tal princípio reveste-se de máxima relevância ante a temática a ser analisada no capítulo terceiro, pois que o livre convencimento motivado ou a persuasão racional, expressamente assegurado pelo art. 131 do CPC determina que o “juiz apreciará livremente a prova atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos (...)”. Portanto, partindo-se desse enunciado, percebe-se que o juiz dirigirá o processo apreciando de forma livre, ou seja, atribuindo valor às alegações das partes²¹⁵, relevando todos os elementos trazidos ao processo e as provas que requisitar, determinando, ainda, as diligências que julgar necessárias.

Para Malatesta, há pontos divergentes entre convicção e certeza:

Em linguagem comum, quem diz, simplesmente convicção, pretende dizer menos que certeza; por isso, para evitar equívocos, falamos do convencimento racional. Convicto neste sentido, além de certo, exprime o máximo ponto de persuasão; pela segura visão intelectual e não por impulso cego do espírito.²¹⁶

Para o autor, não há graduação no convencimento judicial, pois que “convencimento é a certeza consentida e segura e, portanto, um ato simples e indivisível do espírito. Não há um mais ou menos de convencimento, nem um mais ou menos de certeza, pois ou se está convencido, ou não”.²¹⁷

²¹⁵ Braga abordando o sistema da livre apreciação da prova pelo juiz diz que “o juiz tem ampla e irrestrita liberdade na valoração das provas, podendo, até mesmo, valer-se de elementos estranhos aos autos, bem como de suas impressões ou convicções íntimas, ainda que contrariem as provas efetivamente produzidas.” BRAGA Sidney da Silva. *Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva 2004. p.56.

²¹⁶ MALATESTA, 1996, op. cit., p. 49.

²¹⁷ Idem. *Ibidem*, 1996.

As razões que formam o convencimento²¹⁸ devem ser natural²¹⁹ no juiz e podem não decorrer exatamente dos fatos alegados pelas partes ou testemunhas, mas das circunstâncias ocorridas na coleta da prova oral. Para tanto a jurisdição exige que o juiz seja imparcial. Conforme elucida Ribeiro, “é uma garantia de justiça para as partes”²²⁰. Taruffo e Michelli observam quanto o livre convencimento que “existe uma tendência a que prevaleça a livre apreciação, pelo juiz, de todas as provas, em decorrência do crescimento do fator confiança em relação à pessoa do juiz, enquanto autônomo e independente, dos outros poderes do Estado”.²²¹

Portanova lembra o sistema da prova legal, ocorrida no direito canônico onde às provas eram atribuídos determinados valores:

Vigia o sistema da teoria da prova legal. A lei fixava regras sobre quais as provas admissíveis, sobre o valor probante de cada meio probatório e sobre a força probatória. A prova era tarifada, e o juiz se vinculava a tais valores. Assim, havia prova plena, meia, prova, começo de prova etc. Podia-se então, calcular o valor de cada prova.²²²

Tamanha formalidade quanto à valoração das provas na antiguidade demonstram que não havia confiança na pessoa do julgador, pois que a valoração era estritamente matemática. Em seus comentários sobre a questão da valoração das provas, Pontes de Miranda esclarece e comenta com maestria que: “o juiz, feito arrolador de provas, lavava as mãos como Pilatos.”²²³ Remetia-se, assim, muitas vezes, a separação entre a convicção do juiz e o que decidia. Ainda

²¹⁸ Conforme Dinamarco (p. 233), o juiz quando interpreta os textos, colhe precedentes judiciais, considera princípios gerais do direito, está-se instruindo, ou seja, o seu espírito está em vias de preparação para o juízo a ser emitido finalmente a respeito da pretensão deduzida em juízo pelo demandante.

²¹⁹ Malatesta (1996, p. 49) assegura que o “convencimento artificial é produzido por razões estranhas à sua intrínseca e própria natureza, por exemplo. Quando o juiz forma seu convencimento pessoal através do debate, não examinado e sopesando as provas diretamente, por sua iniciativa, mas seguindo as apreciações feitas por outro juiz que as relatasse”

²²⁰ RIBEIRO, 1998, op. cit., p. 20.

²²¹ MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. *A Prova*. Revista Processual Civil – Doutrina Internacional – 16. 1979. p. 155.

²²² PORTANOVA, 2000, op. cit., p. 244.

²²³ O Juiz Américo Lacombe, em sua oração de posse no cargo de Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região disse que “a justiça não pode (...) jamais se omitir sob pena de lançar a sociedade em situações que serão mal apreciadas pela história”. A omissão mais escandalosa de um Juiz foi sem dúvida – lembrou o orador - a de Pilatos. Quantas vezes afirmou que nenhuma culpa achava naquele Homem? Por tal razão, sem coragem de absolvê-lo, cometeu aos Príncipes dos Sacerdotes para que eles o julgassem a causa de Cristo. Afirmou, diante de todos, lavando as mãos com um pouco de água, não ter ele parte alguma nas coisas daquele justo. Prevaleu a omissão da Justiça, a pusilaminidade do Juiz!” Apud MATHIAS COLTRO, Antonio Carlos. *Uma Nova Ética para o Juiz*. Org. NALINI, José Renato. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 11-12.

mais: a vida em sua exuberância e transformação criava dificuldades insuperáveis, como a arrebentar esses grilhões medievalescos”.²²⁴ O juiz formava sua convicção através de regras impostas e cálculos matemáticos de modo que claramente se percebe a falta de confiança havida das partes em relação ao julgador ao que Micheli e Taruffo asseveram que “a falta de confiança, nem sempre era injustificada”.²²⁵ Informam, ainda os autores, que:

Daí a proliferação, particularmente do direito da Idade Média e, em seguida, até ao começo do século XIX, das regras de experiência (ou daquelas assim consideradas) que limitavam de varias formas a escolha dos meios de prova (p.ex. a prova testemunhal) como também restringiam liberdade de o juiz valorar resultados.²²⁶

Neste diapasão, observa-se informação de Malatesta, quanto às provas legais:

O movimento histórico ascendente da humanidade conduz, em matéria probatória, à preponderância da substância da prova, com critérios fixos, por parte da lei, determinando em que condições probatórias se estará certo em quais outras, não: teríamos assim as provas legais(...) que foram um progresso histórico pois que substituíram as ordálias e os duelos judiciários, sistema probatório barbaramente traumatúrgico, atingido pelos anátemas do quarto Concílio Luteranense.²²⁷

Referindo-se, também, ao sistema de provas legais²²⁸ Contoure infere que:

²²⁴ MIRANDA, 1998, op., cit., p.403.

²²⁵ MICHELI E TARUFFO, 1979, op. cit., P. 155-156.

²²⁶ Idem, ibidem, 1979.

²²⁷ MALATESTA, 1996, op. cit., p. 43.

²²⁸ Contoure (1999, p. 191) traz alguns exemplos de provas legais que proliferavam no direito antigo como no Foro de Castela o número de testemunhas variava conforme o litígio versasse sobre móveis ou imóveis, e conforme os litigantes fossem da mesma ou de diferentes cidades. Se a demanda, entre homens de um mesmo povoado, era sobre móveis, a prova devia ser feita por duas testemunhas do mesmo povoado; se era sobre imóveis deviam depor cinco testemunhas. Destas, três deviam ser filhos d’algo e dois lavradores. Os filhos d’algo deviam ser “desde avô até neto, havidos de leal matrimônio”, segundo manda a igreja. No foro Real da Espanha se excluía, em regra, o depoimento das mulheres. Os anciãos deviam ser mais acreditados que os mancebos, “porque mais viram e pesaram mais coisas”. O fidalgo devia ser mais acreditado que o vilão, “porque parece que cuidará mais de cair em vergonha por si, e por sua linhagem. “O rico devia ser mais acreditado que o pobre, porque o pobre pode mentir por cobiça ou por promessa”.

São aquelas em que a lei determina antecipadamente ao juiz o grau de eficácia de um determinado meio probatório, onde o legislador aplicava certos princípios críticos, atribuindo ou negando valor aos meios de prova; por um ato de autoridade, procurava-se determinar de antemão o resultado dos esforços intelectuais do juiz. Este frente à prova, não devia ter mais reação intelectual que a que previamente lhe assinalara o legislador.²²⁹

Importante conhecimento traz Echandia quanto à evolução dos meios probatórios, conta ele que:

Em Francia, escritores como Montesquieu, Voltaire, y Brissot protestaron también contra el sistema judicial medioeval, y em la Asamblea Constituyente de 1790 se regogieron esos conceptos al pronunciarse contra las pruebas formales en materia penal y al consagrarse el sistema de la convicción íntima de los jueces, que quedó sancionado en las leyes de 18 de enero de 1791 y de 29 de setiembre del mismo año cuyo principal fue Duport. Se entra así a al fase sentimental, que mejor sería denominar de la convicción moral.²³⁰

Para Pontes de Miranda, no entanto, mesmo sob o regime de provas escalonadas e estimadas pela lei “nunca o homem conseguiu a verdade sem pensar com liberdade e sem partir de fatos e sem se ater a eles, ainda quando, em ciência, usasse hipóteses de trabalho”²³¹. Portanto, para ele, a liberdade restrita, atrelada a critérios determinados pela lei, faz com que o julgador, na busca da verdade, somasse elementos probatórios cujo valor já estava atribuído pela lei, obedecendo apenas a interesses políticos.

De lá para cá, houve profundas transformações e a teoria moderna da prova inspira maior confiança no que tange “à formação da convicção do juiz do modo mais despreendido possível das regras de julgamento preconstituído, assegurando, porém às partes a possibilidade de controlar sua formação”²³². Esse controle assegurado às partes, segundo os autores, “possibilita-lhes controlarem a maneira como o juiz forma o seu convencimento”.²³³

²²⁹ COUTURE, 1983, op. cit., p.188.

²³⁰ ECHANDIA, 1974, op. cit., p. 64.

²³¹ MIRANDA 1998, op. cit., p.401.

²³² MICHELLI e TARUFFO, 1979, op. cit., p. 156.

²³³ Idem, ibidem, 1979.

Esse controle se dá, com certeza, na motivação da sentença²³⁴ e garante às partes a segurança necessária no decisório referentemente à imparcialidade do julgador.

Como bem ensina Portanova, essa transformação ocorreu pela contribuição de dois fatores que são: “o fato de o juiz trabalhar com a verdade e, ainda, pelo fato de o juiz trabalhar com a globalidade e dinâmica realidade da vida”.²³⁵ Por certo que, sendo a realidade mutante e dinâmica há que constantemente serem reavaliados os critérios para valoração da prova para que não se torne um processo anacrônico e ultrapassado.

Quanto a isso, Dallari observa que:

O juiz participa de disputas políticas e é, inevitavelmente, influenciado por tal circunstância, entretanto isso não é levado em conta quando se discute a situação social do juiz, as influências que podem resultar de sua condição social e, de outro lado, a possibilidade de que ele exerça influência sobre as atividades e decisões políticas.²³⁶

E acrescenta ainda o autor que “é muito comum argumentar-se como se o juiz existisse fora da realidade e não fosse influenciado por ela”.²³⁷

Dinamarco comenta que o juiz, hoje, é visto como “um autêntico canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico”.²³⁸ E segue o autor observando que as transformações sociais exigem um maior equilíbrio do juiz ao julgar, e cita lição brilhante de Spota, segundo o qual:

²³⁴ Segundo Portanova (2000, p. 246-247), a maior e mais importante limitação ao livre convencimento do juiz é a necessidade de motivação nas decisões. Já que o subjetivismo do julgador é algo até desejável para que a decisão atenda aos avanços democráticos que sepultaram a prova legal, é necessário contar com outros mecanismos de controle do juiz quanto mais liberdade se der ao juiz, mais minuciosa deve ser sua sentença. Quanto mais responsabilidade se atribuir ao julgador, mais clareza e publicidade há de se cobrar de quem julga.

²³⁵ PORTANOVA, 2000, op. cit., p. 245.

²³⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. O Poder dos Juízes. São Paulo: Saraiva. 2002, p.87.

²³⁷ Idem, ibidem, 2002.

²³⁸ DINAMARCO, op. cit., p. 198.

O juiz, especialmente em tempos de crise e de mudanças como este em que vivemos, está sempre pressionado pelas formas opostas que caracterizam a já denunciada tensão entre a norma e a realidade: de um lado, sujeito “ao governo das leis”; e de outro, responsável pela efetividade de um direito progressivo, para a qual é indispensável” ponderar exigências sociais, econômicas, morais, que se dão na coletividade”. Para ser correto em seu modo de exercer o seu ofício, ele há de preservar um “equilíbrio estável entre o imperativo axiológico e a segurança jurídica”.²³⁹

De modo que desde as provas legais da antiguidade até os dias de hoje houve métodos adotados que buscaram solucionar a grande dificuldade de o juiz julgar. Couture refere-se a sistemas ou métodos²⁴⁰ quanto à valoração da prova expondo sobre o que seria a crítica *sã* vinda da lei espanhola de 1855²⁴¹ como sendo um grande princípio em matéria de interpretação da prova testemunhal:

A crítica *sã* é sem dúvida o método mais eficaz de apreciação da prova. Sem os excessos da prova legal, que levam, muitas vezes, à consagração de soluções opostas à convicção do juiz, mas também sem os excessos a que a arbitrariedade do magistrado poderia levar no método da livre convicção tomado em sentido absoluto, ele reúne as virtudes de ambos, atenuando ao mesmo tempo, as suas demasias.²⁴²

Este sistema, segundo o autor, representa uma categoria intermediária entre as provas legais e a livre convicção.²⁴³

Considera ainda o autor, dispondo sobre o livre convencimento “que se bem que o sistema do livre convencimento fosse historicamente mais antigo, as provas legais para o tempo em que floresceram, foram um progresso, por serem mais benéficas quando elas substituíram o processo inquisitorial, tornando-se um corretivo do arbítrio judicial”.²⁴⁴

²³⁹ Apud DINAMARCO, op. cit., p. 198.

²⁴⁰ Couture (1983, p. 192) refere às diferenças dos métodos sobre valoração da prova: no sistema das provas legais, o legislador diz ao juiz: “tens que sentenciar como eu determino”. No sistema da livre convicção diz, ao contrário: “sentencia conforme a tua consciência com a prova dos autos, sem ela, ou até contra ela..” Porém no sistema da crítica *sã*, o legislador, depois de conferir ao juiz poderes para completar o material probante fornecido pelas partes, diz-lhe:” sentencia como tua inteligência indique, raciocinando sobre a prova, de acordo com a tua experiência da vida e com o esclarecimento que te possam dar os peritos.”

²⁴¹ COUTURE, 1983, op. cit., p.192.

²⁴² CONTURE, 1983, op. cit., p. 197.

²⁴³ Conforme elucida Contoure (1983, p. 192-193), este sistema não possuía a rigidez das provas legais e nem a demasiada incerteza da livre convicção e regulava a atividade intelectual do juiz em face da avaliação da prova. Combinando as regras da lógica, com as regras de experiência do juiz. A crítica *sã* seria a união da lógica com a experiência, sem as abstrações de ordem intelectual, tendendo a assegurar o raciocínio mais certo e mais eficaz.

²⁴⁴ Idem, ibidem, 1983.

Segundo Miranda,

O inconveniente do princípio da livre apreciação, sem limites claros, é o de aumentar enormemente a responsabilidade do juiz, ao mesmo tempo em que abre a porta às impressões pessoais, às suas convicções de classe ou políticas, às suas tendências de clã e de clube. Só em ambiente de liberdade de pensamento e de imprensa poderia dar bons resultados tal sistema, porque então, haveria a repercussão na opinião pública e a crítica técnica depuradora.²⁴⁵

Percebe-se do exposto que Miranda já prenuncia que a livre convicção poderia proporcionar uma grande abertura aos conhecimentos e predileções do julgador como as regras de experiência²⁴⁶ que, com certeza, começaram a se proliferar numa tentativa de impedir que o juiz valorasse as provas de modo medido e racionalizado numericamente como eram as provas tarifadas da antiguidade numa clara e ampla tentativa de impedir o julgamento com tendências pessoais do magistrado. Portanova salienta que “os resquícios da prova legal são lembranças dos regimes de pouca liberdade, preocupados em cavar a separação entre a convicção do juiz e o que vai efetivamente ser decidido”²⁴⁷.

Hoje o princípio de que o juiz é livre para formar seu convencimento tem previsão legal no art. 131 do CPC, mas lhe impõe o dever de motivar a sua sentença. Nesta linha de idéias, infere-se a posição de Pontes de Miranda quando comenta os limites do livre convencimento:

²⁴⁵ MIRANDA, 1998, op. cit., P. 403.

²⁴⁶ Stein (1998, p. 30-33) considera que máximas ou regras de experiência são “verdades notórias, universalmente conhecidas y cada ciencia cuenta al menos com algunos principios que a toda persona instruída son familiares, junto a otros que solo el técnico conoce, y que el paso de aquellos a estos es imperceptible. De las banales verdades de la vida cotidiana a las altas leyes matemáticas, físicas o químicas, cuya mera comprensión exige ya profundos conocimientos. (...). Y el conocimiento técnico y la cultura general varían según las épocas y los pueblos, siendo diferentes incluso de un día para otro de una personan para otra.

²⁴⁷ PORTANOVA, 2000, op. cit., p. 244.

Para se obviar aos inconvenientes da livre apreciação pelo juiz(coeficiente pessoal desde o seu quadro psicobiológico até a dosagem da sua mentalidade política; não poderem as partes prever com exatidão o resultado que hão de obter as suas provas , e outros mais), a lei exige:a) que o juiz fundamente o despacho, ao ordenar diligências que reputa necessárias à instrução do processo, e aquele em que indefere diligências que tem por inúteis ou manifestamente protelatórias; b) que dê as razões do seu conhecimento, analisando as provas que se baseou e porque lhes atribuiu o valor que foram levadas em conta; c) se bem que o art. 131 lhe confira atribuir valor probatório a provas que não foram alegadas pela parte, tais provas têm de ser constantes dos autos, de modo que o juiz julgue de acordo com a “prova dos autos”.²⁴⁸

Dessa forma, vê-se que há uma restrição ao poder do juiz de valorar livremente a prova, interpretando de forma mais adequada e atualizada seguindo a evolução dos tempos, adequando o tempo do direito ao tempo da sociedade. O princípio do livre convencimento que vem atrelado ao princípio da motivação exerce controle na atividade do juiz impedindo a sua liberdade exacerbada.

3.1.5 Princípio da Imparcialidade

Dinamarco enfrentando a questão da imparcialidade do juiz diz que: “A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente, por isso as partes têm o direito de exigir um juiz imparcial e o Estado que reservou para si este direito, tem o dever de agir com imparcialidade”.²⁴⁹ Gomes Filho assevera que “a imparcialidade se manifesta no âmbito do próprio processo, identificando-as com uma posição desinteressada do juiz”.²⁵⁰

Nas palavras de Echandia,

Las dirección del debate probatorio por el juez impone necesariamente su imparcialidade, esto es, el estar siempre orientado por el criterio de averiguar la verdad, tanto cuando decreta pruebas oficiosamente o a solicitud de parte, como cuando valora los medios allegados al proceso.²⁵¹

²⁴⁸ MIRANDA, 1998, op. cit., p. 406.

²⁴⁹ GRINOVER; ARAÚJO CINTRA; DINAMARCO, 1996, op. cit., p.52.

²⁵⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 98.

²⁵¹ ECHADIA, 1974, op. cit., p. 130.

Dessa imparcialidade, atributo do juiz na solução das causas que são submetidas ao Estado, pressupõe Dinamarco que além de o juiz representar “um instrumento técnico, também representa um instrumento ético levando-se em consideração o problema das garantias fundamentais do homem”.²⁵² De forma que ao juiz não é permitido ter interesse pessoal em relação às partes no litígio até, porque, fere os princípios dos direitos humanos e o princípio da igualdade a que todos estão submetidos. Os artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil enunciam que é defeso ao juiz exercer funções no processo quando reputar-se suspeito, sendo amigo íntimo de qualquer das partes, credor, cônjuge assistindo-lhe o direito de reputar-se impedido.

Observa-se daí, que o juiz imparcial é o que não tem interesse próprio no julgamento. Portanova traz importante comparação relacionando a imparcialidade do juiz com a tradicional deusa da justiça:

Tradicionalmente a imparcialidade é representada por uma mulher com olhos vendados e com uma espada numa mão e a balança equilibrada noutra. Contudo, não há negar, é temeridade dar uma espada a quem está de olhos vendados. Ademais, como visto no princípio jurídico, muitas vezes a balança está desequilibradas, logo, o mais correto é manter os olhos da Justiça bem abertos para ver as desigualdades e igualá-las.²⁵³

Embora o juiz não possa exercer suas atividades de modo totalmente livre, adverte Dinamarco, há que observar algumas limitações que o princípio da imparcialidade exige “para que ao se pronunciar não seja tocado por uma postura inteiramente emocional no processo sem condições espirituais para um julgamento sereno.”²⁵⁴ Acredita, ainda, o autor que o juiz, por sua formação técnica está a salvo de tais temores:

Quanto ao comprometimento do juiz, poder-se-ia responder que a formação profissional o põe, com razoável teor de segurança, a salvo dos possíveis deslizes; resta por demonstrar que o juiz recrutado por modo idôneo, cercado de garantias e integrante de um Poder Judiciário bem estruturado seja assim tão suscetível a fraquezas.²⁵⁵

²⁵² GRINOVER; ARAÚJO CINTRA; DINAMARCO, 1996, op. cit., p 53.

²⁵³ PORTANOVA Rui. Princípios do Processo civil. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 79.

²⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editor. p. 164-165.

²⁵⁵ DINAMARCO, op. cit., p. 165.

Nesta linha de idéias, não se pode deixar de lembrar as já citadas palavras de Mellendo que brilhantemente conclui que: “Sentencia viene, etimologicamente de *sentire*; es lo que el juez siente ante la controversia jurídica se ha seguido; pero ese sentimiento ha de expresarse con palabras y que ofrezcan una verdadera ilación y representen una construcción lógica.”²⁵⁶ Depreende-se das idéias do autor que o juiz é uma pessoa. E como pessoa é comum, dotado de razão, inteligência, aspectos psicológicos, sociológicos e culturais²⁵⁷. Como profissional é um jurista, alguém que tem como alvo fazer justiça e essa justiça é a sua tarefa. Cumprir isso é, em primeiro lugar, não ser omissos. A verdade é que toda pessoa, e assim sendo, também o juiz, é levado a dar significado a uma ordem de valores impressos em sua consciência individual²⁵⁸.

Tais valores são transportados para as regras jurídicas e, com certeza, influenciam o aplicador da norma nas decisões que tomar. A pessoa do juiz é um contexto, é um todo e como tal, pensa e age. Cita-se, aqui, um belíssimo poema de Gregório de Matos Guerra do estilo literário Barroco Brasileiro, séc. XVIII, e que vem a explicitar, neste contexto, o que seja um sistema, “o todo sem a parte não é todo”.²⁵⁹

Fragmentar-se no momento da decisão, refutar a experiência de sua própria individualidade parece ser impossível a qualquer pessoa. Depreende-se, então, que as decisões judiciais possuem também, além da técnica, obrigatória ao julgador, parte de sua subjetividade, de sua intuição, de seu sentimento²⁶⁰ enfim de sua experiência e máximas²⁶¹ de vida e sensibilidade²⁶². Enfim, evidente a abertura cognitiva do subsistema do direito ao

²⁵⁶MELLEENDO, 1979, op. cit., p. 305.

²⁵⁷Couture (1983, p. 194), observa quanto a convicção do juiz que “o juiz, seja-nos permitido insistir, não é uma máquina de raciocinar, mas sim, essencialmente um homem que toma contato com o mundo que o rodeia, e que ele conhece através de seus processos sensoriais e intelectuais. O prudente arbítrio é, portanto, a apreciação lógica de certas conclusões empíricas de que todo homem se serve para movimentar-se na vida”.

²⁵⁸ Seguindo pensamento de Stein (1998, p. 21), “el objeto de la actividade del jurista abarca toda la vida del hombre, no habiendo absolutamente ningún hecho, ni acontecimiento ni circunstancia que no pueda ser sometido a la acción del jurista, para examinar las consecuencias jurídicas que indirecta o directamente se deriven de él. Stein.

²⁵⁹ MATOS (1976, p. 307), autor português, pertencente ao estilo literário Barroco, século XVII diz em seu poema: “O todo sem a parte não é todo; a parte sem o todo não é parte; Mas se a parte o faz todo sendo parte; Não se diga que é parte, sendo o todo”.

²⁶⁰ Mellendo (1979, p. 312), diz que “se llega, em muchos casos, a sentencia, por intuición o bien por instinto o como dicho algún autor por corazonada o *pálpito*. La sentencia no puede se um puro juicio lógico, fríamente realizado sobre conceptos abstractos; no puede prescindir de “los subterráneos meandros de lãs corrientes sentimentales; pero teniendo siempre presente esa construcción de la sentencia em la cual interviene la norma jurídica, el juicio sobre hechos concretos y las regla de experiencia”.

²⁶¹ Kant (2005, p. 28) considera que *máxima* é o princípio subjetivo do querer; o princípio objetivo é a lei prática.

²⁶² A lição de Watanabe (2000, p. 64) diz que “a justiça precisa ser rente à realidade social. Essa aderência à vida somente se consegue com o aguçamento da sensibilidade humanística e social dos juizes, o que necessariamente requer preparação e atualização.

sistema social através da pessoa do julgador que traz de sua historicidade, elementos capazes de serem acatados e de lhe formarem a convicção.

Conforme assevera Watanabe também quanto aos critérios da experiência:

A fase preparatória da decisão é muito mais complexa e compreende momentos de decisiva importância que não são de simples dedução lógica e sim de intuição e de concreta apreciação do caso, nos quais influem de maneira mais ou menos consciente, critérios de experiência, de oportunidade e de justiça, inspirados nas condições históricas, econômicas e políticas da sociedade.²⁶³

É importante salientar, que o julgador analisa o fato e as provas conforme a doutrina do direito, conforme a lei e também – e salienta-se aqui – conforme o conhecimento que ele tem do mundo que o cerca.

Segundo esclarece Gadamer, ao falar das linguagens diversas do mundo, acrescenta que “quem foi criado numa determinada tradição cultural e de linguagem vê o mundo de uma maneira diferente daquele que pertence a outras tradições culturais”.²⁶⁴ Portanto, o seu senso comum para o caso *in concreto*, pode variar dependendo da tradição cultural, da vivência diferente que cada magistrado possui, mas, sua decisão, deverá ter o consenso da maioria dos membros da sociedade.

Para Nalini o magistrado traz em si as características comuns a todos os homens e como tal conduz-se na decisão a ser prolatada:

O juiz é um ser humano com todas as suas circunstâncias. Possui personalidade que foi plasmada numa determinada origem social, região, momento histórico, sem desconsiderar a carga genética e as interações no sistema educacional, absorção de valores e de costumes de convivência. Tem suas inclinações, suas idiossincrasias, não é insuscetível de angustiar-se, característica do homem moderno.²⁶⁵

Não obstante o juiz dever ser imparcial e manter equidistância das partes, o autor considera “tormentosa a sua concreção”.²⁶⁶ pois considera que “ao se defrontar com as lides

²⁶³ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. 2. ed. atualizada. Campinas: Bookseller, 2000. p. 60.

²⁶⁴ GADAMER, 2004, op. cit., p. 577.

²⁶⁵ NALINI, José Renato. *Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1994, p. 97.

²⁶⁶ Idem, ibidem, 1994.

envolvendo partes economicamente equilibradas não é tarefa difícil manter-se imparcial, mas no momento em que um lado está hipossuficiente a preservação da imparcialidade pode ser difícil”²⁶⁷ Não passa despercebido, portanto, que o julgador, não obstante possua conhecimentos acadêmicos que superam seus próprios conhecimentos adquiridos pela vivência, aqueles não suplantam estes. Daí, ser difícil, segundo idéia do autor, impedir que as convicções aflorem e subsistam no julgamento. Manter-se absolutamente imparcial, conforme determina o princípio em questão não é tarefa fácil.

Gomes Filho declara que a motivação da sentença possibilita a identificação da conduta imparcial ou não do juiz, pois constitui:

O ponto de partida para a descoberta desses eventuais motivos espúrios ou subjetivos, que tenham influenciado as escolhas adotadas, evidenciando o verdadeiro caminho mental seguido para alcançar a solução das diversas questões debatidas, sendo, por isso, a motivação é um instrumento para identificar uma conduta parcial ou a sujeição do juiz a pressões externas.²⁶⁸

Segundo esclarece Warat, as verdades jurídicas estão indelevelmente ligadas ao poder:

Os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder.²⁶⁹

Ribeiro abordando a questão da imparcialidade do juiz refere interessante questão asseverando que há duas espécies de imparcialidades que devem ser distinguidas que são a imparcialidade filosófica e a imparcialidade humana, que conforme conceitua o autor a primeira é:

²⁶⁷ Idem, *ibidem*, 1994.

²⁶⁸ GOMES FILHO, 2001, *op. cit.*, p. 99.

²⁶⁹ WARAT, 1994, *op. cit.*, p.15.

Do ponto de vista filosófico, o juiz não é imparcial, assim como nós também não o somos, nem o nosso conhecimento; o juiz é uma pessoa, tem suas preferências, suas inclinações ideológicas, prefere o azul ao vermelho, o branco ao preto ou vice-versa. Sob essa ótica, querer a imparcialidade do juiz é segundo Carnelutti, “como buscar a cuadratura del círculo”.²⁷⁰

E continua o autor, seguindo sua idéia, indicando a diferença que há na imparcialidade humana opondo-a à filosófica:

O que denominamos imparcialidade humana parte da premissa inafastável da natureza do homem como ser social e individual; pois ser imparcial é não deixar as suas convicções, as suas predileções sobrepujarem os elementos constantes nos autos. Isso é ser humanamente imparcial. Essas convicções e predileções pessoais devem pesar no julgamento, mas isso não equivale a dizer que o peso seja tão forte a ponto de inviabilizar os critérios objetivos e subjetivos constantes nos autos.²⁷¹

Quanto às predileções pessoais do juiz, Ribeiro acredita que elas terão, inevitavelmente, um papel importante nas decisões, mas não ao ponto de preponderarem sobre as provas fidedignas trazidas aos autos.²⁷²

Neste diapasão, crê-se que a garantia da imparcialidade do julgador reside exatamente na motivação, nos fundamentos que lhe formaram a convicção e que, por isso devem estar descritos na sentença. Cruz e Tucci assegura que “os motivos do julgamento devem ser mencionados de modo expreso, uma vez que constitui função própria do juiz a de interpretar a lei a aplicá-la aos fatos da causa”.²⁷³ A motivação ou fundamentação da sentença não representa apenas um requisito formal, mas ao contrário, é um elemento estruturante do próprio julgamento. Em outras palavras, é a exigência de apresentar uma argumentação racional e não necessariamente formal para justificar a decisão, que obriga o juiz a decidir seguindo certos parâmetros de racionalidade e bom senso²⁷⁴, impedindo, assim, que haja liberdade exagerada no desempenho de sua atividade, tornando públicos os fundamentos que o convenceram.

²⁷⁰ RIBEIRO, 1998, op. cit., p. 20.

²⁷¹ RIBEIRO, 1998, op. cit., p. 61.

²⁷² RIBEIRO, 1998, op. cit., p. 61.

²⁷³ CRUZ e TUCCI, José Rogério. *A motivação na Sentença no Processo civil*. São Paulo: Saraiva. 1987. p.15-18.

²⁷⁴ Nalini (2000, p. 110) considera que o juiz deve ter consciência de que “como todo homem, não é pura razão, e que além do corpo tem uma parte afetiva que é difícil de controlar e ordenar sentimentos e emoções de maneira a lograr maior imparcialidade e objetividade nos seus juízos”.

Para Portanova, a liberdade exagerada permitida ao magistrado em suas decisões criaria certa situação de arbítrio e, acrescenta que “não é interesse do Estado perpetuar estado de insatisfação na sociedade, o que se converte em decepção permanente”.²⁷⁵ De forma que, o agir autoritário do juiz restará em insatisfação da sociedade eliminando o clima de confiança que se há de ter no Poder Judiciário, “daí ser a motivação e a fundamentação do decisório importante instrumento de segurança social e insatisfações eliminadas”.²⁷⁶

Embora a imparcialidade seja uma preocupação que amiudamente se observa entre os aplicadores do direito, quanto à pessoa do magistrado, Echandia acredita que este não é um problema de difícil solução, pois para ele:

No existe razón para temerle a la parcialidade del juez si se lê otorgan facultades inquisitivas y libertad de apreciación, porque en el proceso dispositivo y contaría legal también pueden dar-se iguales injusticias e iniquidades. Lo que ocurre es que no es posible una organización judicial sin presumir la imparcialidade de sus funcionarios. Por otra parte, existen los recursos, la segunda instancia y la casación para corregir las consecuencias de una parcialidade que no esté comprendida en ningún motivo de impedimento, y también existe la recusación, cuando tenga este carácter.²⁷⁷

Entende Echandia que a possível e provável parcialidade do juiz, poderá ser sanada pela segunda instância, o que não causaria grandes transtornos. Uma vez motivada sua decisão, e o juiz tem o dever constitucional de motivá-la²⁷⁸, e sendo a lei uma expressão da vontade popular, o julgador deve demonstrar à opinião pública que suas decisões estão apoiadas em textos legais ou expressarem verdades vivenciadas comumente ou, ainda em verdade notórias consagradas pela sociedade.

O julgador procede à avaliação processual distinguindo o direito que entende aplicável ou rejeitando os argumentos das partes e explicando os mecanismos racionais e - razoáveis - pelos quais decide. A motivação da sentença é a parte do julgado que deve conter a exposição dos fatos relevantes para a solução do litígio e a exposição das razões jurídicas do julgamento.²⁷⁹ Dessa forma, a motivação da sentença não representa somente um requisito formal da decisão ou um discurso formulado *a posteriori* para justificá-la, mas constitui, ao

²⁷⁵ PORTANOVA, 2000, op. cit., p 110.

²⁷⁶ Idem, ibidem, 2000.

²⁷⁷ ECHANDIA, 1974, op. cit., p. 130.

²⁷⁸ O art. 93, IX da Constituição Federal preconiza que : “ Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.(...)” CF- 1988.

²⁷⁹ CRUZ E TUCCI, 1987, op. cit., p.15-18.

contrário, um elemento estruturante do próprio julgamento. Em outras palavras, é a exigência de apresentar uma argumentação racional e não necessariamente formal para justificar a decisão, que obriga o julgador a decidir seguindo parâmetros de racionalidade e bom senso, impedindo, assim, que haja liberdade exagerada no desempenho de sua atividade, tornando públicos os fundamentos que o convenceram. Acredita-se que aqui reside a garantia de imparcialidade e justiça necessária às partes envolvidas no conflito de interesses. A motivação informa quais os critérios adotados pelo juiz que lhe formaram a convicção. Quanto a isso, Knijnik traz importantes idéias quanto à forma de controlar a imparcialidade. Para ele, “há diversos enfoques a partir dos quais se pode submeter o princípio do livre convencimento a critérios de racionalidade e controle”.²⁸⁰ E continua o autor, citando aquilo que considera importante juridicamente: “Trata-se dos chamados ‘critérios de decisões’, ‘standars’, ou como preferimos, em atenção ao direito comparado, os ‘modelos de constatação’ dos fatos”.²⁸¹⁻²⁸²

Sem sombra de dúvidas, a preservação da imparcialidade pode ser tarefa das mais difíceis, pois o julgador tem sua sensibilidade e subjetividade e costumes outros dos quais não pode desligar-se para proferir a decisão. “O juiz não pode agir mecanicamente e é difícil controlar e ordenar os sentimentos e emoções de maneira a lograr maior imparcialidade e objetividade em seus juízos sobre as pessoas”.²⁸³

É oportuno salientar, então, que toda a decisão judicial pode conter elementos do saber humano comum que embasam a convicção do magistrado. Ante a dificuldade em manter-se imparcial o aplicador da norma recorre a sua experiência comum, talvez mesmo sem se aperceber disso, tão-somente por ser impossível dissociar aquilo que pertence ao ser humano e faz parte do seu senso comum e de sua comunidade, daquilo que é ordenamento jurídico e faz parte dos conhecimentos acadêmicos da pessoa-juiz, aprendidos e apreendidos ao longo de sua vida.

²⁸⁰ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 17.

²⁸¹ KNIJNIK, 2007, op. cit., p. 18.

²⁸² Para o autor, os modelos de constatação não são lineares, variando conforme os reflexos do direito temporal. Atenta-se que há também nesta idéia, a noção de sistema, pois que se reveste de circularidade por variar conforme varia o direito material.

²⁸³ NALINI, 1994, op. cit., p. 98.

Ressalta-se, que o juiz não pode ser uma máquina de fazer sentenças²⁸⁴, não havendo um padrão-chave de formulação de sentenças.

As decisões, segundo Luhmann são legítimas quando e enquanto se reconhecer que são obrigatoriamente válidas e devem fundamentar o próprio comportamento²⁸⁵. De forma que para Luhmann:

Esta definição as dificuldades deslocam-se para o conceito da aprovação ou aceitação. A opinião predominante considera este conceito dum ponto de vista demasiado limitado quando suprime a “convicção” da autenticidade dos valores, princípios de legitimação ou teor das decisões. Esta noção estreita harmoniza-se com a concepção clássica do procedimento como busca da verdade; substitui o conceito absoluto de verdade por um conceito relativo, que tranqüiliza o espírito. A convicção da autenticidade das decisões deveria ser divulgada pelo alcance duma verdade e justiça em que realmente se acredita.²⁸⁶

Este conceito de verdade relativa no dizer de Luhmann e que “tranqüiliza o espírito” se produz também por decisões de risco, pois que vêm do convencimento íntimo do julgador, de sua convicção interna, subjetiva e psicológica. Lembra-se, aqui, o excesso formal do estilo literário Parnasiano na literatura brasileira, já referido acima, e que vem muito bem explicar o juiz formalista.²⁸⁷ Não deve haver, hoje, o juiz-parnasiano²⁸⁸, excessivamente formalista, ligado unicamente à forma. Há que surgir um pouco do *sentire* que Mellendo²⁸⁹ refere-se a possibilitar o rompimento de determinados grilhões que prendem o julgador a dogmáticas cristalizadas e cristalizadoras.

²⁸⁴ Parodiando a alcunha que os poetas modernistas deram aos poetas parnasianos, no início do século XX, que por não usarem (os parnasianos) os sentimentos, o subjetivismo na realização dos versos, ainda, pelo fato de os poetas parnasianos produzirem poemas à margem e ao alvedrio das grandes transformações do final do século XIX e início do século XX preocupando-se exclusivamente com o aspecto formal do poema, ou seja, baseavam-se no binômio objetividade/culto da forma, eram denominados, ironicamente de “máquinas de fazer versos” numa clara alusão ao endeusamento da forma. Oswald de Andrade, poeta modernista, assim referiu-se aos parnasianos: “só não se inventou uma máquina de fazer versos - já havia o poeta parnasiano”. Olavo Bilac mostra toda a ânsia de versos formais no fragmento que seguem: “Assim procedo. Minha pena. Segue esta norma. Por te servir, Deusa Serena, Serena Forma”. NICOLA. José. Literatura Brasileira: Das origens aos Nossos Dias. São Paulo: Scipione. 3. ed. 1989. p. 144.

²⁸⁵ LUHMANN, 1980, op. cit., p. 30.

²⁸⁶ LUHMANN, 1980, op. cit., p. 32-34.

²⁸⁷ Ver nota 248.

²⁸⁸ Compara-se aqui o juiz ao poeta-parnasiano, que segundo pensamento da época “foi uma vítima da inteligência que construiu a prisão onde quis encarcerar o poeta. Foi na prisão sem ar que morreu o Parnasianismo. Não há prisioneiro encarcerado convicto, que não queira romper cadeias, fugir, bradando um grito de liberdade”. NICOLA, 1994.

²⁸⁹ Ver nota 137.

Neste contexto, pode-se detectar que a incidência da aplicação de recursos vindos da convicção do julgador constituir-se-á em instrumento autopoiético de abertura cognitiva do processo, pelos meios probatórios com o meio ambiente, possibilitando uma decisão em acordo com o tempo do direito.

3.2 A BUSCA DA CERTEZA: (IN) CERTEZAS FRENTE A UMA PROBLEMÁTICA DE RISCO

A atividade processual tem por finalidade específica a busca da certeza para a satisfação do litígio. Não obstante a maior parte dos doutrinadores considere o elemento probatório suscetível de buscar a verdade, considera-se que o julgador poderá ter acesso à certeza e daí, deste ponto (in) certo formará seu convencimento.

Por isso distingue-se a verdade de certeza. Considera-se que a atividade processual é capaz de obter e trazer ao processo de decisão apenas a certeza²⁹⁰ como elemento para dissiparem-se as dúvidas e possibilitar ao julgador uma decisão confiável.

Embora Portanova enuncie que “o processo tem preferência pela realidade sobre a mera aparência”²⁹¹ a grande dificuldade está em encontrar a realidade dos fatos com as provas obtidas e trazidas aos autos. A certeza absoluta será transparente aos olhos do julgador e das partes? Investigar a certeza não pressupõe garantias suficientes quanto ao erro. “Nem sempre a certeza corresponde à verdade” diz Malatesta.²⁹²

Mittermaier, quanto à verdade dos elementos de prova relativiza: “será que a verdade propriamente dita, ou melhor, *a realidade absoluta das coisas*, pode ser submetida às investigações do espírito humano, ou se este antes se deve contentar com a simples aparência”.²⁹³

Por certo que as provas trazidas aos autos que buscam demonstrar a afirmação do autor, podem ser insuficientes e produzirem dúvidas diversas trazendo, como consequência,

²⁹⁰ Luhmann (1980, p. 122) a certeza é, basicamente, confiança numa complexidade já reduzida.

²⁹¹ PORTANOVA, 2001, op. cit., p. 200.

²⁹² MALATESTA, 1996, op. cit., p. 38.

²⁹³ MITTERMAIER. C.J.A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal ou Exposição Comparada*. Vertido para o Português por Hebert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1977 p. 59.

ao juiz a impossibilidade de formar, com segurança, o seu convencimento.²⁹⁴ O julgador ao deparar-se com o litígio pode não encontrar elementos suficientes para formar seu convencimento. Onde se encontra a certeza para proferir uma sentença?

Referem-se, por significativas, palavras de Pôncio Pilatos a Jesus sobre a verdade que elucidam a questão:

Pilatos entrou no pretório, chamou Jesus e perguntou-lhe: “És tu o rei dos judeus”? Jesus respondeu: “dizes isso por ti mesmo, ou foram outros que to disseram de mim?” (...) “Sim, sou rei”. “É para dar testemunho da verdade que nasci e vim ao mundo”. “Todo o que é da verdade ouve a minha voz” Disse-lhe Pilatos: “Que é a verdade?”... Falando isso, saiu, foi ter com os Judeus e disse-lhes: “Não acho nele crime algum”. “Tomai-o vós e crucificai-o, pois eu não acho nele culpa alguma” Responderam-lhe os judeus: “Nós temos uma lei, e segundo essa lei ele deve morrer” (...).²⁹⁵

Dessa forma, observa-se que a verdade não é o mesmo que certeza. A certeza é individual, é valorativa, assim como a verdade é inatingível e reside na idealização e valoração subjetiva de cada um. No entanto, vê-se que desde os tempos bíblicos o formalismo exacerbado mascara a certeza, na medida em que a formalidade legal pode afastar a convicção de certeza sobrepondo-se a ela em detrimento da realidade. Daí perceber-se que lei e justiça são conceitos diferentes assim como o são, verdade e certeza.

Surge daí, desta noção de (in) certeza, a imprevisibilidade do Direito, que segundo Rocha:

O dogma da segurança jurídica (previsibilidade da aplicação do Direito aos casos concretos) seria incompatível com a auto-referência. A própria idéia de contingência afasta o dogma da segurança jurídica e pode-se vislumbrar a indeterminação diretamente vinculada à autonomia do sistema do direito.²⁹⁶

²⁹⁴ Ribeiro (1998, p. 18), o direito como processo de adaptação social, não poderia ficar alheio a mudanças sociais, razão pela qual houve uma valorização do princípio da verossimilhança em detrimento do princípio da certeza.

²⁹⁵ JOÃO 18:32-33-34-35-37-38-39 : JOÃO 19:4-7 Evangelho segundo João. Português. In: *Bíblia sagrada*. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2. ed. Barueri – SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 1999. p. 99-126. Versão Revista e Atualizada no Brasil. Bíblia. N. T.

²⁹⁶ ROCHA, 2001, op. cit., p. 41.

A imprevisibilidade traz também o risco e sustenta o autor: “o risco coloca a importância de uma nova racionalidade para tomada das decisões nas sociedades complexas redefinindo a filosofia analítica, a hermenêutica e a pragmática jurídicas, numa teoria da sociedade mais realista, pragmático-sistêmica, que redefina a comunicação jurídica”.²⁹⁷

Malatesta elucida em suas lições, que a certeza é a rejeição do erro:

Quando, pois, o espírito humano chega a estar certo de uma verdade determinada, quer dizer que rejeitou toda a possibilidade de erro, por isso a certeza é sempre igual para o espírito humano, tanto se refere a uma verdade necessária como a uma verdade constante ou eventual.²⁹⁸

O juiz poderá apreciar livremente a prova, conforme enuncia o artigo 130 do Código de Processo Civil²⁹⁹. Mittermaier refere, por isso que o juiz deve examinar a prova minuciosamente:

O dever do juiz o obriga a examinar os pontos isolados sobre que se funda a prova, a ligá-los entre si, a tirar conseqüências, e, depois de havê-los verificado minuciosamente uns por outros com o auxílio dos motivos pró e contra, a assentar uma conclusão definitiva sobre os diversos resultados de todas as operações mentais; mas todos os nossos atos se ressentem de nosso caráter pessoal, de nossa individualidade, e nossa fisionomia se retrata até nos trabalhos do espírito. Ora, quem poderá sustentar que assim não é com o juiz que busca a verdade dos fatos submetidos à sua decisão?³⁰⁰

De forma que, a certeza, ou a rejeição do erro³⁰¹ conforme palavras de Malatesta, pode não ser inteiramente elucidada nas provas juntadas ao processo e, nesse caso, o juiz, para decidir, poderá valer-se de sua própria subjetividade e valoração pessoal que as provas trazidas aos autos permitem vislumbrar. E, com isso, o seu convencimento poderá ser mera aparência da verdade.

²⁹⁷ ROCHA, 2001, op. cit., p. 45.

²⁹⁸ MALATESTA, 1996, op. cit., p. 38.

²⁹⁹ 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.

³⁰⁰ MITTERMAIER, 1977, op. cit., p. 61.

³⁰¹ Ver nota supra 299.

Salienta-se importante lição de Mittermaier referentemente aos sentimentos do julgador e à certeza de que deve apoderar-se para decidir: “o juiz para decidir uma questão em que as provas não são concludentes poderá escutar seu próprio coração, poderá consultar os sentimentos de sua vida privada e seu juízo tenderá a ser subjetivo”.³⁰²

Depreende-se daí que convicção da verdade é a única forma de o julgador convencer-se e a convicção da verdade é mera certeza, o que leva a crer que a verdade é um valor subjetivo, impenetrável mesmo. Para decidir o julgador deve estar convicto, deve ter certeza. A certeza também é apenas um valor subjetivo. Estar convicto da verdade não quer dizer que se encontrou a verdade, sendo a decisão, portanto, imprevisível atrelada ao risco preconizado pela teoria sistêmica.

Para Bazarian, a verdade é vista da seguinte forma: “a verdade é o reflexo fiel do objeto na mente, a adequação do pensamento com a coisa. É verdadeiro todo juízo que reflete corretamente a verdade”³⁰³. Dessa conceituação de verdade compreende-se que o autor refere-se à verdade real³⁰⁴. Mittermaier salienta que a verdade “é a concordância entre um fato real e a idéia que dele forma o espírito (...) resulta a verdade desde que a convicção adquirida se acha em perfeita correlação com o seu objeto”.³⁰⁵

O aplicador do direito, quando sentencia, deve estar convicto da verdade³⁰⁶ ou como diz Ribeiro, “para o juiz sentenciar é indispensável o sentimento de verdade, de certeza, pois sua decisão necessariamente deve corresponder à verdade, ou, no mínimo aproximar-se dela”.³⁰⁷

Para Calamandrei, “é difícil estabelecer uma exata diferença, entre o verossímil e o inverossímil”.³⁰⁸ Segundo ele, “é uma linha difusa em contínuo deslocamento: assim também

³⁰² MITTERMAIER, 1977, op. cit., p. 62.

³⁰³ BAZARIAN, Jacob. *O Problema da Verdade: Teoria do Conhecimento*. São Paulo: Editora Alfa-Omega. 3. ed. 1988. p 132.

³⁰⁴ Para Carnelutti (2001, p. 48) “o resultado da busca juridicamente limitada ou regulada não é, pois, a verdade verdadeira, e sim uma verdade convencional que se denomina verdade formal, porque conduz a uma indagação regulada nas formas, ou a verdade jurídica, porque se a busca mediante leis jurídicas e não somente mediante leis lógicas, e unicamente em virtude dessas leis jurídicas substitui a verdade material (...) é bem fácil observar que a verdade não pode ser mais que uma, de tal maneira que, ou a verdade formal ou a jurídica coincide com a verdade material, e não é mais que verdade, ou discrepa dela, e não é senão uma não-verdade”.

³⁰⁵ MITTERMAIER, 1977, op. cit., p. 59.

³⁰⁶ Mellendo (1979, p. 293), considera em sua obra que para condenar uma persona, lo mismo em lo civil que em lo penal, es necesario no dudar; sentir-se com la certeza absoluta de que las cosas han ocurrido de determinada manera, que coincide o no com lo afirmado por uma parte.

³⁰⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Tendências Modernas da Prova*. Revista Jurídica. 218 Dez./95 - Doutrina. p. 5.

³⁰⁸ CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. Estudos de Direito Civil. Tradução de Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Vol. III. Campinas - São Paulo: Bookseller, 2003. p. 282.

a distinção entre o impossível e o inverossímil, conceitos que na linguagem comum se superpõem e amiúde se confundem”.³⁰⁹

Em vista disso, Calamandrei acredita que não há uma precisa correlação no vocabulário dos juristas que diferencie esses termos:

No máximo, caso se considere como termo de referência a comprovação da verdade, pode-se dizer que essas três qualificações: possível, verossímil e provável constituem nessa ordem uma aproximação gradual, uma progressiva acentuação em busca do reconhecimento do que é verdadeiro. Quem diz que um fato é verossímil está mais próximo de reconhecê-lo verdadeiro que aquele que se limita a dizer que é possível; e quem diz que é provável está ainda mais avançado que aquele que diz que é verossímil, já que vai além da aparência, e começa a admitir que há argumentos para fazer crer que à aparência corresponda a realidade. Mas trata-se de matizes psicológicos, que cada julgador entende a seu modo.³¹⁰

Referindo-se a matizes psicológicos, que cada julgador entende a seu modo, Calamandrei mostra a possibilidade de a convicção judicial ser pessoal, desprovida de aspectos normatizados, mas adequados à cultura pessoal do julgador. Depreende-se, daí, que o valor atribuído ao formalismo, pode até mesmo dificultar ou prejudicar a verdade. Bazarian, também leva em consideração que há alguns tipos de verdade e considera relevante para elucidar a questão, esclarecer a difícil definição de o que seja a verdade:

A verdade material, objetiva ou real, que consiste na conformidade do conteúdo do conhecimento com seu objeto real. A verdade formal ou lógica, quando um raciocínio é verdadeiro, se há coerência do pensamento consigo mesmo e ausência de contradição. Ainda considera o autor, que há a verdade axiomática ou convencional, onde certos axiomas e postulados, que não são evidentes, mas são considerados convenções por dependerem da determinação dos cientistas ou pessoas entre si, não são, portanto, arbitrários.³¹¹

A verdade é, portanto, convenção, norma social que estabelecida para a convivência humana, como refere o autor, até porque seu conteúdo pode variar dependendo do espaço geográfico e das necessidades das pessoas. Segundo o mesmo autor, a verdade axiológica tem caráter subjetivo, isto é, depende da consciência e da vontade dos homens. Desta forma,

³⁰⁹ Idem, ibidem, 2003.

³¹⁰ CALAMANDREI, 2003, op. cit., p. 283-283.

³¹¹ BAZARIAN, 1988, op. cit., p. 136.

Bazarian observa que “as paixões e interesses pessoais desempenham papel importantíssimo na avaliação, justificação e distorção dos fatos”.³¹² De fácil dedução das palavras do autor é que verdade subjetiva é a certeza, é o convencimento imbuído da “rejeição do erro”³¹³, segundo percuciente raciocínio de Malatesta e já referido anteriormente.

Certamente, que, no campo da verdade³¹⁴ há de se levar em consideração que a conclusão da prova para a decisão judicial poderá ser eivada de dúvidas e conduzir a uma sentença equivocada por estar baseada numa verdade subjetiva, no convencimento da certeza (uma não-verdade?³¹⁵), pois que estabelecida por convenções humanas.

Na disciplina do Direito, o critério da verdade jurídica é a prova estabelecida pelo complexo de motivos produtores de convicção (conjunto probatório), é a apresentação de documentos públicos e particulares, confissões, testemunhas, asserções, indícios, evidências, presunções, exames periciais e vistorias, arbitramentos, provas circunstanciais, normas estabelecidas pelos códigos, regras de trânsito, dogmas estabelecidos pelas religiões.³¹⁶

Conforme lição de Malatesta e já apontado acima, “a prova é o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade”³¹⁷, no entanto, sabe-se que a prova trazida aos autos pode não traduzir a verdade, mas apenas produzir convicção no espírito do julgador produzindo uma certeza própria, individualizada, verdade psicológica, certeza subjetiva, contingente, produtora do risco, da criação de novas possibilidades, produtora, ainda, da diferenciação que segundo Rocha “as diferenciações que a sociedade em evolução produz criam indeterminações gerando paradoxos na comunicação”.³¹⁸

Para Mellendo, “el juez tiene la obligación de pronunciar; aunque haya de renunciar a las verdades ideales para contentarse con las verdades humanas; acaso pudiéramos decir que haya de prescindir de *la verdad* y conformarse *con la certeza*, lo que logrará algunas veces

³¹² BAZARIAN, 1988, op. cit., p. 140.

³¹³ MALATESTA, 1996, op. cit., p. 56.

³¹⁴ Para Bazarian (1988, p. 137), não se deve confundir verdade com veracidade. O termo veracidade tem uma significação subjetiva, refere-se à sinceridade e boa-fé da pessoa que fala, mas não implica nenhuma garantia de verdade objetiva. Uma pessoa pode ser veraz, mas isso não implica nenhuma garantia da verdade do que ela diz, no sentido de corresponder à verdade objetiva.

³¹⁵ Ver nota 309.

³¹⁶ BAZARIAN, id. Ibidem, 1988.

³¹⁷ Para Malatesta (1996, p. 22) a verdade não está em nosso poder enquanto o espírito não a percebe; e das várias faculdades do espírito humano, existe uma cuja função é indispensável para a percepção da verdade, qualquer que seja a sua natureza. Esta faculdade é a inteligência.

³¹⁸ ROCHA, 2005, op. cit., p. 36.

por camino no muy recto”.³¹⁹ Exato deprender-se daí, que a certeza do juiz poderá não ser a verdade dos fatos.

Ao expor a questão da verdade e da certeza no que tange à prova dos fatos Dinamarco considera que:

Quando se pensa no processo de conhecimento, ela (a verdade) vem logo à mente e pensa-se então na prova, no seu desempenho quanto às questões de fato, nas suas deficiências e também nas incertezas de interpretação jurídica e nos mecanismos de fixação das linhas interpretativas. A falibilidade é inerente a todo o juízo histórico e por isso a convicção que o juiz deve formar sobre a ocorrência dos fatos relevantes é apenas a sua própria “medida psicológica da certeza” ele se convence da supremacia dos motivos convergentes e por isso afasta os divergentes, mas sempre de modo racional e assumindo algum risco que é inevitável.³²⁰

Salienta-se, mais uma vez, a visão de Dinamarco que também refere que a convicção do juiz quanto aos fatos relevantes é sua própria medida psicológica da certeza. Daí, então, constatar-se que a subjetividade do julgador, o psicológico aduzido pelos doutrinadores supra referidos trazem a questão da contingência, da visão de mundo que circunda o julgador trazendo interações outras e possibilidades diversas que permitem outras expectativas, outras formas de decidir e analisar elementos trazidos da sociedade para a atividade processual. Essa visão individualizada própria da vivência de cada um e, portanto, também do magistrado e inserida no contexto da comunidade são partes que unidas vêm a compor o todo que seria o sistema jurídico, subsistema do sistema social. Acresce-se aqui, que o art. 130 do CPC permite ao julgador uma atuação autopoietica no processo, pois que enquanto determinada prova é produzida no âmbito do sistema social, o magistrado age ao coletá-la e ao aceitá-la, de forma a usar a abertura cognitiva do sistema processual com o sistema social adequando-a à decisão que proferirá.

Expõe Dinamarco, que “o processo não é feito somente de certezas (haverá certezas no espírito do juiz?), mas, sobretudo de probabilidades e riscos a serem racionalmente assumidos”³²¹. Deduz-se que a convicção de certeza poderá não aflorar no julgador porquanto sua decisão será tendente ao erro, ao risco.

³¹⁹ MELLEDO, 1979, op. Cit., p. 301.

³²⁰ DINAMARCO, 2003, op. cit., p 291-292.

³²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. WATANABE, Kazuo. Coordenação. Participação e Processos. Editora Revista dos Tribunais, 1998. p.118.

Malatesta em suas lições sobre a verdade, pondera que a verdade é uma crença na certeza e que pode ser falsa:

A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. Ela é, portanto, um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem: por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. E a mesma verdade que aparece certa a uns, a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo falsa a outros.³²²

Completa ainda o autor, salientando que “a certeza consiste num estágio subjetivo da alma”.³²³ Picinini com relevância destaca que:

O conhecimento humano tem seus limites e que dele não se pode exigir que seja capaz de recompor a verdade genuína (ontológica ou substancial), mediante a análise dos fatos probatórios que lhe são perceptíveis, já que se apresentam deformados pelos processos psíquicos daqueles que com ele têm contato, neste rol, incluindo o julgador. Dentro do processo civil moderno, a função da prova é levar ao conhecimento do juiz subsídios suficientes para que a formação do convencimento judicial acerca das premissas que irão formar o suporte fático do *decisum* alcance a *melhor aproximação* possível com a realidade ocorrida no mundo dos fatos.³²⁴

O autor considera, dessa forma, que a única verdade ao alcance do conhecimento humano é a que tem a melhor aproximação possível com a verdade e cita Rescher que abordando a verdade nos elementos probatórios considera que talvez o conhecimento humano não seja capaz de garantir algo melhor que a aproximação com a verdade:

Dado que la verdad genuína sólo está garantizada por la coherencia ideal (esto es, por le coherencia óptima con una base de datos perfecta que no poseemos, y no con aquelle otra algo menos que óptima a la que efectivamebnte podemos acceder), no tenemos seguridad incondicional acerca de la corrección efectiva de nuestras investigaciones, guiadas por el obojtivo de la coherencia; tampoco tenemos una garantía sin reservas de que esas investigaciones nos proporcionem “la verdad genuína” que perseguimo cuando nos ocupamos de investigaviones empíricas.(...)³²⁵

³²² MALATESTA, 1996, op. cit., p. 21.

³²³ Idem, Ibidem, 1996.

³²⁴ PICININI, Paulo. *A avaliação da prova e a Formação do Convencimento Judicial*. Site www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 10 de agosto de 2006.

³²⁵ RESCHER Nicholas, apud PICININI, Paulo. *A Avaliação da Prova e a Formação do Convencimento Judicial*. Site www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 10 de agosto de 2006.

Alude o autor, ainda, que a prova não conduz o magistrado ao conhecimento da verdade, mas os fatos trazidos ao processo servem apenas para formar o convencimento do juiz para que assim ele possa aplicar o direito tendo a melhor aproximação possível com o que ocorreu na realidade social.³²⁶

Já, Santo Anselmo ao referir-se filosoficamente à questão da existência da verdade observa que “a verdade não pode existir sem a verdade”.³²⁷ Alude o autor, neste caso à verdade real. No entanto refere que “a coisa enunciada não está na enunciação do verdadeiro.”³²⁸ Por certo, aduz que o que se enuncia pode não ser a verdade, mas aquilo que se acredita verdadeiro. Donde se infere que o que tem aparência de verdade produz apenas a certeza.

Marinoni salienta e considera que há possíveis diferenças existentes entre a busca da verdade e a convicção da verdade asseverando que:

Não seria impossível, em uma primeira interpretação, pensar que se não é possível encontrar a verdade não há motivo para subordinar a coisa julgada material à possibilidade de plena participação dos interessados na formação do *iudicium*. Assim, é importante esclarecer a distinção entre busca da verdade e convicção de verdade. Quando se afirma que a prova não pode traduzir a verdade, alude-se a uma idéia que há muito tempo está presente na filosofia. O que se quer dizer, mais precisamente, é que a essência da verdade é inatingível. E não apenas pelo processo, mas por qualquer mecanismo que se preste a verificar um fato passado. Apesar de isso ser absolutamente óbvio em outros setores do conhecimento, o direito não consegue se livrar do peso da idéia de que o juiz, para aplicar a lei ao caso concreto, deve estar “iluminado pela verdade”.³²⁹

O autor faz interessante referência ao fato de que em áreas como a filosofia é pacífico o entendimento de que a essência da verdade é inatingível, apenas o Direito permanece arraigado à idéia de que o magistrado só decidirá com base na verdade. Na mesma linha de concepção, Malatesta refere à questão da certeza e não da verdade como formadora da convicção do julgador: “A certeza que deve servir de base ao juízo do magistrado só pode ser aquela de que ele se acha na posse: a certeza como seu estado de alma. Deste ponto de vista,

³²⁶Calamandrei (2003, p. 277) considera que mesmo nos casos em que o juiz pode “conhecer os fatos da causa” mediante a inspeção, a percepção direta do fato, que lhe dá o máximo grau de certeza subjetiva, não basta para excluir que a verdade seja distinta do que, por erro dos sentidos, pode ter-lhe parecido.

³²⁷CANTUÁRIA, Santo Anselmo de. A verdade. Tradução de Prof. Dr. Ruy Afonso da Costa Nunes. São Paulo: Editor Victor Civita. 1973. p.153.

³²⁸CANTUÁRIA, 1973, op. cit., p.152.

³²⁹MARINONI, Luiz Guilherme. *A questão do convencimento judicial*. Site www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 10 de agosto de 2006.

não é mais que uma afirmação intelectual por parte do juiz, da conformidade entre idéia e a realidade”.³³⁰

Depreende-se, então, que a certeza pode não ser uma realidade exterior, mas sim, derivada de um processo interior, subjetivo, fruto da imperfeição ou crenças de cada um. A certeza é um estado subjetivo, individual, produz-se diferentemente em cada pessoa. Mittermaier, com clareza, refere que “em todos os casos se pode imaginar uma combinação extraordinária de circunstâncias, capaz de destruir a certeza adquirida”.³³¹ Daí infere-se que uma certeza que pode ser destruída nunca foi realmente uma verdade.

Vislumbra-se a problemática do risco, ao que Rocha diz “perceber-se, com a constatação da presença permanente do risco, um inevitável paradoxo da comunicação da sociedade moderna”.³³²

É importante salientar, portanto, que a certeza pode ser apenas um paradoxo e que a segurança absoluta e evidente de que se trabalha com a certeza dos fatos não é possível de ser atingida e também não se poderá prová-la. Poderá haver “probabilidades de certeza” que Mittermaier diz darem-se quando:

A razão, apoiando-se em graves motivos, considera um fato verdadeiro, sem que, entretanto os motivos sérios em contrário estejam completamente aniquilados. Resulta a probabilidade de que as provas que deveriam por si mesmas estabelecer a verdade, se não apresentam na espécie com todas as condições requeridas de forma que a probabilidade não pode servir de base para a condenação, pois que há sempre um ensejo para a dúvida, e a consciência só ficaria satisfeita quando desaparecesse a possibilidade do contrário.³³³

³³⁰ MALATESTA, 1996, op. cit., p. 56.

³³¹ MITTERMAIER, 1977, op. cit., p.66.

³³² ROCHA, SCHWARTZ, CLAM. 2005, op. cit., P. 45.

³³³ Idem, ibidem, 2005.

Dessa forma, o autor não contesta o fato de que a verdade possa não ser encontrada por que, muitas vezes, não restam certezas no espírito do julgador³³⁴, conforme se verificou em Dinamarca. No entanto, a probabilidade de certeza³³⁵ guardará sempre a dúvida e na dúvida não haverá certeza. Carnelutti considera que a verdade formal “*é uma não-verdade*”³³⁶ Daí os riscos apontados pela teoria de Luhmann demonstrando claramente que a abertura cognitiva preconizada pela teoria sistêmica encontra-se na atividade processual, basicamente na valoração da prova e conseqüentemente, nas decisões dos magistrados uma vez que se se levar em conta que não há certezas absolutas no espírito do juiz, e que ao harmonizar um conflito e formar o seu convencimento, o magistrado vale-se das possibilidades frente às contingências³³⁷ encontradas na complexa sociedade pós-moderna.

Vê-se que, “a decisão é contingente, que o evento ao qual ela se refere, é contingente, e que o momento, no qual o acontecimento e a decisão se fundam também é contingente. A normalidade é o resultado do encontro destas contingências”³³⁸ Assim, a complexidade e a contingência das possibilidades da experiência e da ação são potencializadas na ameaça e na riqueza de chances.³³⁹ Por óbvio que havendo riqueza de chances de julgamentos diferenciados, os riscos serão cada vez mais freqüentes ante a possibilidade da diferença.

Segundo Rocha, “a própria idéia de contingência afasta o dogma da segurança jurídica e pode-se vislumbrar a indeterminação diretamente vinculada à autonomia do sistema jurídico”³⁴⁰.

Rocha observa relevantemente que:

³³⁴ Para Calamandrei (2003, p. 277), “mesmo para o juiz mais escrupulosos e atento vale o limite fatal de relatividade, próprio da natureza humana: o que vemos é apenas o que nos parece ver. Não verdade. Não verossimilhança: ou seja, aparência(que pode ser ilusão) de verdade.

³³⁵ Malatesta (1996, p. 21), a certeza possui espécies como objetiva e subjetiva e normalmente deriva do influxo da verdade objetiva; mas diz ele, provindo normalmente da verdade, não é a verdade: não é mais que um estado de alma, podendo, às vezes, devido a nossa própria imperfeição, não corresponder à verdade objetiva. Dizemos que a certeza, considerada em sua natureza intrínseca, tal como é não como seria melhor que fosse, consistindo-se num estado subjetivo da alma, é que como tal foi estudada e não confundida com a realidade exterior. “A subjetividade da certeza perde-se durante o caminho”.

³³⁶ Carnelutti (2001, p. 80-81) a função do processo probatório difere profundamente do processo de busca da verdade material, não se diferencia, em compensação, de modo algum, pelo que concerne à estrutura, moldada sobre aquele: em definitivo, pelo aspecto estrutural, o processo probatório não é mais que um processo típico ou um meio de busca da verdade dos fatos controvertidos, o qual parece apto para alcançar a finalidade (a verdade) na maioria dos casos.

³³⁷ Campilongo (2000, p. 83), contingência significa que se a decisão, hoje, recaiu sobre a hipótese “x” nada impediria que, legitimamente, tivesse recaído sobre a alternativa “y”, ou que, no futuro, recaia sobre a “z”.

³³⁸ DE GIORGI, op. cit., p.48.

³³⁹ LUHMANN, 1985, op. cit., p.176.

³⁴⁰ ROCHA; SCHWARTZ; CLAM. 2005, op. cit., P. 41.

A partir do momento em que rompemos com essa noção (de estabilidade) e começamos a pensar a produção da diferença, a construção de nova realidade, a construção de futuro, temos que discutir novamente que tipo de consequências vai ocorrer com as nossas decisões. E aí entramos no problema do risco, pois cada vez que tomamos uma decisão com relação ao futuro – e sabemos que não é fácil tomá-la, porque existe muita complexidade –, temos que pensar no problema do risco, a possibilidade de que ela não ocorra da maneira como estamos pensando.³⁴¹

Malatesta, sobre a verdade e o convencimento do juiz, assevera que ambos devem ser naturais e racionados. Mais uma vez evidencia-se a característica sistêmica da abertura cognitiva quando refere que o convencimento do juiz não pode ser apenas subjetivo de seu senso comum individual, mas do senso comum da comunidade em que vive e constata-se, também, que em cada momento histórico o tempo do direito assume diferentes nuances porque a mutabilidade social assim o exige:

O convencimento não deve ser em outros termos, fundado em apreciações subjetivas do juiz; deve ser tal que os fatos e provas submetidos a seu juízo, se o fossem desinteressados ao de qualquer outro cidadão razoável, deveriam produzir, também neste, a mesma convicção que naquele. Este requisito, para mim, importantíssimo, é que eu o chamo de sociabilidade do convencimento.³⁴²

Neste sentido, importa destacar que a certeza não será sempre a mesma nas diferentes sociedades. E isto é uma preocupação constante dos juristas dogmáticos e tradicionais. Conforme teoriza Dinamarco, “o processo é uma busca constante da verdade e tem a função de promover essa busca e descoberta”³⁴³. Ocupa-se o autor em desvelar que a emissão do juiz frente ao julgado seja situação de verdade real ou meramente formal.³⁴⁴

Para Calamandrei, um fato é verídico quando “atingiu na consciência de quem o julga, o grau máximo de verossimilhança que, em relação aos limitados meios de conhecimento de que o julgador dispõe, basta para dar-lhe certeza do que aquele fato ocorreu”.³⁴⁵ Assim, o autor avaliando que o juiz não pode ter dúvidas quanto aos fatos porque tem que decidir, resolvendo a controvérsia com uma certeza jurídica, observa que “todo o sistema civil está

³⁴¹ ROCHA, 2001, op. cit. p. 117.

³⁴² MALATESTA, 1996, op. cit., p.85.

³⁴³ DINAMARCO, 2003, op. cit., p. 280.

³⁴⁴ Dinamarco (2003, p. 281) salienta que por séculos perdurou a crença de *que pro veritate habetur*, ficção com que se procurava definir a autonomia do julgado face da situação subjetiva com base na qual o juiz emitiu a sua decisão.

³⁴⁵ CALAMANDREI, 2003, op. cit., p. 276.

preordenado a impor ao juiz que se satisfaça, ao julgar acerca dos fatos, com o sub-rogado da verdade que é a verossimilhança”.³⁴⁶

É de se salientar que Calamandrei aborda essa temática sobre verdade e verossimilhança quase como um destino inevitável e crucial do juiz indo aos subterrâneos da alma humana para explicar a angústia do julgador ante a falta de convicção que o magistrado pode sentir diante dos fatos que deve decidir:

É possível acontecer que desse modo o julgador, depois de haver feito tudo quanto dele dependia para obter a verdade, consiga sentir-se em paz com sua consciência; mas isso não evita que a conclusão do juízo, mesmo com seu ato de fé ele consiga senti-la como certeza tranquilizadora, continue sendo, razoavelmente avaliada, apenas um juízo mais ou menos aproximado de verossimilhança.(...) é possível haver até mesmo casos(...) em que o juiz se veja constringido a decidir deste ou daquele modo embora persista em sua consciência, a suspeita, e talvez até a convicção de que o vitorioso tenha jurado em falso.³⁴⁷

Neste diapasão, constata-se que a certeza na busca de soluções adequadas é problemática de risco, pois quando o juiz toma uma decisão imbuído de certeza “implica a possibilidade de que as suas conseqüências ocorram de maneira diferente. Então ela precisa que se trabalhe o risco, que se trabalhe o processo de decisão (...) é preciso que os operadores do direito conheçam isso: o risco”.³⁴⁸ E o risco nasce da contingência e da complexidade. Quanto mais complexidade, mais diferenças e menos consensualidade. Vale lembrar aqui a lição de Campilongo que considera que “quanto mais complexa e contingente a sociedade, mais escassas as chances de decisões consensuais (diante da multiplicidade das escolhas) e mais nítidas as artificialidades que informam o processo decisório (dada sua contingência)”.³⁴⁹ E percucientemente continua o autor referindo-se às decisões:

³⁴⁶ Idem, *ibidem*.

³⁴⁷ CALAMANDREI, 2003, *op. cit.*, p. 278.

³⁴⁸ ROCHA, 2001, *op. cit.*, p. 136.

³⁴⁹ CAMPILONGO, 2000, *op. cit.*, p. 83.

Em razão dessas características, decidir equivale a fazer escolhas árduas, em curto espaço de tempo, sobre matérias não rotinizadas e com conseqüências sociais imprevisíveis. Os temas da política se reproduzem nesse contexto. Por isso, para muitos analistas da sociedade contemporânea, mais do que a eventualidade do perigo, o que caracteriza o mundo atual é a inevitabilidade dos riscos. Daí a expansão, nas últimas décadas, da sociologia do risco.³⁵⁰

Para Luhmann as escolhas também equivalem a seleções nas quais o julgador opta por projeções normativas e seleciona-as, pois que:

O direito não se origina da pena do legislador. A decisão do legislador (e o mesmo é válido para a decisão do juiz) se confronta com uma multiplicidade de projeções normativas já existentes, entre as quais ele opta com um grau maior ou menor de liberdade. (...) Sua função, portanto, não reside na criação do direito, mas na seleção e na dignificação simbólica de normas enquanto direito vinculativo.³⁵¹

Por isso Luhmann diz que o “direito vige por força de decisões, sendo contingente e modificável,”³⁵² não podendo ainda, “ser distanciado no tempo para que não seja contraditório”.³⁵³

Schwartz nessa linha de pensamento considera que “o mundo apresenta mais possibilidades do que o senso humano pode perceber. O mundo é complexo demais para sua capacidade sensitiva”, portanto, deduz ele: “a contingência possui, intrínseca, a possibilidade de desapontamento”.³⁵⁴ Daí, referir Rocha seguindo a mesma idéia “a concepção da sociedade de risco torna ultrapassada toda a sociologia clássica voltada para a segurança social(...) O risco coloca a importância de uma nova racionalidade para tomada de decisões nas sociedades complexas.”³⁵⁵

³⁵⁰ Idem, *Ibidem*, 2000.

³⁵¹ LUHMANN, 1985, *op. cit.*, p. 9.

³⁵² Idem, *ibidem*, 1985.

³⁵³ Idem, *ibidem*, 1985.

³⁵⁴ ROCHA; SCHWARTZ; CLAM. 2005, *op. cit.*, p. 71.

³⁵⁵ ROCHA; SCHWARTZ; CLAM. 2005, *op. cit.*, p. 45.

Portanto, crê-se que a nova sociedade transnacionalizada³⁵⁶, globalizada ou pós-moderna conforme os diversos autores conceituam a sociedade em que se vive hoje, precisa ser observada de maneira diferente porque é mutante, está em constante movimento. A atividade processual, para atender a essa sociedade com eficiência não pode apenas se ater a critérios dogmáticos tradicionalmente usados e comprovadamente ineficientes e estabilizados. Tanto juiz como as partes formadoras da lide processual devem observar que os riscos existentes hoje, são portadores da diferenciação³⁵⁷ que a sociedade de hoje produz. E a (in) certeza adquirida nas provas processuais, como problemática de risco trazem (in)certezas ao decisório devido às contingências sociais que se modificam, necessariamente, considerando-se também, provável que o julgador aja sem a devida imparcialidade tão decantada e desejada.

³⁵⁶ Rocha; Schwartz, Clam (2005, p. 45), “a transnacionalização é a união de dois pólos espaciais inconciliáveis na lógica tradicional: o local e o universal. Para muitos, pareceria a recuperação da dialética, porém não se trata de possibilidade de nenhuma síntese. Trata-se da produção da simultaneidade entre a presença e a ausência que somente é possível devido a sua impossibilidade. Este paradoxo é constitutivo da nova forma de sociedade que começamos a experimentar, e, nesse sentido, é um convite, uma vez mais, a reinventar o político e o direito”.

³⁵⁷ Campilongo, a diferenciação vem da democracia que mantém elevadas as taxas de contingência e complexidade. Para ele, quando a redução dessas taxas é drástica - como acontece nas ditaduras-, acentua-se a sobreposição de funções entre política e direito, geralmente em prejuízo do sistema jurídico. Tendo-se a redução da complexidade e eliminação de contingências, mas nestes extremados contexto, o autor considera que não se pode falar em fechamento operativo do sistema ou em sistemas autopoieticos.

4 DA COMPLEXIDADE DAS PROVAS E SEUS CRITÉRIOS VALORATIVOS: ELEMENTOS SUBJETIVO E OBJETIVO.

Para se buscar a convicção de certeza e a satisfação do litígio, o magistrado percorre caminhos possíveis e permitidos pelos elementos probatórios constantes na legislação brasileira e devidamente acostados aos autos, valorizando aspectos que considera importantes e imprescindíveis através de sua percepção e acuidade. Alguns julgadores buscam a certeza pelos fatos objetivos que encontram no processo; outros, não ignorando esses valiosos elementos, buscam-na nas veredas internalizadas e pessoais das testemunhas ou das partes, analisando a prova num contexto compactado e amplo, sem discriminar o fato objetivo relatado pelas partes, mas avaliando, igualmente, aspectos psicológico-subjetivos das partes envolvidas, tais como a atitude e conduta daqueles que o relatam. A impressão produzida no julgador lhe formará a convicção; daí a valorização do elemento subjetivo na questão probatória.

Para Benthan a questão das provas reflete a certeza jurídica se se puder saber “hasta qué punto cada defecto de índole intelectual o de índole moral puede repercutir em el testimonio”.³⁵⁸

Considera ainda:

La fidelidade del testimonio, es decir, su exactitud y su integridad, depende de dos cosas: el estado de las facultades intelectuales del testigo y su disposición moral, ou sea, su entendimiento y su voluntad. Las facultades intelectuales comprenden ordinariamente cuatro puntos principales: la percepción, el juicio, la memoria y la imaginación. A los efectos que estamos tratando precisa añadir un quinto punto: la expresión, considerada, a mi entender, como la facultad de representar por la palabra lo que pasa en el espíritu.³⁵⁹

Depreende-se que Benthan vê no elemento subjetivo possibilidades importantes para o esclarecimento da questão litigiosa, pois que a expressão, segundo ele, é a faculdade de representar pela palavra o se que passa no íntimo, no espírito da testemunha. Aduz ainda, que a timidez pode também ser causa da inexatidão da

³⁵⁸BENTHAN, 1971, op. cit., p. 48.

³⁵⁹ Idem, ibidem, 1971.

expressão, visto que é uma sensibilidade excessiva.³⁶⁰ Ressalta-se a importância dada ao sentimento em que se vê a sensibilidade, valorada e apreciada como elemento probatório capaz de produzir impressões no julgador.

Cabe recordar a idéia de Mellendo, que, referindo-se ao fato de que o juiz não pode deixar de sentenciar, afirma que “el juez sabe que debe decidir y, además, el problema de la incertidumbre en la formación de la convicción es un fenómeno completamente subjetivo que sólo en su intimidad el juez puede llegar a plantearse”.³⁶¹ Complementando o pensamento, acrescenta que “o juez debe tener una cultura general, no sólo jurídica, que les permita dominar la realización de la prueba”.³⁶²

É impossível negar o caráter subjetivo da prova e a sua utilização pelo magistrado nas decisões que proleta, pois a valoração do elemento probatório é inerente à formação do convencimento e dependerá, por certo, das experiências presentes no julgador que o levam a nutrir sentimentos vários, esses, por certo, formam o universo da alma humana, e induzem-no a olhar determinados fatos sociais com tendências impressas em seu psiquismo.

Avalia-se, então, que a prova tem um componente subjetivo, extremamente valorado no *decisun*, visto que, os autores “conceituam-na segundo sua preferência em relação aos critérios subjetivo e objetivo”³⁶³ Conforme enfatiza Malatesta, quanto à prova “é preciso conhecer como se refletiu a verdade no espírito humano”.³⁶⁴ Fica claro que a comprovação dos fatos relaciona-se também, com o efeito que ela pode produzir na consciência do aplicador da norma, de forma que o elemento probatório pode produzir eficácia diferente em cada julgador, dependendo de como o “espírito humano pode encontrar-se, no estado de ignorância, dúvida ou certeza”³⁶⁵³⁶⁶.

³⁶⁰ BENTHAN, 1971, op. cit., p.55-58.

³⁶¹ MELLEDO, 1979, op. cit., p. 301.

³⁶² MELLEDO, 1979, op. cit., p. 242.

³⁶³ RIBEIRO, 1998, op. cit., p. 69.

³⁶⁴ MALATESTA, 1996, op. cit., p. 38.

³⁶⁵ MALATESTA, 1996, op. cit., p. 38.

³⁶⁶ Para Malatesta (1996, p. 19-20), a dúvida é um estado complexo. Existe dúvida sempre que uma asserção se apresenta com motivos afirmativos e negativos; havendo prevalência dos motivos negativos sobre os afirmativos tem-se o improvável, e havendo igualdade entre os motivos afirmativos e os negativos têm-se o crível específico. Por isso, o autor apresenta em sua obra que o espírito humano pode encontrar-se em estado de ignorância, ausência de todo conhecimento, no estado de credulidade, igualdade de motivos pelo conhecimento afirmativo e pelo negativo; no estado de probabilidade prevalência de conhecimento afirmativo, e no estado de certeza, que é o conhecimento afirmativo. A lógica das provas em matéria criminal.

Vê-se, por este ângulo, que o critério subjetivo da prova é marcadamente influente nas conceituações de prova, pois praticamente nenhum doutrinador deixa de trazê-lo à tona. O elemento subjetivo da prova – vindo do conhecimento psicológico e comum do julgador - traz a questão do risco por ser um elemento tendencional, como afirma Ribeiro e forma-se no espírito do julgador.³⁶⁷

No entanto, importa destacar a lição de Ribeiro, que, lembrando o caráter objetivo do elemento probatório, destaca:

Não obstante entendermos que o critério subjetivo tenha maior dimensão, maiores dificuldades e uma vinculação maior com a própria natureza da prova, Como elemento tendencional a formar o convencimento de alguém, e em especial, do juiz, não abrimos mão do elemento objetivo para uma precisa conceituação como bem demonstra o conceito do Prof. Sergio Porto, para quem a prova judicial é a reunião dos meios aptos a demonstrar (critério objetivo) e dos meios aptos a convencer o espírito de quem julga (critério subjetivo).³⁶⁸

Nesse sentido, há duas acepções em que o termo prova pode ser utilizado; primeiramente, a acepção objetiva que significa os meios usados capazes de demonstrar a verdade daquilo que é alegado; a outra, a subjetiva, significando a certeza do alegado, a força de convencimento que tal fato surtirá no julgador.

Por critérios objetivos Ribeiro entende que:

Devem ser entendidos os meios utilizados pelas partes ou impostos pela lei para convencer o juiz do seu direito. São os mecanismos, os instrumentos transportadores da certeza necessária para a formação da convicção no espírito do julgador. Por critérios subjetivos, devemos entender a convicção, a certeza criada no espírito do julgador. É o seu convencimento interior, que pode ser adquirido mediante a percepção e que constitui o cerne da prova, formando a própria “verdade” do caso em concreto, a medida que o juiz é chamando para decidir, dirimir o conflito, com a autoridade da coisa julgada.³⁶⁹

³⁶⁷ Ver nota 301.

³⁶⁸ RIBEIRO, 1998, op. cit., p. 69.

³⁶⁹ RIBEIRO, 1998, op. cit., p. 68.

Oportunamente, Benthan assinala que há fatos conhecidos pelo sentido interno e outros pelo sentido externo, ratificando indelevelmente o que são considerados elementos subjetivo e objetivo da questão probatória:

Los hechos nos son conocidos por los sentido; pero em los sentidos hay que distinguir entre los sentidos externos y los sentidos internos. Por los sentidos internos se informa el hombre de los hechos que solamente se presentan em su espíritu; por los sentidos externos se informa de todos los demás hechos.³⁷⁰

Continua o autor a discorrer sobre a diferenciação que observa dizendo que “el hecho físico es el que se manifiesta a nuestros sentidos externos; el hecho psicológico es el que se produce en el espíritu: el disparo de fusil que mata a un hombre, es un hecho físico; la intención de quien lo ha disparado, es un hecho psicológico”.³⁷¹

Nas palavras de Malatesta é “ser a prova considerada sob um duplo aspecto: quanto à sua natureza e produção e ao efeito³⁷² que produza no espírito daqueles perante quem é produzida”³⁷³.

Portanto, é de fácil percepção a divergência de nomenclaturas utilizadas pelos mais diversos doutrinadores, no entanto, o que fica demonstrado é que há no elemento probatório um fato que atinge os órgãos sensoriais - fato físico, fato externo ou elemento objetivo - e os fatos que causam impressões internas, psicológicas, que são, notadamente, a carga subjetiva. É assim que as reações nos indivíduos, ou impressões diversas, dependem da experiência de vida e da história de cada um. Sobre isso manifesta-se Benthan com argúcia:

Los hechos que percibo em mí, son los relativos a lo que se denomina *experiencia* en sentido estricto; los hechos que percibo como sucedidos fuera de mí, son los relativos a lo que propiamente se llama observación. Por experiencia sé que la quemadura poduce dolor; por *observación* sé a cuántos grados de temperatura se desarrolla la vegetación.³⁷⁴

³⁷⁰BENTHAN, 1971, p. 26.

³⁷¹BENTHAN. 1971, p. 27.

³⁷²Refere que, no aspecto do efeito que produz, resolve-se na certeza, probabilidade e credibilidade. (MALATESTA, 1996, p. 81).

³⁷³MALATESTA.op. cit. p. 81

³⁷⁴BENTHAN, op. cit., 1971, p. 26.

Importa observar que há opiniões divergentes quanto ao carácter objetivo da prova no que tange a meios e fontes de prova. Para Carnelutti, meio de prova é, primeiramente, “a percepção do juiz”,³⁷⁵ que as calca por meio dos órgãos sensoriais: a dedução do juiz³⁷⁶ são os conhecimentos, suas experiências, já que não se trata, agora, de ver ou ouvir, e, sim, de saber”.³⁷⁷ Por outro lado, por fontes de prova Carnelutti entende serem os fatos percebidos pelo juiz e que servem para a dedução do fato a provar.³⁷⁸

Importa destacar que, Echandia, concordando com Carnelutti esclarece:

Se entiende por fuente de prueba los hechos percibidos por el juez, de los cuales éste obtiene, gracias a una operación mental, el conocimiento de esos mismos hechos o de otros que interesan al proceso. Por medios de prueba pueden considerarse desde dos puntos de vista. De conformidad con el primero, se entiende por medio de prueba la actividad del juez o de las partes, que suministra al primero el conocimiento de los hechos del proceso y, por lo tanto, las fuentes de donde se extraen los motivos e argumentos para lograr su convicción sobre los hechos del proceso.³⁷⁹

Echandia reconhece a possibilidade de confusão entre ambos os conceitos e alerta que: “debemos guardarnos de no confundir el objeto y la fuente de la prueba judicial: aquél es el hecho que se prueba, y ésta el que sirve para probarlo”³⁸⁰. Considera que a fonte de prova vem à mente do juiz, sendo indispensável uma operação mental precedida de outra sensorial³⁸¹. Segue o autor analisando que:

Medio de prueba são os modos aceptados em cada ley procesal como vehículos de la prueba: por ejemplo o testimonio, el domumiento, la confesión. Gracias a estos médios el juez llega a conocer el hecho fuente y de éste deduce el hecho que se va probar. El medio sera la inspección judicial, la confesión, y fuente el hecho inspeccionado, confesado, del cual se deduce la prueba de otro o de él mismo.³⁸²

³⁷⁵ CARNELUTTI, op. cit., 2001, p. 99-126.

³⁷⁶ Idem, ibidem, 2001.

³⁷⁷ Idem, ibidem, 2001.

³⁷⁸ Idem, ibidem. 2001.

³⁷⁹ ECHADIA, 1974, op. cit., p.553-554.

³⁸⁰ ECHADIA, 1974, op. cit., p. 269-275.

³⁸¹ Idem, ibidem, 1974.

³⁸² ECHADIA, 1974, op. cit., p. 271.

Segundo Chiovenda, “meios de prova são as fontes de que o juiz extrai os motivos de prova (assim, a pessoa da testemunha, os lugares inspecionados)”.³⁸³ No mesmo sentido, Ribeiro que considera “meios de prova são as fontes probantes de demonstração da verdade, ou seja, o elemento objetivo do conceito de prova, esculpido no art. 332 do CPC, dizendo que todos os meios legítimos são hábeis para provar a verdade dos fatos, *e.g.*, a prova testemunhal, a prova documental etc”.³⁸⁴

Assim, o caráter subjetivo da prova é evidenciado na valoração ou apreciação da prova judicial que Echadía define do seguinte modo:

Por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido. Cada medio de prueba es susceptible de valoración individual, y en ocasiones puede bastar uno para formar la convicción del juez.(...) Se trata de una actividad procesal exclusiva del juez.³⁸⁵

Tratando sobre os sistemas de apreciação da prova, Grinover infere que são basicamente três:

O da prova legal, o da valoração *secundum conscientiam* e o da chamada persuasão racional ou do livre convencimento, que é o acolhido pelo nosso direito, que significa: convencimento formado com liberdade intelectual, mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado pelo dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão.³⁸⁶

Nesse diapasão, o sistema da persuasão racional coloca o julgador perante o elemento subjetivo da prova, que, segundo Ribeiro “é a própria convicção da verdade, adquirida pelo julgador como resultado do ato de provar”.³⁸⁷ Depreende-se, pois, que, sendo o convencimento do juiz um processo interno e, portanto, subjetivo, não raras vezes as ideologias preconcebidas que ele possui podem aflorar, visto que é impossível

³⁸³ CHIOVENDA, 1998, op. cit., p. 110.

³⁸⁴ RIBEIRO, 1998, op. cit., p. 64.

³⁸⁵ ECHANDIA. Op. Cit. p. 288-289

³⁸⁶ GRINOVER; ARAÚJO; DINAMARCO. 1996, op. cit., p. 356.

³⁸⁷ RIBEIRO, 1998, op. cit. p. 64.

dissociar-se do meio em que vive para decidir, bem como permanecer escravizado a um rigorismo teórico de conseqüências nem sempre as mais indicadas para o caso concreto.

Deduz-se, então, que os conhecimentos extrajurídicos³⁸⁸ que constituem elementos e pressupostos de raciocínio; são princípios psicológicos que não estão contidos no ordenamento jurídico, mas que incutiram no juiz um grau de convencimento tal que sua decisão está condicionada, antes, à própria história pessoal. Essa possibilidade que se abre ao julgador por sua valoração e apreciação subjetiva permite que ele a utilize na apuração dos fatos. Consta-se isso também, e amplamente, quando ocorrem casos como os de cartas psicografadas como elementos probatórios, os quais analisados por aplicadores do direito, surtem efeitos diferentes em cada um, uma vez que esses lançam mão do critério subjetivo e, portanto, individual. Veja-se um desses casos como exemplo, noticiado pelo jornal Zero Hora em 30 de maio de 2006:

Carta psicografada ajuda a inocentar ré por homicídio no RS- Léo Gerchmann da Agência Folha, em Porto Alegre.

Duas cartas psicografadas foram usadas como argumento de defesa no julgamento em que Iara Marques Barcelos, 63, foi inocentada, por 5 votos a 2, da acusação de mandante de homicídio. Os textos são atribuídos à vítima do crime, ocorrido em Viamão (região metropolitana de Porto Alegre). O advogado Lúcio de Constantino leu os documentos no tribunal, na última sexta, para absolver a cliente da acusação de ordenar o assassinato do tabelião Ercy da Silva Cardoso.

Polêmica no meio jurídico, a carta psicografada já foi aceita em julgamentos e ajudaram a absolver réus por homicídio.

O advogado, que disse ter estudado a teoria espírita para a defesa (ele não professa a religião), define as cartas como "ponto de desequilíbrio do julgamento", atribuindo a elas valor fundamental para a absolvição. A Folha não conseguiu contato com o médium.

A adoção de cartas psicografadas como provas em processos judiciais geram polêmica entre os criminalistas. A Folha ouviu dois dos mais importantes advogados especializados em direito penal no Rio Grande do Sul. Um é contra esse tipo de prova. O outro a aceita.

De acordo com Antônio Dionísio Lopes, "o processo crime é uma coisa séria, é regido por uma ciência, que é o direito penal. Quando se fala em prova judicializada, o resto é fantasia, mística, alquimia. Os critérios têm de ser rígidos para a busca da prova e da verdade real".

"O Tribunal do Júri se presta a essas coisas fantásticas. O jurado pode julgar segundo sua convicção íntima, eles não têm obrigação de julgar de acordo com a prova. A carta só foi juntada aos autos porque era um tribunal popular. Isso é o mesmo que documento apócrifo".³⁸⁹

³⁸⁸ Para Taruffo (2001, p. 17), o juiz não extrai do mundo das normas, mas do mundo do senso comum o fundamento da ilação probatória: é partindo dos conhecimentos comuns que por indução ele chega a formular um juízo de verdade sobre fatos a serem provados. TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: Edição do Ibej.

³⁸⁹ Disponível em www.forumnow.com.br/vip/mensagens.asp_forum. Acesso em 27 de dez. 2006.

Infere-se, portanto, que a mesma prova pode induzir impressões diferenciadas nos aplicadores do direito, uma vez que a valoração é individual depende de inúmeros fatores de vivência do julgador.

Não é pauta deste trabalho avaliar a validade ou não de tal prova, mas demonstrar que a formação da convicção do julgador depende de sua pré-compreensão, de forma que a abertura cognitiva que os elementos probatórios proporcionam sujeitam-se à impressão que causam no juiz. Essa impressão dependerá de suas vivências anteriores, de suas máximas de experiência assimiladas da sociedade em que vive ou viveu; e logo, a valoração da prova seguirá esse juízo de verdade do julgador.

Por evidente que os casos de provas psicografadas como elemento probatório, por seu caráter inédito, causam as mais variadas impressões, percebe-se que a valoração subjetiva é inerente não apenas ao magistrado, mas ao homem comum, que também emite seus juízos valorativos em tudo que faz e analisa. Veja-se, nesse sentido, a importância dada à prova em questão quando analisada somente no aspecto subjetivo, por dois juristas:

Para o jurista Eduardo Silveira de Melo Rodrigues, utilizar cartas psicografadas como prova é um “absurdo” e uma negação da estrutura básica do direito penal. “O direito não supõe revelações do além, é entre vivos”, disse ele. Melo Rodrigues afirma que não é admissível provas que abalem a estrutura normal do direito. “A lei da magistratura diz que o juiz pode usar suas convicções, mas não pode acolher prova imprestável”, afirma o jurista. Para ele, utilizar a psicografia em julgamentos é motivo de deboche e “acaba com os alicerces do direito”.

O advogado criminalista Roberto Podval concorda que a psicografia não pode ser utilizada como prova objetiva no direito. “Materialmente falando, não é prova válida. Mas pode ter um caráter subjetivo e indicar ao juiz algum caminho”.³⁹⁰

Assim, é evidente que a convicção produzida pelo elemento probatório dependerá do acolhimento pelo magistrado e da pré-compreensão que ele já tem de outras determinadas áreas ou sistemas.

Nesse diapasão, é necessário analisar a lição de Taruffo, que, refletindo sobre o raciocínio do juiz, deduz que “é preciso, pois, conscientizar o fato de que o raciocínio

³⁹⁰ Disponível em www.forumnow.com.br/vip/mensagens.asp_forum. Acesso em 27 de dez. 2006.

do juiz é inevitavelmente imerso no senso comum o qual compõe, juntamente com o direito, o seu contexto inafastável. (...) Pode-se dizer que o senso comum está em todo o raciocínio do juiz”.³⁹¹ Sobre o senso comum Taruffo alude:

Em sentido geral, como é sabido, a noção de senso comum é tão difusa quanto indeterminada e imprecisa. Ela é extremamente difícil de definir, inclusive por suas numerosas conotações filosóficas, sociológicas e até mesmo antropológicas. (...) pode-se esclarecer que senso comum é uma acepção ampla e abrangente, capaz de incluir inclusive as condições de base que na cultura de uma época definem o que se pode dizer e pensar e como isso pode ser pensado; ainda, um conjunto de certo modo intermediário de noções mais específicas e contingentes, que, no entanto habitualmente se exprimem na forma de máximas ou regras consideradas produzidas pela experiência comum, e pro fim, dados isolados do conhecimento que constituem boa parte do patrimônio cultural reputado próprio ao protótipo do homem médio em certo lugar e contexto social, assim como em dado momento histórico.³⁹²

Desse raciocínio decorre que a valoração da prova, obrigatoriamente, deverá seguir o senso comum do juiz, ou seja, o juiz extrai de sua cultura de homem médio de certa sociedade e num momento histórico determinado um juízo de verdade sobre o *factum probadum*. Para Taruffo, o senso comum surge na revelação dos fatos:

O senso comum está presente na parte do raciocínio judicial relacionada com o reconhecimento dos fatos. (...) Ocorre, ainda, quando o juiz precisa avaliar a credibilidade de um meio de prova. (...) Tal discurso é válido também para a avaliação que o juiz deve fazer quanto à confiabilidade da prova como demonstração da verdade ou falsidade de um enunciado fático. (...) É essencialmente no recurso ao senso comum que o juiz apóia suas valorações.³⁹³

Vislumbra-se aqui, então, o caráter autopoietico³⁹⁴ de que o elemento probatório pode revestir-se, pois no momento em que o juiz, usando o critério subjetivo valora a prova, ele está interagindo com o ambiente em que está inserido e trazendo referências da realidade social para adequar a sua decisão ao tempo social ideal ao direito.

³⁹¹ TARUFFO, 2001, op. cit., p. 9-10.

³⁹² TARUFFO, 2001, op. cit., p. 10-11.

³⁹³ TARUFFO, 2001, op. cit., p.11-17.

³⁹⁴ TEUBNER (1989) esclarece que o sistema jurídico de nossos dias pode ser visto como um sistema autopoietico de segundo grau. Sistema constituído por actos de comunicação gravitando em torno da distinção “legal/ilegal”, que se reproduzem como actos jurídicos a partir de actos jurídicos.

Nesse ato de interação poderá aflorar sua apreciação subjetiva; surgem as valorações psicológicas, as ponderações pessoais ou do meio social em que o julgador vive ou viveu, emergem aspectos de sua cultura e da educação recebida que estão armazenadas em seu íntimo e que constituem sua maneira de ver e viver a vida, sua visão de mundo, ao que se chama costumeiramente de “máximas de experiência”.

Se o processo é uma atividade entre as partes envolvidas numa lide e a atividade de um órgão julgador, vindos todos de uma comunidade única, há uma relação de circularidade na atividade processual. Por meio destas partes que produzirão provas, estas provindas do sistema social que serão inseridas no subsistema do direito para a resolução satisfatória do litígio e de um julgador que avaliará o elemento probatório, por vezes de forma subjetiva, observa-se um sistema interagindo no outro, alimentando o outro de acordo com a abertura cognitiva preconizada pela teoria sistêmica.

Malatesta refere que “a lei pode deixar ao juiz certo uso dos seus critérios livres”.³⁹⁵ Pode-se dizer também, de outra forma, que há a busca de convencimento na própria realidade social, de modo que o direito e a relação processual se autoproduzem ou se auto (re) produzem na valoração da prova em seu caráter subjetivo, uma vez que o magistrado busca no tempo social vigente subsídios para produzir o tempo do direito e, conseqüentemente, o desenvolvimento da relação processual de forma mais adequada às transformações sociais.

Nessa circularidade produzida pelos elementos probatórios vindos do ambiente social e ingressando na atividade processual, produzindo uma sentença e retornando ao ambiente social como resolução do conflito, a rede sistêmica forma e desenvolve os seus pressupostos devolvendo à comunidade a expectativa harmonizada, como o alívio das expectativas preconizado por Luhmann.

Cumprе ressaltar que essa comunicação, que é a forma de os elementos sociais se interligarem e interagirem, estabelecida pelo processo resulta em sentenças (decisões) contingentes³⁹⁶, já que poderiam ser de outra forma em razão da complexidade que

³⁹⁵ Em. Malatesta (1996, p. 44), esse critério livre chamar-se-ia de *certeza parcialmente legal*.

³⁹⁶ Luhmann (1983, p. 46) refere que por contingências entende-se o fato de que as possibilidades apontadas para as demais expectativas poderiam ser diferentes das esperadas e, portanto, significando perigo de desapontamento e necessidade de se assumirem riscos.

produz o risco³⁹⁷ eleva a contingência o que se reflete nos elementos probatórios e, por certo, nas decisões judiciais:

O preço disto (complexidade) está na potenciação do risco: na elevação da contingência simples, ao nível da dupla contingência do mundo social; Reconhecer e absorver as perspectivas de um outro e neste caso preciso reconhecer que o outro também possui a liberdade de variar seu comportamento, pois também para ele o mundo é complexo e contingente. Ele pode errar enganar-se, enganar-me. Sua intenção pode significar minha decepção.³⁹⁸

A idéia de que “a função jurisdicional e a legislação estão ligados pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social”³⁹⁹ é, para Dinamarco, uma questão de visão “já que a visão jurídica de um e de outro em suas relações revela que o processo serve para atuação do direito sem inovações ou criação, já o enfoque social de ambos mostra assim solidariamente voltados à mesma ordem de benefícios a serem prestados à sociedade”.⁴⁰⁰

O doutrinador continua explicitando que “o processo precisa se adequar à missão de aperfeiçoamento do sistema para eliminar insatisfações e para que não seja fonte de perenes decepções”.⁴⁰¹ Segundo Dinamarco, “são as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade”.⁴⁰²

Por óbvio, se o processo não se amoldar à complexidade⁴⁰³ da sociedade pós-moderna, usando, por exemplo, elementos probatórios provindos da tecnologia, ou da alteração de determinados costumes, estará fora de seu tempo, produzindo soluções anacrônicas e vazias de significado, sem eficácia alguma para a sociedade e para o processo. Dessa forma, a auto-referência proposta por Luhmann deve envolver as partes processuais, os elementos probatórios trazidos ao processo pelas partes e o juiz. Assinala Dinamarco, por oportuno:

³⁹⁷ O risco para Luhmann, é uma consequência das contingências que surgem em virtude das várias possibilidades de decisão que a complexidade oferece.

³⁹⁸ LUHMANN, 1983, op. cit., p.47.

³⁹⁹ DINAMARCO, 2002, op. cit., p.160.

⁴⁰⁰ DINAMARCO, 2002, op. cit., p. 174.

⁴⁰¹ DINAMARCO, 2002, op. cit., p.. 331.

⁴⁰² DINAMARCO, 2002, op. cit., p. 160.

⁴⁰³ Conforme Campilongo (2000, p. 83), complexidade é o mesmo que pluralidade de alternativas.

Desse labor, hão de participar o processualista e o juiz e de ambos se espera, para que possam chegar a bom termo, uma racional, mas decidida *mudança de mentalidade*. É preciso implantar um novo “método de pensamento”, rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo.⁴⁰⁴

Nesse sentido, a decisão judicial, aliada à relevância da prova, deverá produzir esse rompimento com as posturas em desuso, abrindo-se para as diferenciações⁴⁰⁵ preconizadas por Luhmann e chegando a novas soluções, que a dogmática jurídica tradicional não oportuniza, e que, para Dinamarco, já se afigura de relevância impar:

É indispensável colher do mundo político e do social a essência dos valores ali vigorantes, seja para a interpretação das leis que temos postas, seja para com suficiente sensibilidade e espírito crítico chegar a novas soluções a propor.⁴⁰⁶

Teubner também considera que a relação de auto-referência⁴⁰⁷ do direito e a sua imprevisibilidade em que o ideal da certeza e da segurança jurídica repousa no postulado da previsibilidade da aplicação do direito aos casos concretos da vida (através do processo) seria incompatível com essa sua característica de auto-referência.⁴⁰⁸

Portanto, depreende-se que a prova, quando analisada no aspecto subjetivo em face à teoria sistêmica, traz a problemática do risco. A questão de as provas serem vistas e consideradas como aberturas cognitivas é relevante e conduz a uma renovação e atualidade no desenvolver da atividade processual, bem como abre novos caminhos para a valoração da prova extraída da experiência humana da pós-modernidade vinda da realidade social que a ela retorna na circularidade prevista pela autopoiese.

⁴⁰⁴ CAMPILONGO, 2000, op. cit., p. 84.

⁴⁰⁵ Conforme Luhmann (1969, p. 57), a diferenciação aumenta as dificuldades da decisão. Priva o procedimento jurídico de inúmeras probabilidades de simplificação, até mesmo a própria experiência de vida e o saber pessoal do juiz- qualidades que em processos de decisão diferenciados, o tornaram apto para a magistratura numa forma muito especial.

⁴⁰⁶ Idem, ibidem.

⁴⁰⁷ Segundo Teubner (1989, p. 2) a auto-referência sugere a idéia de indeterminação do direito como algo insusceptível de controle ou determinação externos, a ausência de um “ponto de Arquimedes” exógeno a partir do qual o Direito pudesse ser determinado. O direito determina-se a ele mesmo por auto-referência, baseando-se na sua própria positividade.

⁴⁰⁸ TEUBNER, 1989, op. cit., p. 3.

Nessa linha de idéias, percebe-se que o sistema da persuasão racional oportuniza ao magistrado a análise da prova por diferentes ângulos, como se fosse um objeto multifacetado, com diferentes matizes, no qual a probabilidade e a verossimilhança podem não traduzir a certeza devida. Na verdade, cada julgador analisa esse objeto pelo ângulo que lhe chama maior atenção ou produz-lhe mais veementemente a sensação de certeza, a convicção de certeza. Desse modo, a valoração que um julgador empresta às provas vindas aos autos poderá não ser a mesma aduzida por outro, pois cada um tem suas experiências e vivências próprias a lhe determinarem a convicção.

4.1. CONCEITO E FUNÇÃO DE PROVA

Toda atividade processual existe para pacificar conflitos dentro de uma comunidade. É uma exigência social que haja normas de conduta previamente estabelecidas para que os conflitos sejam ordenados. E, sem dúvida, como não existe sociedade sem conflitos, o ser humano busca a pacificação, pois é da natureza humana a procura pelo prazer.

Na lição de Kant: “Ser feliz é o desejo de todo ser humano racional, mas finito (...) alguma coisa referente ao seu sentimento de prazer ou desprazer, lhe serve de fundamento subjetivo que determina o que precisa para contentar-se com a sua condição”.⁴⁰⁹ Kant considera ainda que: “cada qual põe sua felicidade naquilo que está de acordo com o seu sentimento particular de prazer ou desprazer, e mesmo em um único indivíduo depende da diversidade das necessidades conforme as modificações daquele sentimento”⁴¹⁰⁻⁴¹¹. As afirmações kantianas trazem à tona a idéia de que a atividade processual deve satisfazer ao indivíduo na sua busca incessante de satisfação de seus direitos.

Sabe-se que viver em sociedade acarreta dificuldades de relacionamento, em virtude da diversidade de sentimentos, das condutas contrárias assumidas uns contra os

⁴⁰⁹ KANT, 2004, op. Cit.

⁴¹⁰ KANT, 2004, op. cit., p. 34.

⁴¹¹ Kant aborda, também, que uma lei subjetivamente necessária é objetivamente um princípio prático inteiramente contingente, que pode e deve ser bem diverso em diferentes sujeitos.

outros. A vida social, segundo Dinamarco, gera insatisfações⁴¹² que necessitam da tutela do Estado para orientar os caminhos e criar o clima favorável à paz entre os homens.⁴¹³

A respeito disso esclarece Greco Filho:

O estudo das normas de conduta ensina, também, que, apesar de nascerem dos homens e para os homens, as regras sociais não podem ser dispensadas por eles, porque constituem condição essencial de convivência, desde que se pressuponha o relacionamento entre dois indivíduos, isto é, desde que o homem não esteja absolutamente só. Na sociedade, as normas se adaptam, se modificam, crescem ou diminuem em número aparente, mas jamais desaparecem.⁴¹⁴

Assim, sendo o fim último do direito a pacificação social com a solução dos conflitos ocorridos entre os homens, a atividade processual é o meio eficaz para alcançar a harmonia e a satisfação de direitos porventura desrespeitados. A propósito, Benthan refere que “el objeto de las leyes cuando son ellas lo que deben ser, es producir, em el más alto grado posible, la felicidad de la mayor cantidad de personas”.⁴¹⁵

A atividade processual é deveras relevante nesse sentido, e “apresenta uma relação muito estreita com a realidade na qual estamos inseridos”.⁴¹⁶ Salienta Grinover que, “pelo aspecto sociológico, o direito é geralmente apresentado como uma das formas do chamado controle social à disposição da sociedade para a superação de antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios”.⁴¹⁷ Segue a autora “às situações de conflitos poderá ser chamado o Estado-juiz, o qual virá dizer a vontade do ordenamento jurídico para o caso concreto.”⁴¹⁸

⁴¹² Dinamarco (2003, p. 160) assevera que a vida em sociedade gera insatisfações, mercê de condutas contrárias aos interesses das pessoas e mercê de serem estes literalmente infinitos, enquanto finitos os bens da vida sobre os quais incidem.

⁴¹³ Dinamarco (2003, p. 161) elucida que o Estado positiva seu poder ao definir situações concretas, decidindo e realizando praticamente os resultados que entende devidos em cada caso. (...) Essa missão pacificadora que o Estado tem não possui os resultados comprometidos pelo fato de ordinariamente trazerem situação desvantajosa a pelo menos uma pessoa. A instrumentalidade do processo.

⁴¹⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 11.

⁴¹⁵ BENTHAN, 1971, op. cit., p. 9.

⁴¹⁶ RIBEIRO, 1998, op. cit., p. 13.

⁴¹⁷ GRINOVER, 1996, op. cit., p. 19-28.

⁴¹⁸ Idem, ibidem.

Nas primitivas fases da humanidade, assevera Grinover “a autotutela ou vingança privada era exercida comumente, por inexistir um Estado forte que superasse os ímpetos individualistas, passando-se paulatinamente à fase da jurisdição em que os juízes agem em substituição às partes”.⁴¹⁹

Toda atividade processual, no entanto, deve prender-se aos fatos nos quais se fundamenta a lide e somente por meio das provas vindas aos autos poder-se-á demonstrar a relevância ou não do pedido do autor. Para Grinover, “a prova constitui o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”.⁴²⁰

No entanto, sabe-se que os elementos probatórios nem sempre contaram com a racionalidade e a livre convicção do julgador. A história demonstra que fatores de ordem religiosa, misticismos e fanatismos nem sempre preponderaram e atuaram em desfavor da verdade e foram determinantes para a solução de casos de cuja aplicação dependia a observância de pena ou punição. No relato de Echandia: “Los procedimientos eran un juego de azar o escenas de juglería, y em vez de lógicos existían exorcistas y verdugos; el hombre vigoroso podía defender cien injusticias com el hierro em la mano”.⁴²¹

Neste ponto apresentam-se as cinco fases⁴²² da evolução das provas judiciais que Echandia distingue, em seus estudos sobre o tema:

⁴¹⁹ Idem, *ibidem*.

⁴²⁰ GRINOVER; ARAÚJO; DINAMARCO, 1996, *op. cit.*, p. 353.

⁴²¹ ECHADIA, 1974, *op. cit.*, p. 60.

⁴²² Conforme esclarece Echadia (1974, p. 56), “las cuatro últimas fases de la evolución del concepto de la prueba y los sistemas probatorios judiciales se encuentran más o menos definidas en la historia europea, a partir de la caída del Imperio romano por haberse producido una quiebra fundamental en la civilización jurídica y social que Roam había llevado a altos niveles, lo cual hizo que durante muchos años imperara una mezcla de barbarie y de fanatismo religioso que condujo a absurdos procedimientos judiciales.

La fase étnica, a la cual sería mejor darle el nombre de primitiva, pois corresponde a todas las sociedades en formación, onde sólo podía existir un sistema procesal rudimentario, y que suele describirse como de las pruebas abandonadas al empirismo de las impresiones personales. (...) a fase religiosa o mística del antiguo derecho germánico primero y de la influencia del derecho canónico; la legal, que creemos más acertado calificarla como de tarifa legal, que sometió la prueba a una rigurosa tarifa previa de valoración, que fue un avance en su época, pero que no se justifica hoy; la fase sentimental, que sería mejor denominar de la íntima convicción moral, que se originó en la Revolución Francesa, como reacción contra la tarifa legal y que sostiene la absoluta libertad de valorar la prueba, se aplicó primero al proceso penal y mucho después al proceso civil; la fase científica, que actualmente impera en los códigos procesales modernos.⁴²³

Observa-se que, com as alterações históricas e sociológicas da sociedade, os conhecimentos humanos e o progresso produzem efeitos extraordinários que propiciam a evolução, permitindo-se quebrar certos costumes, e por conseqüência alteram-se as idéias, as formas de pensar e ver o mundo e, por certo, também os meios probatórios deixam de ser extravagantes passando a se acomodar mais às influências recebidas dos novos tempos. O avanço, o progresso da mentalidade do homem - objeto central do processo – e seus valores morais são responsáveis pela reforma da sociedade, e, conseqüentemente, a atividade processual passa a exigir reformas também ou se estagnará. Echandia refere que “las ordalías, los combates judiciales, los juramentos expurgatórios, las torturas se han abandonando a medida que esos conocimientos psicológicos fueran desarrollándose”.⁴²⁴

Paulatinamente, houve uma transformação no sistema probatório civil, a ponto de, hoje, o procedimento civil contemplar artigos como o 131, 334, 335, que dão margem a conhecimentos adquiridos na vida social do julgador. O elemento probatório, por conseguinte, reveste-se de importância máxima para o resultado final do processo. A atividade processual não se desenvolverá nem seguirá seu curso sem a demonstração dos fatos alegados no processo através dos elementos probatórios. O magistrado ver-se-á impedido de atender ao pedido do autor sem que esteja demonstrada a existência dos fatos sociais que juridicamente são relevantes para a solução do litígio.

Para a solução dos litígios provindos da sociedade, observa Cambi que, “as provas fornecem ao juiz os elementos necessários para a reconstrução, em juízo, de

⁴²³ ECHADIA, 1974, op. cit., p. 55.

⁴²⁴ ECHADIA, 1974, op. Cit., p. 60.

acontecimentos passados, com a finalidade de que ele possa formar o seu próprio convencimento sobre a verdade ou não dos fatos históricos alegados pelas partes”.⁴²⁵

Dessa forma, o processo se desenvolverá mediante a existência dos meios probatórios; depreende-se, pois, ser indispensável a prova⁴²⁶ para o resultado da atividade processual. Poder-se-ia dizer que a prova é o elemento que dá vida ao processo e que permite que a lide siga seus trâmites e seja desvelada a certeza jurídica. Segundo lição de Carnelutti, as provas trazem ao juiz o fato ausente:

No processo, em todas as suas espécies, o ofício tem que valorar juridicamente fatos. A noção de fato jurídico, essencial para a teoria do processo, é uma daquelas que o estudioso deve aprender da teoria geral do direito. Quantas forem as vezes em que o fato que se tem de valorar não está presente, tantas serão as que o juiz terá que se servir de outros objetos que lhe permitam conhecer o fato ausente. Esses outros objetos são as provas.⁴²⁷

A doutrina traz inúmeras noções sobre o conceito de prova e sua função no processo. Carnelutti observa que, “na linguagem comum, prova se utiliza como comprovação da verdade de uma proposição; somente se fala de prova a propósito de alguma coisa que foi afirmada e cuja exatidão se trata de comprovar”.⁴²⁸ Na lição de Merlin, “prova é a consciência legítima que resulta de um fato cuja certeza leva à conclusão de outro fato, cuja verdade se ignorava se é ou não verdadeiro”.⁴²⁹ Bentham, entende que a palavra “prova” tem um significado de maior amplitude, “más amplio que cabe a palabra prueba, se entiende por tal um hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistência de outro hecho”.⁴³⁰ Na lição de Batista da Silva:

⁴²⁵ CAMBI, 2001, op. cit., p. 49.

⁴²⁶ Para Carnelutti (2001, p. 67), a utilização da palavra prova se limita aos procedimentos instituídos pelo juiz para a comprovação dos fatos controvertidos (afirmados e não admitidos): aqui o conceito se adapta perfeitamente ao vocábulo segundo seu significado essencial.

⁴²⁷ CARNELUTTI, 1999, op. cit., p. 307.

⁴²⁸ CARNELUTTI, 1999, op. cit., p. 67.

⁴²⁹ Apud. CARNELUTTI, 1999, p. 84.

⁴³⁰ BENTHAN, 1971, op. cit., p. 21.

Prova, no domínio do processo civil, onde o sentido da palavra não difere substancialmente do sentido comum, pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos que haverão de buscar convicção do julgador, quanto aos instrumentos por meio do qual essa verificação se faz.⁴³¹

Como se observa, na linguagem comum prova também se utiliza como comprovação de uma verdade Carnelutti acrescenta a esse respeito:

Somente se fala de prova a propósito de alguma coisa que foi afirmada e cuja exatidão se trata de comprovar. Assim, a prova da afirmação acerca da existência de um fato, se faz mediante o conhecimento de um mesmo fato; o conhecimento não é a prova, porém dá a prova da afirmação. Nesse sentido, é justo reconhecer que objeto da prova não são os fatos senão as afirmações, as quais não se conhecem, porém se comprovam, enquanto que aqueles não comprovam, senão se conhecem.⁴³²

Segundo preleciona Ribeiro, “o direito é um processo de adaptação social, no qual o legislador busca, no fato, a sua matéria-prima para normatizar as relações sociais”.⁴³³ Portanto, os fatos sociais são valorados juridicamente pelo magistrado⁴³⁴, que, pelo fato ausente de seus sentidos, mas presente na atividade processual como elemento probatório, forma a sua convicção e possibilita a entrega da prestação jurisdicional para a composição da lide. O mesmo autor, ao referir-se aos fatos que interessam em juízo, alude:

Ocorre recordar que a prova em juízo tem por objetivo reconstruir historicamente os fatos que interessam à causa, porém há sempre uma diferença possível entre os fatos, que ocorreram efetivamente fora do processo e a reconstrução desses fatos dentro do processo. Para o juiz não bastam as afirmações dos fatos, mas impõe-se a demonstração da sua existência ou inexistência.⁴³⁵

⁴³¹ SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de processo civil. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, v. 1, 1987, p. 275.

⁴³² CARNELUTTI, 2001, op. cit., p. 67.

⁴³³ RIBEIRO, 1998, op. cit., p. 63-64.

⁴³⁴ Carnelutti 1998, p. 16) no Prefácio de sua obra A Prova Civil, salienta que “na sua cátedra, costuma dizer que o juiz está em meio a um minúsculo cerco de luzes, fora do qual tudo são trevas: atrás dele, o enigma do passado e diante, o enigma do futuro. Esse minúsculo cerco é a prova”.

⁴³⁵ RIBEIRO, 1998, op. cit., p. 60.

Para Mittermaier, “provar é querer, em substância, demonstrar a verdade⁴³⁶ e convencer o juiz, o qual para decidir há mister de adquirir plena certeza”.⁴³⁷ Cabe salientar aqui que para Mittermaier estar imbuído da verdade é adquirir plena certeza; e Certeza é, pois, o que comumente move o julgador nos seus julgados.

Ferreira observa que “prova é demonstração, testemunho, sinal, documento justificativo. O vocábulo ‘provar’ traz a idéia de estabelecer a verdade, a realidade de; demonstrar”⁴³⁸ e vem do latim: *probare*, significando demonstrar, reconhecer. Por sua vez, o vocábulo *probatio* significa ensaio, verificação, inspeção, aprovação, confirmação.⁴³⁹ Juridicamente, no entanto, prova significa a demonstração dos fatos alegados no processo. Segundo, Zelanis, “a prova jurídica é o resultado de uma ação instrumentalizada segundo determinações legais, que reflete um fato jurídico determinado, cuja finalidade é convencer um dos sujeitos da relação jurídica da existência ou não do mesmo fato”.⁴⁴⁰

No preâmbulo de sua obra, Malatesta refere que, “sendo a prova o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, sua eficácia será tanto maior, quanto mais clara, mais plena e mais seguramente ela induzir no espírito a crença de estarmos de posse da verdade”.⁴⁴¹ Malatesta afirma que a verdade é eficaz se for capaz de induzir plenamente a crença da posse da verdade. Sem sombra de dúvida, essa definição de eficácia da verdade é calcada na verossilhança e na certeza.

Para Bethan, “la prueba es un medio encaminado a um fin”⁴⁴² e na lição de Echandia, “pruebar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos”.⁴⁴³

Depreende-se de tudo, que não é pacífico na doutrina a conceituação de prova, visto que os fatos hão de ser analisados por seus aspectos objetivos e subjetivos.

⁴³⁶ Para Mittermaier 1997, p. 59, a verdade é a concordância entre um fato real e a idéia que dele forma o espírito. [...] resulta a verdade desde que a convicção adquirida se acha em perfeita correlação com seu objeto. Portanto, o autor analisa se a verdade propriamente dita ou a realidade absoluta das coisas, pode ser submetida às investigações do espírito humano, ou se antes se deve contentar com a simples aparência.

⁴³⁷ MITTERMAIER, 1997, Idem, ibidem

⁴³⁸ FERREIRA, 2000, op. cit., p. 990.

⁴³⁹ ZELANIS, Paulo. Elementos para uma nova Teoria Geral do Processo. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1997. p. 248.

⁴⁴⁰ ZELANIS, 1997, op. cit., p.251.

⁴⁴¹ MALATESTA, 1996, op. cit., p. 19.

⁴⁴² BENTHAN, 1971, op. Cit., p. 22.

⁴⁴³ ECHADIA, 1974, op. Cit., p.34.

Admitir um fato como prova incontestável de outro fato é um ato humano dirigido ao convencimento dos sujeitos vinculados à relação jurídica e ao julgador, que para convencer-se poderá utilizar de razões humanas trazidas de sua historicidade.

4.2 CONCEITO DE PROVAS ATÍPICAS: A VARIABILIDADE E A OBRIGATORIEDADE DE SELEÇÃO

O processo civil brasileiro possui referência clara e expressa quanto aos elementos probatórios passíveis e possíveis de serem usados pelas partes na elucidação da lide⁴⁴⁴ processual, tais como o depoimento pessoal das partes, a confissão, a prova documental, testemunhal, pericial.

O Código Civil acrescenta a estes a presunção, no inc. IV do art. 212.⁴⁴⁵ Lembra-se que também no código de procedimentos o art. 334 admite algumas hipóteses de presunção de veracidade⁴⁴⁶. O art. 332 do CPC, pretendendo expandir os meios de prova colocando à disposição do magistrado melhores e mais amplas possibilidades para seu convencimento, adiantou-se ao avanço social e ao progresso incessante a que o direito deve se alinhar estabelecendo que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.⁴⁴⁷

Para Stein, há uma importante diferenciação entre meios e indícios probatórios:

Los medios probatorios son declaraciones, testimonios el sentido más amplio, o estados de cosas que el juez ha percibido en el transcurso del proceso a los fines de la prueba. Los indicios son hechos, es decir, acontecimientos o circunstancias, a partir de los cuales y por medio de la experiencia, se puede concluir en otros hechos que están fuera del proceso y consituyen el objeto de la prueba. Medios probatorios e indicios sólo se encuentran y reúnen en el tratamiento de la apreciación de la prueba.⁴⁴⁸

⁴⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, op. cit., *Revista de Processo*. 95/178. p. 114.

⁴⁴⁵ O art. 212 do Código Civil determina “ Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I- confissão; II- documento; III- testemunha; **IV- presunção**; V- perícia.”

⁴⁴⁶ Segundo preconiza o art. 334: “Não dependem de provas: I - os fatos notórios; II- (...) III - admitidos, no processo, como incontrovertidos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

⁴⁴⁷ Íntegra do art. 332 do CPC.

⁴⁴⁸ STEIN, 1998, op. Cit., p. 41.p. 41.

Embora não sem dificuldade, Barbosa Moreira conceitua provas atípicas por oposição à prova típica: “O conceito de atipicidade, obviamente pressupõe o conceito de tipicidade, e define-se em oposição a ele”. Enfatiza o autor:

Há dois possíveis modos de oposição. Por duas diferentes perspectivas, ou de dois diferentes pontos de vista, podemos conceber que uma prova divirja da prova típica e, por isso, mereça ser considerada atípica. : ou a prova era atípica por constituir espécie diferente daquelas reguladas pela lei, ou a prova era atípica porque colhida de modo diferente.⁴⁴⁹

Dessa forma, abrem-se possibilidades outras que permitem unir a realidade em constante mutação e desenvolvimento à imperfeita e incompleta enumeração restrita dos meios probatórios do procedimento civil pátrio, adequando-os à pós-modernidade que avassaladoramente invade a era em que se vive trazendo toda a tecnologia possível. Assim, a sociedade passa a conviver com diferentes meios de comunicação, que descortinam novas situações, e logo, trazem novos direitos e constantes riscos e complexidades. O direito, então, vê-se obrigado a se modificar, assim como o seu procedimento, devendo adequar-se a esse novo tempo que surge a passos largos.

Ao julgador cabe, portanto, utilizar e avaliar todos os meios cabíveis para a solução da lide. Daí a relevância do conteúdo probatório aliar-se à pós-modernidade, fazendo do processo um caminho profícuo e fecundo com soluções convincentes, adequadas e embasadas em princípios lógicos quando da apreciação da prova.

Segundo a idéia de Bittar sobre as transformações das relações sociais, “há de se dizer que a complexização das relações sociais, bem como as profundas transformações, em todos os níveis das relações sociais, trouxeram modificações que há de se pensar se a doutrina e a ciência do direito foram capazes de captar”.⁴⁵⁰ E nas palavras de Campilongo, “a concepção do direito como um conjunto de normas emanadas do Estado e respaldadas por sanções, fruto de um processo sistemático, formal e racional de produção, continua integralmente válida”?⁴⁵¹ Acredita o autor que a dinâmica da sociedade de hoje exige uma resposta mais atualizada do direito, entretanto:

⁴⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, op. cit. *Revista de Processo*. 95/178 .p. 115.

⁴⁵⁰ BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005 p. 365.

⁴⁵¹ CAMPILONGO, 2000, op. cit. 2000. p. 69.

o principal problema da ciência do direito parece repousar em suas matrizes de inspiração, que se tornaram absolutamente insuficientes para a preparação do jurista contemporâneo para os desafios dos tempos atuais. As idéias do purismo metodológico, da redução da ciência do direito a uma enciclopédia de comentários às leis positivas, do trabalho de apuro conceitual e sistemático das regras de comportamento normatizadas encontram-se em franca crise, para não dizer decadência, na medida em que um mundo e uma realidade com dinamismos diversos daquele que dirige a lógica do raciocínio jurídico tradicional solapam as bases com as quais se estruturam os alicerces da dogmática jurídica.⁴⁵²

Não diferente é a concepção de Couture quanto à dinamicidade social e tecnológica ao concordar que “o problema está em saber se a enumeração de provas pode ou mesmo deve ser acrescida de outras não previstas, mas que, correspondendo às conquistas da ciência, trazem dia a dia novas possibilidades de investigação dos fatos controvertidos”.⁴⁵³ Expõe, ainda o autor:

Sustentou-se que a instituição dos meios de prova é um atributo exclusivo do legislador e que a ninguém é permitido introduzir no sistema outros meios de demonstração da verdade. Entretanto, em contrário a esta opinião, que não se apóia em princípios convincentes, pode-se advertir que os repertórios de jurisprudência estão cheios de antecedentes que refletem a admissão de provas não previstas nas disposições da lei civil ou processual.⁴⁵⁴

Dessa forma, percebe-se a necessidade de que os elementos probatórios se adequem à realidade social para que se construa um processo que permita ao magistrado o desvendar da lide produzindo um resultado satisfatório. Considera Ribeiro que o art. 332 do CPC traz outros elementos que não os previstos unicamente pelo legislador - não delimitado pelo legislador – os quais podem favorecer o desenvolvimento da lide:

São esses “outros meios”, não delimitados, e alguns, nem positivados pelo legislador, como forma de convencimento, que podem garantir o convencimento do juiz, pois que a realidade não se limita àquelas hipóteses legais previstas pelo legislador, que só têm o condão de fazer com que fique delimitada a capacidade de percepção do juiz, o qual não consegue enxergar além da previsão legal.⁴⁵⁵

⁴⁵² BITTAR, 2005, op. cit., p. 369.

⁴⁵³ COUTURE, 1983, op. cit., p. 182.

⁴⁵⁴ COUTURE, 1983, op. cit., p. 182.

⁴⁵⁵ RIBEIRO, 1998, op. cit., p.93.

Ressalta Ribeiro que, a realidade hoje não se limita apenas às hipóteses legais já previstas pelo legislador e sugere que a percepção do juiz pode e deve ir mais além, uma vez que o magistrado, por óbvio, tem percepções extrajudiciais além das provas ali ordenadas.

Para Carnelutti, “o conhecimento de um fato por parte do juiz não se pode ter sem que o mesmo perceba algo com os próprios sentidos; e para isso é inevitável o contato entre o juiz e a realidade acerca da qual deve julgar”⁴⁵⁶ A percepção explicitada pelo autor realiza-se da seguinte forma: “teoricamente, a percepção pode ser mediante os sentidos do juiz, ou seja, ocular, pelo tato, pela audição, o paladar, ou o olfato”.⁴⁵⁷ Ao usar a palavra “teoricamente”, Carnelutti refere-se, com certeza, à possibilidade de que na prática a percepção possa, ocorrer de outra forma, como por exemplo, pela dedução do juiz⁴⁵⁸.

Pelo sistema da persuasão racional da prova, aduz-se que o julgador usa seu livre convencimento; daí a possibilidade de ele convencer-se por meios subjetivos, internalizados, de sua vivência, de sua trajetória de vida. A respeito, Barbosa Moreira assinala que “todos os juízes já devem ter tido a oportunidade de valer-se para a aquisição de conhecimentos sobre fatos não expressos na lei ou pelo menos, de forma diversa da especificamente legal”.⁴⁵⁹

Acrescem-se aqui os fatos notórios, as presunções e as regras de experiência como meios de prova cabíveis de serem utilizados pelo magistrado em suas decisões, que, seguindo a linha de idéias acima explicitadas, não dependem dos sentidos do juiz, mas do seu saber comum e que representam, segundo Ribeiro, “uma exceção ao princípio *secundum allegata et probata partium iudex judicare debet*, ou seja, o fato notório representa uma exceção a esse princípio, na medida em que o juiz pode julgar baseado nesse fato, sem necessidade de as partes terem alegado, nem feito qualquer tipo de prova, conseqüentemente julgando *secundum conscientiam suam*”.⁴⁶⁰

⁴⁵⁶ CARNELUTTI, 2001, op. cit., p.82.

⁴⁵⁷ CARNELUTTI, 2001, op. cit., p. 100.

⁴⁵⁸ “Para Carnelutti (2001, p. 16) a dedução do juiz é um instrumento da atividade em que não são responsáveis os sentidos, mas o seu conhecimento porque na dedução não se trata de ver, mas, sim de saber”.

⁴⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, op. cit., 95/178 p. 114.

⁴⁶⁰ RIBEIRO, 1998, op. cit., p. 97.

4.2.1 Fatos Notórios

Para Couture, todo o objeto da prova está enquadrado na regra de que as provas devem cingir-se ao assunto sobre o qual se litiga, pois foram objeto de afirmações contraditórias. No entanto, aduz que os fatos notórios ficam fora do objeto da prova ⁴⁶¹. Para ele, “o fato notório não significa efetivo conhecimento, mas antes certeza pacífica”⁴⁶² e elucida ainda o autor especificando o que acredita ser um fato notório: “uma forma de sossego intelectual com que o homem reputa adquirida uma noção”.⁴⁶³

Atente-se para a idéia de Couture, que admite que uma noção de um fato conhecido do julgador e de outros homens é passível de ser objeto de elucidação de pontos a serem desvelados na lide. O sossego intelectual prelecionado pelo autor remete à idéia de que fato notório, para ser assim nominado, deve ser conhecido e, indiscutivelmente, trazer a sensação de certeza, segurança e incontestabilidade social.

Sobre fatos notórios e fatos não notórios, esclarece Stein:

La diferencia entre los hechos notorios y los no notorios consiste en que los primeros son conocidos por todos, bien por percepción, es decir, son conocidos por un número indeterminado de personas, por el público, cualquiera que sea la forma de delimitarlo numéricamente. Los hechos no notorios, por el contrario, solo son conocidos en sentido jurídico, es decir, mediante la propia percepción, por un número limitado de individuos.⁴⁶⁴

Quanto às particularidades de um fato notório⁴⁶⁵, interessa ressaltar que, para Stein, a notoriedade varia segundo a localidade, pois “no existen hechos “universalmente” notorios”⁴⁶⁶. Segue explicitando que “em otros casos varia

⁴⁶¹ COUTURE, 1983, op. cit., p. 143.

⁴⁶² COUTURE, 1983, op. cit., p. 154.

⁴⁶³ Idem, ibidem.

⁴⁶⁴ STEIN, 1998, op. cit., p. 33.

⁴⁶⁵ Stein (1998, p. 174-175) considera que, para que um ato seja considerado notório, há necessidade de obter-se o conhecimento através de algumas fontes, que podem ser: em primeiro lugar, está a publicação oficial; a segunda fonte é a ciência histórica em seu sentido mais amplo, como a literatura, a geografia; entende o autor também que a afirmação falsa sempre será atacada por alguma parte. , Friedrich. El conocimiento privado del juez. Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos.

⁴⁶⁶ STEIN, 1998, op. cit., p. 171.

grandemente el âmbito de la notoriedad⁴⁶⁷ e para ele, também “la notoriedad del mismo hecho varía según lugar y tiempo”.⁴⁶⁸ Por sua vez, Micheli entende que “se ha objetado, sin embargo, que tales hechos pueden considerarse notorios solamente cuando todos estén en condiciones de conorcelos, esto es, cuando sean susceptibles de consittuir hechos notorios en sentido amplio”.⁴⁶⁹

Para Benthán, determinar o que sejam fatos notórios é uma questão difícil de resolver e requer grandes precauções:

Que es la notoriedad?Dónde está la línea divisória entre um hecho suficientemente notório y el que no lo es?(...) Lo que es notorio a los hojos de uno lo será también a los de otroUm hecho considerado como notorio por el demandante, no podrá parecer dudoso al demandado y hasta mismo juez? La palabra notoriedad en materia judicial, resulta precisamente muy sospechosa.Es un pretexto mucha veces utilizado cuando no hay asomo de prueba o cuando la prueba se hace demasiado difícil.⁴⁷⁰

Vêm-se em Ribeiro idéias semelhantes quanto aos fatos notórios,⁴⁷¹ pois refere que “a notoriedade é um conceito relativo, não existindo para todos os homens, sem limitação de tempo e de espaço. Quem aquilata se o fato é ou não notório é o juiz ou o tribunal, posto que ele mesmo avalia livremente a prova contida nos autos”⁴⁷². No entanto, cabe salientar que a diferença entre fatos notórios e regras de experiência, por exemplo, é de difícil constatação entre os doutrinadores, não parecendo um consenso que delimite aspectos de um e de outra. Segundo Ribeiro, “há autores que tentam diferenciá-los, baseados no caráter de abstração e generalidade que possuem as regras de experiência, em contraposição a acontecimentos singulares, concretos dos fatos notórios”.⁴⁷³ Para o autor, nos fatos notórios há a repetição de um só fato na consciência de diversas pessoas; ao passo que nas regras de experiência a similitude de reiterados

⁴⁶⁷ Idem, *ibidem*.

⁴⁶⁸ STEIN, 1998, *op. cit.*, p. 173.

⁴⁶⁹ MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la Prueba*. Traducida por Santiago Sentis Melendo. Colômbia: Editorial Temis. 1989. p. 107.

⁴⁷⁰ BENTHAN, 1971, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁷¹ Para Ribeiro (1998, p. 99) o fato é notório quando é um fato conhecível e compreensível por um homem de cultura média no momento da decisão.

⁴⁷² RIBEIRO, 1998, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁷³ RIBEIRO, 1998, *op. cit.*, p. p. 106.

acontecimentos leva a que indutivamente se extraia a conclusão sobre casos análogos ainda não observados.⁴⁷⁴

Não obstante a idéia posta de que fatos notórios não necessitam de prova, Echandia acredita que alguns destes devem ser provados:

La doctrina acepta, no sin discusión, que los hechos notorios están exentos de prueba (...). En el primer caso la prueba es posiblemente inútil; pero, a moenos que la ley consagre el procedimiento de una declaración previa del juez sobre notoriedad, con fuerza vinculativa para la sentencia, resulta prudente y por tanto útil aducir pruebas sobre tal hecho, de manera que el juez no puede rechazarlas, en especial el de primer grado, porque existe la posibilidad de que en la segunda instancia el tribunal adopte un cirterio distinto sobre dicha notoriedadey, por consiguiente, quede faltando la prueba.⁴⁷⁵

Da idéia de Echandia, pode-se deprender que ao juiz pertence a avaliação da prova como fato notório ou não; cabe-lhe resolver se o fato compreensível como notório é perceptível pelo homem de cultura média. Dessa forma, a prova de fato notório⁴⁷⁶ traz a possibilidade de o juiz julgar *secundum conscientiam suam*, o que para Ribeiro não configura conhecimento privado do juiz, visto que o fato notório “é conhecido não só pelo juiz do processo, senão por todos os juizes, procuradores e pessoas de determinada cultura média, enquanto o conhecimento privado o saber seria somente do juiz julgador do processo”.⁴⁷⁷

Para Couture, “podem-se reputar notórios aqueles fatos que fazem naturalmente parte do conhecimento, da cultura ou da informação normal dos indivíduos, atendendo-se ao lugar ou ao círculo social, e ao momento determinado, no qual ocorre a decisão”.⁴⁷⁸

Entende Pescatore, por sua vez, que os fatos que se percebem não são objetos de prova, porque não se prova aquilo que por si já é visível e evidente.⁴⁷⁹ Portanto,

⁴⁷⁴ Idem., ibidem.

⁴⁷⁵ ECHADIA, 1974, op. cit., p. 354.

⁴⁷⁶ Para Couture (1983, p. 154), “o conceito de notoriedade não pode ser tomado como sinônimo de generalidade. Um fato pode ser notório sem ser conhecido por todo o mundo”.

⁴⁷⁷ RIBEIRO, 1998, op. cit. p. 97-98.

⁴⁷⁸ COUTURE, 1983, op. cit., p. 155.

⁴⁷⁹ Apud CARNELUTTI. 2001.p. 84.

somente os fatos não evidentes, não notórios, é que necessitam ser provados e conhecidos pelo julgador. Sobre a prova dos fatos Couture, preconiza:

Pode-se, portanto, afirmar que a regra de que a prova só se deve referir aos fatos controvertidos representa uma limitação, uma espécie de enquadramento objetivo, da matéria de fato que há de ser objeto de prova. E a determinação dos fatos controvertidos e não controvertidos é um trabalho de depuração prévia, para se saber quais os fatos que precisam, e quais os fatos que não precisam ser provados.⁴⁸⁰

Cumprir destacar que a lição do autor atenta para a desnecessidade de se provarem os fatos notórios e evidentes, conforme explica:

Em casos como este de fatos notórios ou evidentes, a mente do juiz supre a atividade probatória das partes, podendo se considerar desnecessária qualquer tentativa de prova tendente a demonstrar um fato que ressalta da experiência pessoal do magistrado. A dispensa de prova dos fatos evidentes nada mais é que um aspecto do problema, mais amplo da ciência própria do juiz.⁴⁸¹

No pensamento de Micheli:

Si se parte, del hecho notorio, como pertencente a la cultura media, como hecho tal del que cualquiera tiene, o puede procurarse fácilmente, su conocimiento, entonces quizá la conclusión deberá ser diferente. El juez, en verdad, en cuando tal conoce una serie de hechos por haber participado en ello. El problema está más bien en ver los límites dentro de los cuales el juez mismo tiene la facultad de utilizar en el proceso cogniciones que no le son procuradas por las partes, o que él no ha conseguido en el curso del procedimiento.⁴⁸²

Sem sombra de dúvidas, o assunto é infinitamente amplo e controvertido e observa-se que há grande número de idéias divergentes, pois que, se ao juiz é livre a apreciação da prova atendendo os fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que

⁴⁸⁰ COUTURE, 1983, op. cit., p.144.

⁴⁸¹ COUTURE, 1983, op. cit., p. 145-146.

⁴⁸² MICHELI, 1989, op. cit., p..107-108.

não alegados pelas partes (...) conforme aduz o art. 131 do CPC, então o convencimento do julgador poderá se dar por estímulos subjetivos e internos.

A livre convicção do julgador poderá se formar por meio de uma valoração psicologicamente atrelada a sua formação pessoal. O raciocínio do magistrado poderá percorrer intrincados caminhos interiores, juízos de valor psicologicamente positivos ou negativos de sua vivência, até chegar à certeza. Portanto, de fácil dedução é que sendo o raciocínio do juiz individual e pessoal, depende de fatores ligados a sua experiência de vida, a sua vivência, as suas escolhas, as suas preferências pessoais. Essa possibilidade de julgamento *secundum conscientiam suam* e o sistema da persuasão racional permitem ao julgador formar o convencimento pelos fatos vivenciados por ele e que contribuirão na apreciação dos elementos probatórios.

Lembra-se aqui o caráter variável da experiência humana e a possibilidade de diferentes decisões em casos concretos semelhantes em virtude da contingência da pós-modernidade e o risco abordado por Luhmann produzido pelas contingências atuais.

Segundo Taruffo, há algumas características do raciocínio do juiz que importa considerar, tais como:

Ao formular o raciocínio que se conclui com a decisão, e mesmo quando justifica esta, emprega, como se costuma dizer, o material e as formas mais díspares e heterogêneas: linguagem técnica e linguagem comum, esquemas e modelos de argumentação, formas dedutivas, juízos de valor, instrumentos de persuasão retórica, conhecimentos de variada natureza, regras éticas e de comportamento, interpretações, escolhas de diversos gêneros etc. Trata-se, pois de um raciocínio estruturalmente complexo e heterogêneo, no qual se encontram e se baralham diversas dimensões lógicas, lingüísticas, cognoscitivas e de argumentação.⁴⁸³

O livre convencimento racional permite ao juiz formar juízos de valor na avaliação do elemento probatório. Argumenta Stein sobre os sistemas de prova:

⁴⁸³ TARUFFO, 2001, op. cit., p. 8.

La teoría de la prueba legal sustituía la experiencia individual y la opinión del juez por ciertas “experiencias promedio” sobre el valor de los medios de prueba y si bien el derecho vigente ha ampliado sustancialmente el campo de discrecionalidad judicial, renunciando por completo a influir en la apreciación del juez, el valor interno de aquellas reglas, injustamente calumniadas en el movimiento de reforma, se ha cuidado, de que, aun sin coacción, sigan aplicándose.

Com efeito, a alteração do sistema de valoração da prova ampliou as possibilidades instrutórias do julgador concedendo-lhe amplos poderes e limitando, ao mesmo tempo essa margem de liberdade a ele concedida pela motivação da sentença, dever, esse, constitucionalmente apregoadado.

4.2.2 Comportamento pessoal das partes

Na seara das provas atípicas em que há abertura para que o raciocínio do juiz seja formado por presunções ou por conhecimentos adquiridos ao longo da vida, Ribeiro acrescenta, persuasivamente, outro meio de prova a ser percebido pelo julgador e que também não está enumerado no ordenamento jurídico. Portanto, prova atípica e bastante reveladora aos olhos de um magistrado perspicaz e que faz uso, em seus julgados, da percepção ao observar atitudes e condutas dos depoentes.

Refere Ribeiro que “as formas de raciocínio que o homem faz, e em especial o juiz, baseiam-se muito nas presunções. Elas têm uma importância fundamental em todos os campos do saber; por exemplo, se a testemunha, ao depor, começar a se contradizer, gaguejar, enrubescer, presume-se que esteja a mentir”.⁴⁸⁴ O juiz poderá, baseado no comportamento da parte, e aliado aos conhecimentos que ele possui como homem comum na observação de fatos já constatados em outras situações ocorridos, que a testemunha mentiu. Nessa linha de idéias, Ribeiro perquire:

⁴⁸⁴ RIBEIRO, 1998, op. cit., p. 99.

Quem conhece a vida judiciária não pode negar a grande influência que o comportamento das partes produz no magistrado, principalmente se for levado em consideração que o direito surge da controvérsia no processo e se cristaliza nas decisões judiciais. (...) Resta saber, portanto, até que ponto o magistrado pode convencer-se, sem serem utilizados os meios legais de prova? O que mais importa é o instrumento utilizado para convencer o magistrado o seu convencimento?⁴⁸⁵

É importante salientar, ratificando a importância do princípio da oralidade aludido no início do presente trabalho, que na coleta da prova oral o papel do juiz é por demais relevante, pois as partes, as testemunhas, que são a fonte das provas, são colocadas frente a frente com o magistrado, possibilitando uma condição favorável e fecunda para o deslinde do litígio.

Gadamer afirma que “na linguagem torna-se visível o que é real além e acima da consciência individual de cada um”.⁴⁸⁶ Depreende-se dessa afirmação, que ao bom observador a linguagem oral possibilita a percepção mesmo daquilo que o indivíduo pretende ocultar, no entanto deixa transparecer pelas reações demonstradas e pela forma de falar. Dessa forma, caberá ao julgador analisar minuciosamente o impacto que causam no indivíduo as perguntas e observações realizadas na audiência.

Ao julgador cabe avaliar e julgar segundo sua consciência e percepção, livremente, segundo determina o sistema probatório atual.

Gadamer, percucientemente, preconiza que “a interpretação do escrito não dispõe de nenhuma outra ajuda, ao contrário do que acontece com a palavra falada”.⁴⁸⁷ Por certo, o autor refere-se às inúmeras formas de compreensão que a palavra falada permite, pois que se associa às expressões faciais, aos gestos e olhares que, por vezes, dizem mais do que as palavras. Tais evidências, portanto, levam ao julgador a convicção da certeza pela impressão que causam e transmitem.

Para Barbosa Moreira, é de suma relevância, quando do depoimento das testemunhas ou das partes, que seja levado em consideração, e mesmo anotado nos autos, o comportamento assumido pelos depoentes. Com a prova oral o magistrado tem condições de, observando as reações dos envolvidos no processo, valorar mais ou menos a prova colhida, como assevera Barbosa Moreira, “se os juízes anotassem certas

⁴⁸⁵ RIBEIRO, 2003, op. cit., p. 89.

⁴⁸⁶ GADAMER, 2004, op. cit., p. 580.

⁴⁸⁷ GADAMER, 2004, op. cit., p.509.

peculiaridades dos depoimentos em tudo aquilo que possa constituir elemento relevante para a respectiva valoração, tais como, a segurança, a firmeza, o fato de a testemunha enrubescer, gaguejar”.⁴⁸⁸

Segundo o autor, isso deveria constar nos autos, pois seria um elemento valioso para os julgadores de segundo grau. Brilhantemente, Pagano registra que “na palavra viva, falam também o rosto, os olhos, a cor, o movimento, o tom de voz, o modo de dizer, e tantas outras pequenas circunstâncias, que modificam e desenvolvem o sentido das palavras, e subministram tantos indícios a favor ou contra a própria afirmação delas”.⁴⁸⁹

Seguindo essa linha de idéias, perquire-se que a avaliação e a apreciação da prova exigem atenção e perspicácia do magistrado que vai sentenciar o processo; conseqüentemente, há de haver a atuação pessoal do juiz na colheita da prova, pois que certos detalhes do depoimento das partes ou testemunhas não poderão passar despercebidos, tais como a conduta e atitudes dos depoentes. Por isso, o elemento probatório testemunhal deve ser analisado como um todo, num sentido contextual, amplo, que possibilitará ao julgador ver e ouvir, além das palavras e gestos, não apenas ouvir, mas, e, sobretudo, sentir⁴⁹⁰ para sentenciar.

Seguindo esse pensamento, Ribeiro assinala que “o comportamento processual das partes é um meio legal de prova, porque não é ilegal, e é moralmente legítimo, a despeito de não estar especificado neste código, sendo, portanto hábil para provar a verdade de um fato, em que se funda a ação ou a defesa”.⁴⁹¹ Ratifica, ainda, a respeito da conduta da parte que:

Não só a prova produzida pela parte, como também a conduta da própria parte pode influenciar o juiz no julgamento. No primeiro caso, temos uma valoração objetiva da prova (o fato) enquanto que, no segundo caso, temos a valoração subjetiva da prova (a pessoa, ou como quer a lei, art. 131 do CPC “circunstâncias”).⁴⁹²

⁴⁸⁸ BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 183.

⁴⁸⁹ Apud RIBEIRO, 1998, op. cit., p. 35.

⁴⁹⁰ Conforme lição de Mellendo (1979, p. 305), “Sentencia viene, etimologicamente de *sentire*” Santiago Sentis. La prueba. los grandes temas del derecho probatorio.

⁴⁹¹ RIBEIRO, 2003, op. cit., p. 91.

⁴⁹² RIBEIRO, 2003, op. cit., p. 92.

Portanto, o comportamento processual⁴⁹³ das partes também produz impressões e convencimento ao magistrado⁴⁹⁴ sendo, sem sombra de dúvidas, uma forma subjetiva de convicção do magistrado. Diz-se subjetiva, porque os julgadores poderão interpretar tais condutas de forma diferente, por terem visões de mundo divergentes, calcados na livre convicção e baseados em fatos não alegados pelas partes, mas percebidos por eles na observação da conduta das partes, que traz relevante meio de prova. Nesse diapasão, Ribeiro assevera:

A prova oral em juízo deve ser feita no mais amplo sentido, tendo em vista o grau de complexidade que a prova oral se nos apresentam, pois uma parte ou testemunha pode vir a juízo e mentir, porque os fatos declarados na presença do juiz referem-se a acontecimentos que estão no seu consciente, portanto, possíveis de serem distorcidos, uma vez que estando em seu consciente podem ser facilmente manobrados. Mas o seu comportamento processual, por exemplo, enrubescer, gesticular desproporcionadamente, buscar auxílio visual em seu advogado, vem do inconsciente, logo, é difícil ser controlado, razão pela qual o comportamento da parte em juízo mereceria uma maior atenção por parte dos magistrados nas salas de audiências, pois são eles que conferem credibilidade às alegações feitas pelas partes ou testemunhas em juízo.⁴⁹⁵

Nessa avaliação, o raciocínio do julgador, por óbvio, seguirá o critério subjetivo, pois que o comportamento processual das partes não deve passar despercebido ao julgador atento. Acrescenta-se lição de Couture sobre os meios de prova não expressamente previstos, o qual salienta que “é um dos problemas que mais claramente põem em relevo certos contrastes do direito com a vida”.⁴⁹⁶

Não passa despercebido, destarte, que a questão do direito e processos anacrônicos e improficuos é preocupação constante dos aplicadores do direito, visto que o direito e o seu procedimento não podem andar em descompasso com a vida. A percepção e observação do magistrado são elementos que importam na valoração probatória hoje, não obstante seu dever de, fundamentando sua decisão, demonstrar as razões que lhe formaram a convicção.

⁴⁹³ Neste sentido, Mellendo (292) assevera que el comportamiento en todos los aspectos de la vida, es cuestión de circunstancias, no sólo del hombre; y las circunstancias pesan tanto como el hombre”.

⁴⁹⁴ Mellendo (p. 292) percucientemente afirma: “Me gustaría saber por qué medios podría un juez sustraerse a la influencia de dicha conducta cuando ejercite sus poderes discrecionales”.

⁴⁹⁵ RIBEIRO, 2003, op. cit., p. 98.

⁴⁹⁶ COUTURE, 1983, op. cit., p.182.

Segundo Stein, “antiguamente, estas consideraciones y reflexiones estaban, em su mayor parte, reguladas legalmente. La teoría de la prueba legal sustituía la experiência individual y la opinión del juez”⁴⁹⁷ Hoje, a persuasão racional permite ao juiz o uso de sua experiência de vida, aliada, no entanto, à devida fundamentação do *decisun*.

Lembra Couture que “o progresso do direito deve manter-se em natural paralelismo com o progresso da ciência; negá-lo significaria negar os fins da ciência e os fins do direito”.⁴⁹⁸ Para Bittar, as alterações sociais interessam ao direito e devem com ele caminhar em consonância:

A ciência do direito deve estar, de modo epistemológico, consciente das mudanças sociais, culturais e paradigmático-científicas ocorridas ao longo dos últimos anos. (...) devendo haver um entrelaçamento produtivo entre as instâncias discursivas da jus ciência, no lugar de uma rejeição profunda das expectativas do senso comum com relação à justiça e às necessidades sociais como fonte de inspiração para a reflexão da ciência do direito.⁴⁹⁹

O avanço da sociedade, portanto, produz também uma nova realidade de forma que a atividade processual não pode nem deve permanecer estagnada. “As demandas sociais” - assevera Bittar - “devem ser fontes de inspiração para a reflexão da ciência do direito”.⁵⁰⁰ Deve, com efeito, adequar-se e transformar-se, em consonância com a realidade devendo o direito caminhar lado a lado ao progresso, tendo-o como propulsor à atualização.

4.3 MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA: A IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES.

O ordenamento jurídico pátrio prevê em seu art. 335 o uso de regras de experiência, possibilitando ao magistrado atuar de forma especial no processo, no aspecto de valoração de provas, e em outros aspectos também, sempre que as normas

⁴⁹⁷ STEIN, 1998, op. cit., p. 43.

⁴⁹⁸ COUTURE, 1983, op. cit., p. 184.

⁴⁹⁹ BITTAR, 2005, op. cit., p.374-375.

⁵⁰⁰ Idem, ibidem.

permitirem certa abertura para a experiência e conhecimentos do julgador, como no caso de provas testemunhais, ou, ainda, quando da avaliação das provas ou colmatação de termos pouco significativos e vagos.

Salienta-se que haverá abertura para conhecimentos e experiências do julgador, quanto a fatos notórios, quanto ao comportamento processual das partes, visto que nestes casos abre-se-lhe certa possibilidade de, por meio da experiência adquirida ao longo da vida, fazer uso de sua subjetividade, de sua cultura oriunda da esfera social em que viveu e de onde coletou impressões, definições disso extraindo seu modo de ver, analisar e valorar os acontecimentos da vida para formação de sua convicção.

Segundo ensina Ribeiro, “a convicção é o elemento-cerne da prova (...) independentemente do meio utilizado, desde que moralmente legítimo.”⁵⁰¹ Bentham também observando que há fatos internos que determinam o convencimento do julgador diz que: “los fatos que percibo em mi, son los relativos a los que se denomina *experiência* em sentido estricto”.⁵⁰²

Conforme esclarece Bazarian, há a verdade axiomática ou convencional na qual axiomas não evidentes são considerados convenções por dependerem da determinação de pessoas entre si. Disso se depreende que as verdades axiológicas são normas sociais estabelecidas para a convivência humana, tendo, portanto, caráter subjetivo porque as paixões e interesses pessoais desempenham papel importantíssimo na avaliação e justificação dos fatos.⁵⁰³

As regras da experiência comum surgem, portanto, da necessidade de o legislador permitir ao aplicador da norma possibilidades outras na formação de seu convencimento, dando valoração especial a outros caminhos interpretativos e, por certo, necessários dentro da lógica e da ponderação adequadas, mas extraídas da experiência humana e, portanto, da realidade social. Com efeito, o legislador busca no sistema social respostas que deverão satisfazer à própria sociedade nas sentenças que proferir valendo-se como instrumento, do princípio da persuasão racional na apreciação do conteúdo da prova.

É importante destacar que a função jurisdicional formal tem o escopo de declarar aquilo que a lei estabelece e, como exceção a essa regra na hipótese de falta de previsão

⁵⁰¹ RIBEIRO, 2003, op. cit., p. 88.

⁵⁰² BENTHAM, 1971, op. cit., p. 26.

⁵⁰³ BAZARIAN, 1988, op. cit., Ver Nota nº 309.

legal, utilizar-se dos outros critérios subsidiários. No entanto, o sistema da persuasão racional permite ao magistrado, dadas as modificações que encontra na sociedade diuturnamente, fazer uso de seus pontos de vista, da experiência que carrega de longa data, sem ferir a norma jurídica e, ainda, atingindo o ideal de justiça social.

Depreende-se perfeitamente isso da leitura do acórdão nº. 700003081957, apelação em que há o julgamento da responsabilidade civil de laboratório farmacêutico por inserção de medicamento defeituoso na cadeia de distribuição. Veja-se:

À evidência, fazia ela (a autora) uso de método anticoncepcional. O prontuário médico e a receita apresentada na inicial demonstram o uso de Microvlar. Tais dados permitem a conclusão de que as alegações são verídicas, ou verossímeis, porquanto usava ela método contraceptivo corretamente, sendo que a prescrição médica apenas observou o medicamento já utilizado, não havendo razão para substituir o anticoncepcional por outro, ao menos, nenhuma ventilada neste processo. Exigir-lhe tal prova afronta as disposições do CDC, mesmo porque, é da experiência comum que ninguém guarda embalagens vazias ou notas de compra do medicamento tomado regularmente. Assim, as provas apresentadas pela autora mostram-se verossímeis para gerar convencimento, cabendo à ré a contraprova, não feita, conforme já explicitado.⁵⁰⁴

Constata-se que o relator, ao pronunciar seu voto, esclarece que as alegações da autora são verossímeis, senão verídicas, pois é “da experiência comum que não é costume guardar embalagens vazias”. Diz bem quando refere que as provas mostram-se verossímeis para gerar convencimento, ressaltando o fato de serem ou não verídicas. Portanto, bastou-lhe a verossimilhança para formar o convencimento fundamentando-o na experiência comum.

Já o desembargador Osvaldo Stefanelo, cujo voto foi vencido, na referida apelação, pronunciou-se desta forma: “Não consigo ver nenhuma prova indiciária suficientemente séria e idônea (...) a não ser a palavra da demandante, a servir de prova indiciária para sustentar a pretensão da autora”.⁵⁰⁵ Parece que as palavras da autora não forneceram a este julgador a certeza necessária para a formação do convencimento para

⁵⁰⁴ Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70003081957/2001. “O dano moral, como prática atentatória aos direitos da personalidade, traduz-se num sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, capaz de gerar-lhe alterações psíquicas ou prejuízos à parte social ou afetiva de seu patrimônio moral. a prova se satisfaz com o simples acontecimento do fato ilícito. danos materiais não comprovados. Pensionamento. Apelação provida em parte, por maioria.” 6ª Câmara Cível. Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Consulta ao site do DTJ em 20 de março de 2007.

⁵⁰⁵ Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70003081957/2001. 6ª Câmara Cível. Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Consulta ao site do DTJ em 20 de março de 2007.

um julgamento favorável, o que o fez discordar do voto do relator. Disso força perceber que a uniformidade de resoluções ou pareceres de igual teor ante os mesmos fatos concretos apresentados a julgadores diferentes são difíceis senão impossíveis, dadas as diferenças individuais. As divergências são evidentes e os próprios doutrinadores estão convencidos disso. Seguindo essa linha de idéias, Dworkin declara que “os juristas não precisam de provas para mostrar que os juízes divergem e que suas decisões, com freqüência, refletem sua formação e seu temperamento”.⁵⁰⁶

Alude-se aqui, por oportuno, às palavras de Mellendo: “Os fatos não se provam. Os fatos existem; o que se provam são as afirmações, que poderão referir-se a fatos”.⁵⁰⁷

Percucientes palavras de Knijnik ilustram a idéia acima:

A relatividade da verdade obtida no processo não autoriza negar-se que exista uma relação entre prova e verdade; o que não existe é um vínculo conceitual entre ambos, porque impraticável, permanecendo o vínculo teleológico: é altamente desejável que o sistema chegue a um juízo de fato o mais próximo da verdade, mas é preciso ter a clara consciência de que aquilo que está provado pode ser falso; e o que não foi provado pode ser verdadeiro.⁵⁰⁸

Os tribunais, refletindo a própria realidade social, não abdicam dos parâmetros epistemológicos que tradicionalmente orientam o pensamento jurídico ao mesmo tempo em que entendem que o magistrado deve, com seu bom senso, integrar em suas sentenças o intuído e o pressentido.

No mesmo diapasão, Knijnik observa que “é preciso que o sistema e principalmente o aplicador estejam sempre voltados à prevenção do erro, não confiando, ingenuamente, na possibilidade de reconstruir os fatos tais quais eles ocorreram no passado”.⁵⁰⁹ Preconiza ainda o autor que “há de tomar-se a prudência, a modéstia, a consciência da chance do erro”.⁵¹⁰ Com tais palavras não há como se considerar o magistrado um ente acima do bem e do mal, mas, sim, um ser humano dotado de sensibilidade e de experiências que lhe são inseparáveis.

No direito vigente, segundo texto da 3ª Câmara do 1º TACN SP:

⁵⁰⁶DWORKIN, 2002, op. cit., p.10.

⁵⁰⁷MELLEENDO, 1979, op. cit., p. 12.

⁵⁰⁸KNIJNIK, 2007, op. cit., p.14.

⁵⁰⁹KNIJNIK, 2007, op. cit., p 14.

⁵¹⁰Id. ibidem

Isenção de magistrado não significa insensibilidade. O juiz há de julgar com tudo que o caracteriza como ser humano. Razão para o raciocínio, sentimento do justo ou paixão pelo que se afigure, para que não venha a profissionalmente se conduzir como autônomo, capaz, portanto de discernir, ajustado ao seu meio social e econômico para poder aferir o que haja de excesso e de exagero, mormente quando alguém que se apresente como economicamente forte possa impedir condições que, ainda que indiretamente, possa afrontar o ordenamento jurídico, a tradição do justo, recebido, pressentido e intuído pelo magistrado.⁵¹¹

Também se pode observar que a jurisprudência há muito tempo tem decidido de forma que o uso das experiências comuns do julgador seja considerado:

PROVA- DIVISÃO- MÁXIMA DE EXPERIÊNCIA - subsistindo divisão no conjunto probatório constante nos autos, nos termos do art. 335 do CPC, 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, e, em tais condições, se tem presente as máximas de experiência, as quais integram a cultura do julgador, sendo utilizadas na sua generalidade.⁵¹²

E mais, considerando que muitas vezes não há possibilidade de, por meio das provas vindas aos autos, adquirir-se um grau de certeza indubitavelmente seguro, os tribunais admitem a solução mais próxima da verdade, como segue abaixo:

EXAME E VALORAÇÃO DA PROVA – CONVICÇÃO RACIONAL - Quando a prova produzida nos autos encontra-se dividida, especialmente quanto aos depoimentos testemunhais, toca ao Juízo, à luz dos elementos de prova, adotar a solução que se lhe afigure mais próxima da verdade e da Justiça. Tais predicados são como obras humanas, a rigor inalcançáveis. É possível apenas a proximidade maior ou menor, em vista das circunstâncias de cada caso. Deve, todavia, o Juízo expor e fundamentar todas as razões que o levaram às conclusões exaradas na decisão. Trata-se de procedimento constitucionalmente imprescindível. (art. 93, Inc. IX) e que permite a todos auferir de sua racionalidade.⁵¹³

⁵¹¹ São Paulo. Tribunal de Alçada. 3ª Câmara do 1º TACN SP JTACS p. 74/243.

⁵¹² Rondônia. Tribunal Regional do Trabalho. 9ª R - RO 10.677/95-3ªt.- Ac. 20.615/96- Rel Juiz Gabriel Zandonai- DJPO 11.10.96. Disponível em: <http://www.trt22.gov.br> pesquisa realizada em 27 de novembro de 2006.

⁵¹³ Rondônia. Tribunal Regional do Trabalho. 9ª R – RO 8.549/96- 5ª T – Ac.8356/97- Rel. Juiz Célio Horst Waldraff- DPJR 11.04.1997. Disponível em <http://www.trt22.gov.br>. Acesso em 29 de novembro de 2006.

Atente-se para o fato de que o tribunal refere-se à persuasão racional como uma forma de decisão adotada como melhor se afigurar ao juiz; ao mesmo tempo em que lhe permite amplos poderes instrutórios, restringe-o no arrazoado da sentença. Por isso infere-se que a argumentação declinada pelo julgador será a chave para que as decisões ali contidas sejam ou não acatadas, ponderando sua comprovação prática às hipóteses que formarem seu convencimento, uma vez que, inexoravelmente, dados psicológicos e ideológicos do juiz darão significado ao *decisun*.

Não se pode, no entanto, pretender um convencimento sem regras, segundo elucidada Knijnik:

Tem-se procurado resgatar a idéia de que a liberdade do convencimento judicial, não submetido a regras jurídicas predeterminadas de valoração, está sujeita às regras da lógica e a certos postulados jurídicos, no sentido de afastar o subjetivismo. Se o direito tem de se haver com os fatos, porque indissociáveis das normas, há necessidade de evitar-se o arbítrio na reconstrução fática, criando mecanismos de vinculação e controle.⁵¹⁴

Não obstante haja subjetividade do julgador no seu convencimento, deve-se atentar para o fato de que esta não pode ser considerada dissociada da lógica e dos postulados jurídicos a ponto de distanciar-se do bom senso e elaborar uma sentença distante da realidade.

Segundo a teoria de Perelmann que trabalha basicamente com a questão da argumentação como método a ser adotado na busca de uma decisão razoável “as conclusões resultam de um cruzamento entre juízos hipotéticos e mecanismos de comprovação prática e com a repetição de certos procedimentos previamente estabelecido, serão observadas certas conseqüências necessárias”.⁵¹⁵

Além desses casos, também poderão ser usadas máximas de experiências nas lacunas mais comuns do direito, ou seja, quando a lei proporciona ao juiz apenas uma orientação geral, conceitos e critérios imprecisos, ou, sendo a norma omissa ou contraditória, tornando-se ineficaz. Caberá ao magistrado o esclarecimento que lhe exigirá prudência e bom senso no uso de tal liberdade que lhe é facultada.

⁵¹⁴ KNIJNIK, 2007, op. cit., p. 16.

⁵¹⁵ PERELMANN, Chaïm. Teoria da argumentação: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 56.

Stein, grande estudioso desta matéria, salienta que máximas de experiência “no pueden ser simples declaraciones sobre acontecimientos individuales, así como tampoco juicios plurales sobre una pluralidad de esos sucesos, obtenida mediante recuento”.⁵¹⁶ Assinala, que regras de experiência são juízos gerais:

Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgam em 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.⁵¹⁷

Da definição transcrita, percebe-se que não se pode compreender e aceitar as regras de experiência apenas como conhecimento privado do juiz visto que conforme estudo de Gomes filho, “são noções ministradas pela cultura média da sociedade, em relação às quais, não se exige prova⁵¹⁸. Lembra-se aqui o mesmo caráter dos fatos notórios que a maioria dos doutrinadores, embora não tenham uma definição pacífica sobre eles, admitem, que aos fatos notórios não é necessária a busca de elementos probatórios, por serem essas noções aceitas no ambiente social e cultural em que a decisão é proferida, sem que outros conhecimentos científicos as contrariem.

Pelo princípio adotado pela lei civil brasileira na apreciação da prova, as deduções do julgador ou indícios por ele percebidos são critérios de valoração da prova, pois que derivam do conhecimento humano comum ou do conhecimento privado do juiz. O campo das regras de experiência parte do subjetivo do julgador, da observação de fatos que lhe permitem formar silogismos. Por certo, também há limites para que o sistema da persuasão racional da prova não se transforme em arbítrio quando o magistrado fizer uso de regras de experiência, como, por exemplo, no uso de provas que não servem para desvendar o litígio, ou, ainda, proferindo decisões contrárias às provas existentes nos autos. A motivação da decisão, ou seja, a fundamentação da decisão, é o pressuposto para que as partes possam controlar o caminho seguido pelo julgador na valoração do elemento probatório.

⁵¹⁶STEIN, 1998, op. cit., p 25.

⁵¹⁷STEIN. 1998, op. cit. p. 27.

⁵¹⁸GOMES FILHO, 2001, op. cit., p. 165.

Importa salientar lição de Liebman quanto aos modelos de constatação que “são critérios que devem ser postos em discussão para que as opções valorativas do juiz e das partes possam ser debatidas e conhecidas ou até mesmo corrigidas”.⁵¹⁹

Esclarece Knijnik como seriam estes modelos que evitariam o erro ou o arbítrio:

Em demanda indenizatória por acidente de trânsito, deve-se raciocinar com base numa “*preponderância de provas*” para que se dê a demonstração do fato “x”; por este critério guiar-se-ão o juiz e as partes. Já em ação de improbidade, o modelo de constatação é outro, mais rigoroso, exigindo-se uma “*prova clara e convincente*”; e outro deveria ser, portanto, o critério empregado pelo juiz, pelo tribunal e pelas partes na formação do juízo de fato e sua discussão.⁵²⁰

No entanto, informa Ribeiro, “as regras de experiência resultam também de um processo de dedução e de valoração, principalmente quando o juiz é chamado a todo momento a explicar o sentido de um preceito legal”.⁵²¹ Lembra-se aqui, o fato da linguagem usada pelo legislador ser vaga e imprecisa, as palavras terem um significado ambíguo, múltiplo. Como deve o aplicador do direito agir diante da vagueza de significado semântico das palavras, da indeterminação de seus significados? Como analisar expressões com conteúdo variável como “bons costumes”, “boa-fé”, “interesse social”, “função social”, dentre outras?

Consoante preleciona Barbosa Moreira, que com afincado estudou o assunto, “o legislador, ao redigir normas, não emprega unicamente palavras e expressões de cunho técnico-jurídico, nem se preocupa em definir todas as noções de que se serve. Ele espera ser entendido na medida em que confia na existência de um acervo de conhecimentos comuns à generalidade das pessoas que terão de lidar com as normas”.⁵²² Dessa forma, o legislador fornece simples indicações de ordem genérica, deixando ao aplicador da

⁵¹⁹ Apud. KNIJNIK, 2007, p. 18

⁵²⁰ KNIJNIK. op. cit., 18

⁵²¹ RIBEIRO. Darci Guimarães. Provas Atípicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998 . p. 106.

⁵²² BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 14.

norma no momento da subsunção⁵²³ o cuidado de preencher “os claros”, de cobrir “os espaços em branco”⁵²⁴ como se observa no julgado abaixo:

ARREMATACÃO. PREÇO VIL. INOCORRÊNCIA. O art. 692 do CPC não fornece critério objetivo em termos percentuais para a configuração do preço vil tanto no caso de arrematação quanto no de adjudicação. Cabe ao julgador, utilizando-se do bom senso e das regras de experiência comum, extrair da situação concreta um valor que coíba a possibilidade de enriquecimento sem causa do arrematante ou do adjudicante.⁵²⁵

A doutrina costuma referir-se a esses “espaços em branco” como conceitos juridicamente indeterminados, embora Grau exponha sobre o tema que “não existem conceitos indeterminados, mas que a reiterada referida ‘indeterminação dos conceitos’ não é deles, mas sim dos *termos* que os expressam”.⁵²⁶(grifos do autor) o certo e incontestável é que os aplicadores do sistema normativo vêem-se amiudamente perplexos diante de alguns termos que o ordenamento jurídico possui, sem encontrar, por vezes, a adequada significação neles contida. Continua Grau explicitando que pode não haver apenas uma fonte de verdade, ou uma única solução correta referentemente à indeterminação e vagueza de significado de termos contidos na lei, como explica

Quando temos sob exame um conceito cujo termo, indeterminado, o legislador não definiu estipulativamente, o aplicador do direito deverá superar essa indeterminação. (...). De qualquer modo, cumpre prontamente observarmos que inexiste, no âmbito do direito, soluções exatas – uma para cada caso - porém, sempre para cada caso, um elenco de soluções corretas.⁵²⁷

⁵²³ Para Barbosa Moreira (p. 14-16), subsunção quer dizer quando caiba ao juiz determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato, ou ainda, a operação pela qual os fatos apurados recebem, mediante confronto como o modelo legal, a devida qualificação jurídica.

⁵²⁴ Idem, Ibidem.

⁵²⁵ Santa Catarina. Tribunal Regional Federal. Processo: 00724.2003.021.12.85.2 – Rel. Designado: Juíza Marta M. V. Fabre. DJ/SC 06.03.2006 Disponível em www.jusnavegandi.com.br. Consulta realizada em 06 de janeiro de 2007.

⁵²⁶ GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p.147.

⁵²⁷ GRAU, 1996, op. cit., p.151.

Com a existência de noções ou conceitos ditos indeterminados, os juízos de valor do intérprete afloram; sua historicidade, sua vivência, seus conhecimentos adquiridos no decorrer de sua vida orientarão a ação de julgar, e a preferência por um determinado posicionamento em detrimento de outros, conseqüentemente, prevalecerá. Surge daí a problemática do risco preconizada por Luhmann, e a subjetividade do julgador será campo fértil para tal ocorrência uma vez que cada julgador poderá trazer em si observações diferenciadas para casos semelhantes, constituindo-se no que Luhmann diz serem as diversas expectativas a que o direito deve se adequar.⁵²⁸

Quanto a isso, acredita Barbosa Moreira que o aplicador da norma jurídica deverá agir com prudência, visto que:

na fixação dos conceitos juridicamente indeterminados, abre-se ao aplicador da norma, como é intuitivo, certa margem de liberdade. Algo de subjetivo quase sempre haverá nessa operação concretizadora, sobretudo quando ela envolva, conforme ocorre com frequência, a formulação de juízos de valor. Exemplo frisante é o dos “atos contrários à moral e aos bons costumes”, cuja prática, na dicção do art.395, n.III, do Cód.Civ., acarreta a perda do pátrio poder.⁵²⁹

Com isso, com “essa margem de liberdade” aduzida pelo autor, o intérprete ou aplicador da lei não se distancia de seus pré-conceitos, pré-juízos, da presença de sua consciência histórica ao tentar interpretar uma norma jurídica que contenha preceitos ambíguos. A norma poderá ser sempre a mesma, mas as leituras que se fazem dela poderão ser diferenciadas, divergentes, dependendo do magistrado que as utilizar, e, ainda, adequadas ao mundo atualizado em que se vive hoje, pois, refere Gadamer, “compreender um texto significa sempre aplicá-lo a nós mesmos. Sabe-se que, embora deva ser compreendido cada vez diferente, um texto continua sendo o mesmo texto que se apresenta cada vez diferente”.⁵³⁰

Com efeito, haverá uma atitude valorativa na interpretação e colmatação de tais expressões por parte do intérprete. “A redescoberta da conotação conceitual, em

⁵²⁸A expectativa é a intencionalidade que aponta para o futuro, que procura conteúdos cambiantes e experimenta a realidade através de seu câmbio. LUHMANN, 1985, op. cit., p. 9.

⁵²⁹BARBOSA MOREIRA. O texto foi publicado antes da vigência do Código Civil de 2003, razão pela qual o artigo comentado é do C. Civil de 1916.

⁵³⁰GADAMER, 2004, op. cit.

cada enunciado normativo, em especial quando veicule conceito indeterminado, será, sem dúvida, expressão de interpretação/aplicação do direito”.⁵³¹ Dessa forma, o intérprete, no momento da interpretação da lei a partir de um caso concreto, utilizará um círculo de conhecimentos vivenciado por ele e que elaborou através de seus conhecimentos doutrinários, jurisprudenciais, de sua visão de mundo adquirida pela historicidade e linguagem acumuladas, mediando a realidade do caso atual que se lhe apresenta.

Observa-se a circularidade dos conhecimentos que o aplicador da norma traz da sociedade, dela retirando elementos que formam sua convicção e devolvendo-lhe os conceitos dela advindos em forma de solução de litígios e contendas. Lembrem-se, aqui, as palavras brilhantes de Warat: “O sentido de um texto depende de sua própria história, e esta do diálogo surdo com os outros textos de uma cultura”.⁵³²

Portanto, o sentido de um texto tem significado diverso para cada aplicador da norma, e o que determina essa divergência não é o texto em si, mas a história individual de cada leitor, de cada julgador e das experiências que traz guardadas e acumuladas dentro de si. A subjetividade é parte de qualquer pessoa e da pessoa-juiz também; por isso, cada julgador poderá fazer a leitura de um caso concreto de forma diferenciada da de outros. Nisso se configura o surgimento do risco, em razão das contingências da sociedade e da diversidade de possibilidades contidas na sociedade a serem utilizadas pelo julgador em seu decisório.

Não apenas nos conceitos juridicamente indeterminados o julgador poderá fazer uso dos ditames do art. 335 do CPC. Esta é apenas uma das possibilidades que o procedimento jurídico brasileiro permite ou, mesmo, impõe-lhe. Inúmeras vezes, o julgador necessita, ou faz uso, automaticamente, de sua particular sensibilidade para valorar os fatos. Anui Benthán “analizar los motivos, discernir los diversos grados de intención, desenrollar las causas que influyen sobre la sensibilidad, valorar un testimonio frente a otro, sopesar un testimonio particular contra una probabilidad general, representan operaciones que suponen un gran estudio del corazón humano”.⁵³³

Observa-se que, em tempos passados, não se falava em sensibilidade ou estudo do coração humano para valoração da prova ou em qualquer outra área das ciências

⁵³¹ GRAU, 1996, op. cit. p.150.

⁵³² WARAT, 1994, op. cit., p.65.

⁵³³ BENTAHN, 1971, op. cit., p. 45.

jurídicas. Hoje, mostra-se impossível separar, fragmentar, dividir o ser humano do julgador, pois ambos são o mesmo, um todo formado por partes. Para Stein, “es absolutamente imposible encontrar una reta línea de separación entre los conocimientos especiales del técnico y las verdades notorias, es decir, universalmente conocidas”⁵³⁴.

Sem dúvida, vê-se a necessidade de outros subsistemas, técnicos ou não, aflorarem na órbita do subsistema do direito para que o *decisun* possa ser autêntico e verossímil. Os conhecimentos advindos de outras áreas, como a psicologia, a sociologia, a cultura local de uma comunidade, a educação, os hábitos religiosos que determinam a moral, os costumes, são deveras importantes e necessários para que o magistrado possa julgar. Valorar o sistema zetético⁵³⁵ inclui trazer aos autos outros subsistemas ligados às provas propostas e aos instrumentos de verificação desenvolvidos no decorrer da história.

Declara Benthán que, “a medida que esos conocimientos psicológicos fueron desarrollandose, se han abandonado aquellos medios sigulares y extravagantes a los que se tenía que recurrir para la investigación de las verdades legales: las ordalias, los combates judiciales.[...]”⁵³⁶ A persuasão racional, vazia da rigidez do sistema das provas legais, permite ao julgador formar seu convencimento valorando todos os fatos de forma livre, e por certo, nesta valoração fará uso de experiências adquiridas na vida familiar, cultural, acadêmica, religiosa ou social. Todas as experiências adquiridas poderão transformar-se em premissas menores para a convicção de outros fatos. Stein observa exemplificativamente:

⁵³⁴ STEIN, 1998, op. cit., p.32.

⁵³⁵ Para Ferraz Junior, as investigações zetéticas são as que têm por objeto o direito no âmbito da Sociologia, da Antropologia, da Psicologia, da História, da Filosofia, da ciência Política etc. Nenhuma dessas disciplinas é especificamente jurídica. Todas elas são disciplinas gerais que admitem um espaço para o fenômeno jurídico. A zetética tem uma abertura constante a questionamentos. Questões zetéticas têm a função especulativa, questiona as premissas de investigações predomina a função informativa da linguagem. A zetética é mais aberta e pode ser diferente de uma época a outra. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do direito: Técnica, Decisão, dominação*. 4. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Ed. Atlas S.A.. 2003. p. 39-47.

⁵³⁶ BENTHAN, 1971, op. cit., p. 45.

La exposicione mundial de Chicago, que atrae millones de visitantes, la conversación sussurante de dos caminantes en una senda solitaria, la erupción de un vulcán los estragos de una epidemia o el desgarrón en el uniforme de trabajo de un sencillo obrero: todos estos hechos pueden comparecer ante el juez en la sala de un tribunal para ser subsumidos por él como premisas menores de los supuestos de hecho determinados por el ordenamiento jurídico. Con él surge también la necesidad de subsumirlos en las premisas mayores fácticas, en las máximas de la experiencia, al tiempo que se advierte cómo estas últimas pueden pertenecer a cualquier ámbito amigable de la vida de la naturaleza y del hombre.⁵³⁷

Um exemplo claro de premissas menores que norteiam a atividade mental das pessoas em geral é apresentado por Couture: “Uma sentença que se baseasse no seguinte raciocínio: todas as testemunhas desta cidade são mentirosas; a testemunha é desta cidade; portanto, mentiu”.⁵³⁸ Outro exemplo, trazido por Stein, refere que as premissas maiores podem ser também resultantes da experiência causal “cuando se demuestra la culpabilidad de um funcionario em relación a robos de cartas adviertindo que todas las cartas robadas pasaron por sus manos y que solo fueron robadas precisamente las cartas de las que él tenía que ocuparse en razón de su trabajo, la experiencia causal es la premisa mayor”.⁵³⁹

Em seus experientes estudos, Kniжник traz um exemplo de silogismo:

(...) Até mesmo a testemunha mais confiável exige do julgador a formulação de uma estrutura de raciocínio em que uma máxima de experiência é aplicada. Exemplo: “A” informa ao juiz que “B” fez “x”. O juiz só poderá concluir que “B” realizou “x” procedendo da seguinte forma: “A” é pessoa proba e honesta; “A” diz a verdade; então, o que “A” atribui a “B” é verdade. Em conclusão, “B” fez “x”.⁵⁴⁰

Dessa forma, o julgador, crendo na conduta de “A” e aplicando uma máxima de experiência, concluirá que o fato praticado por “B” realmente ocorreu, ou seja, é verossímil que tenha ocorrido daquela forma.

Em seus profícuos estudos sobre máximas de experiência, Stein considera que alguns fatos.

⁵³⁷ STEIN, 1998, op. cit., p. 21.

⁵³⁸ COUTURE, 1983, op. cit., p. 193.

⁵³⁹ STEIN, 1998, op. cit., p. 44-45.

⁵⁴⁰ KNIJNIK, 2007, op. cit., p. 69.

constituyen (y com qué frecuencia todavía!) premisas mayores para los concretos hechos particulares, em el mismo plano que la ilimitada abundancia de experiencias que forman nuestro conocimiento, experiencias cuyo dominio distingue al juez “ experimentado” del novicio, que en ocasiones es lo mejor tan buen jurista como el outro, pelo nunca tan práctico.⁵⁴¹

Para Ribeiro, “quando a premissa maior for a lei, a operação mental do silogismo é determinada pela lei. Já quando a premissa maior for uma regra de experiência, a operação mental é determinada pelo juiz, o que equivale dizer que, no primeiro caso, os meios de prova são predeterminados pelo legislativo, enquanto no segundo, pela impossibilidade de positivação, é o juiz quem determinará o valor de cada motivo de prova.”⁵⁴²

Nessa linha de idéias, Barbosa Moreira igualmente preleciona que “também na atividade probatória, as regras de experiência se vêem usadas como ‘premissas maiores’, quer nos raciocínios atinentes à valoração, quer nos tendentes ao estabelecimento *de praesumptiones hominis*”.⁵⁴³

As premissas maiores, dessa forma, pelas noções referidas, tanto podem estar calcadas na lei como nas máximas de experiências. No primeiro caso, analisar-se-á a validade pela positivação; no segundo, a validade ver-se-á comprovada na fundamentação da sentença, na motivação do decisório, visto que estas representam a verossimilhança preconizada por Calamandrei, aproximam-se da verdade e seu valor probante será avaliado e comprovado na própria sentença.

Depreende-se da idéia desses autores que o juiz, em seus julgamentos, lançará mão de premissas lógicas para formar sua convicção. Quanto a isso, veja-se a posição de Stein:

⁵⁴¹ STEIN, 1998, op. cit., p. 22.

⁵⁴² RIBEIRO, 1998, op. cit., p. 109.

⁵⁴³ BARBOSA MOREIRA, 1931, op. cit., p. 70.

(...) el objeto de la actividad del jurista abarca toda la vida del hombre. (...) para examinar las consecuencias jurídicas que indirecta o directamente se deriven de él, como los estragos de una epidemia, la conversación sussurante de dos caminantes en una senda solitaria (...) todos estos hechos pueden comparecer ante el juez en la sala de un tribunal para ser subsumidos por él como premisas menores de los supuestos de hecho determinados por el ordenamiento jurídico.⁵⁴⁴

Essas premissas lógicas abordadas pelo autor trazem a noção de que “es común la idea de que bajo determinadas condiciones, se repiten como consecuencia los mismos fenómenos” Explicita ainda: “La medida en que partimos de la experiencia de que, en una serie de casos, condición y consecuencia, sujeto y predicado del juicio lógico se encuentran ligados de una manera determinada”.⁵⁴⁵

Para Stein, há decisões jurídicas que indireta ou, mesmo, diretamente derivam do juiz como ser humano, dos conhecimentos que ele adquiriu durante toda sua vida. Acrescenta o autor que “los llamados axiomas que, como el principio de que la línea recta es la más corta entre dos puntos, no pueden ser probados, esto es, alcanzados mediante deducción, sino que solamente son suministrados por la experiencia”.⁵⁴⁶

Na lição de Amaral dos Santos, “na prudência e na cultura do juiz, nos seus conhecimentos das coisas e dos homens, há acumulada uma infinidade de regras de experiência: sem elas, certamente, não se guiará na formação da convicção.”⁵⁴⁷

Deve-se entender como afirma Couture, que “o juiz não é uma máquina de raciocinar, mas sim essencialmente um homem que toma contato com o mundo que o rodeia, e que ele conhece através de seus processos sensoriais e intelectuais. O prudente arbítrio é, portanto, a apreciação lógica de certas conclusões empíricas de que todo o homem se serve para movimentar-se na vida”.⁵⁴⁸

Também constata Portanova que, na decisão judicial, as preferências do julgador ou das partes interferem nas decisões, quando diz que “pessoais⁵⁴⁹ são as motivações que

⁵⁴⁴ STEIN, 1998, op. cit., p. 21.

⁵⁴⁵ STEIN, 1998, op. cit., p. 24.

⁵⁴⁶ STEIN, 1998, op. cit., p. 24-25.

⁵⁴⁷ AMARAL DOS SANTOS, Moacyr. Prova Judiciária no Cível e no Comercial. São Paulo: Saraiva. Vol I, p. 442.

⁵⁴⁸ COUTURE, 1983, op. cit., p. 194.

⁵⁴⁹ Para Portanova (2000, p. 16), todo homem, e assim também o juiz, é levado a dar significado e alcance universal e até transcendente àquela ordem de valores imprimida em sua consciência individual. Segundo o autor, “pelo menos três ideologias resistem ao tempo e influenciam mais ou menos o juiz: o capitalismo, o machismo e o racismo.

interferem via simpatia ou antipatia por uma parte ou testemunha, interesse ou desinteresse por uma questão de argumento, inclinação para uma interpretação rígida ou flexível, afetos, ódios, rancores, convicções, fanatismos paixões, predileções”.⁵⁵⁰

Não obstante o livre convencimento dever ser fundado na lei, no ordenamento jurídico e o juiz dever ser imparcial, Portanova admite que fatores psicológicos ou subjetivos do juiz podem emergir nas decisões que produz, traduzindo-se em sentenças motivadas pelo ordenamento jurídico. Contudo, a formação do convencimento, sendo livre, poderá ser oriunda de aspectos internos e advindos da formação que o magistrado recebeu ao longo de sua vida, não somente baseados em conhecimentos acadêmicos. No entanto, conforme já salientado, Knijnik refere que “o livre convencimento não é um convencimento alheio a regras”.⁵⁵¹

Cabe, por certo, ao julgador e operadores do direito uma atuação responsável e comprometida com a justiça e com o direito. As experiências de vida acopladas ao julgador, vindas da sociedade, influenciam as decisões que profere e, conseqüentemente, retornam à sociedade em forma de sentenças. Essa circularidade produzida entre experiências pessoais que produzem posteriores decisões judiciais alimenta o sistema social e estrutura os subsistemas, formando uma rede com infundáveis soluções semelhantes ou divergentes. Salienta-se aqui o caráter dinâmico da sociedade e a necessidade de o julgador adequar-se à realidade, retirando desta sociedade mesma, as convicções que deverão ser mutáveis, ou, pelo menos, não estagnadas. O pensamento de Couture retrata essa necessidade:

Essas conclusões não têm o caráter estrito dos princípios lógicos tradicionais, sendo antes contingentes e variáveis com relação ao tempo e ao lugar. O progresso da ciência é constituído por uma longa cadeia de máximas de experiência derogadas por convicções mais exatas; e em face do próprio desenvolvimento dos princípios lógicos, a história do pensamento humano é um constante progresso na maneira de raciocinar.⁵⁵²

Nessa lição de Couture reitera-se a questão colocada sobre o pensamento humano ser um constante progresso na maneira de raciocinar, nada é irretocável, nada

⁵⁵⁰ PORTANOVA, 2000, op. cit., p. 16.

⁵⁵¹ KNIJNIK, 2001, op. cit., p. 19.

⁵⁵² COUTURE, 1983, op. cit., p. 194.

está acabado, pronto; tudo o tempo muda: derogam-se idéias “por convicções mais exatas”⁵⁵³ diz o autor.

Nessa linha de idéias, Couture manifesta-se referentemente à idéia de Stein quanto à derrogação de idéias por convicções mais exatas, fazendo uma analogia entre o pensamento moderno e o pensamento escolástico:

La diferencia entre el pensamiento moderno y el escolástico de la Edad Media, radica precisamente en que en esta última época la ciencia consideraba sus experiencias como definitivas: cuando Copérnico expuso sus ideas, se le objetó que tenían que ser falsas al no haber en todo Aristóteles nunguna mención al respecto. Pero nosotros, hombres modernos, - y en eso somos todos “modernos”, tanto si vemos en el darwinismo una nebulosa hipótesis como si lo consideramos verdad libertadora- estamos dispuestos a aceptar nuevas experiencias y a remodelar de acuerdo con ellas neustros actuales principios, a reconocer nuestros conocimientos como verdades relativas, en relación con el tiempo en que vivimos y el espacio en que nos movemos.⁵⁵⁴

Para Stein, o sistema da livre valoração da prova concede certas possibilidades ao juiz, pois considera que “la libre valoración de la prueba há desligado al juez de las ataduras que antiguamente le impedían poner todo el tesoro de su experiencia de la vida al servicio de la averiguación de la verdade”⁵⁵⁵ Interessante e percuciente é a afirmação do autor, de a experiência do julgador ser “um tesouro a serviço da averiguação da verdade”. Dessa forma, mostra-se impossível fragmentar o senso comum, o conhecimento empírico, dos conhecimentos científicos e acadêmicos. Nesse diapasão, Santos declara:

As regras de experiência, sem o uso das quais, especialmente nos sistemas em que atua o princípio da livre apreciação da prova, dificilmente poder-se-á chegar à verdade quanto aos fatos, se encontram no plano das normas de que o juiz deverá utilizar-se, salvo a existência de normas jurídicas a respeito, que sobre elas prevalecem.⁵⁵⁶

⁵⁵³ Ver nota supra.

⁵⁵⁴ STEIN, 1998, op. cit., p 37.

⁵⁵⁵ STEIN, 1998, op. cit., p. 41.

⁵⁵⁶ AMARAL DOS SANTOS, 1988, op. cit., art.s 332 a 475.

Ao abordar o assunto, Zelanis refere que “a avaliação da prova é entendida como um processo intelectual destinado a estabelecer a verdade produzida pelas provas, trabalho intelectual que se desenvolveria de modo a sopesar e estimar as provas feitas no processo”.

Jurisprudencialmente observa-se que o conjunto de indícios e circunstâncias dos autos permite ao julgador o uso das regras de experiência no deslinde da lide, principalmente quando não há prova direta a propiciar o convencimento ou a certeza do fato ocorrido, ou quando a lei contém termos de significado indeterminado, como se comprova abaixo:

ACÇÃO RESCISÓRIA. CONLUÍO. ARTIGO 485, III, DO CPC. A constatação da existência ou não de "colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei", prevista na segunda parte do inciso III do artigo 485 do CPC como hipótese autorizativa da rescisão de decisão transitada em julgado, nunca, ou quase nunca, decorre de uma única prova direta (...) Ou seja, o próprio legislador processual reconhece que, em tais casos, não será necessária (e é quase impossível) prova direta do conluio entre os litigantes, sendo suficiente que o Juízo se convença, pelo conjunto de indícios e de circunstâncias constantes dos autos, por critérios de razoabilidade e pela aplicação das **"regras de experiência comum** subministradas pela observação do que ordinariamente acontece" CPC, artigo 335) que, naquele caso concreto, o "concilium fraudis" estará ocorrendo (no caso de aplicação do artigo 129 do mesmo Código.⁵⁵⁷

É fácil deduzir que, se a avaliação da prova é um processo intelectual, é fruto do trabalho mental do magistrado e, assim sendo, o mecanismo de julgamento é um processo internalizado. O autor continua explanando que, “contudo, este processo intelectual não pode ser desordenado e arbitrário, devendo seguir um critério determinado na esteira de determinada concepção de avaliação”.

No entanto, argumenta Knijnik, que “o princípio do livre convencimento exige um esforço teórico adicional pelos aplicadores, a fim de evitar a frustração que dele pode derivar, caso seja interpretado como sinônimo de liberdade absoluta”. Portanto, deve o julgador ater-se com “ racionalidade tirocínio e inteligência”⁵⁵⁸ embora seja um homem falível.

⁵⁵⁷ Minas Gerais. Tribunal Regional do Trabalho. Processo nº 01815.2003.000.03.00.0- Rel. Juíza Lucilde DÁjuda Lyra de Almeida. Disponível em www.jus3.uol.com.br. Consulta em 7. jan. de 2007.

⁵⁵⁸ KNIJNIK, 2007, op. cit., p. 193.

Lembra-se a idéia de Aristóteles quando refere sobre as virtudes de um homem de bem, dizendo que “a lei determina que pratiquemos tantos os atos de um homem temperante (isto é, que não desertemos de nosso posto, nem fuçamos, nem abandonemos nossas armas), quanto os atos de um homem temperante (isto é, que não cometamos adultério nem nos entreguemos à luxúria), e os de um homem calmo (isto é, que não agridamos nem caluniemos ninguém)”. Assim também a decisão judicial para ser justa e atender às necessidades da sociedade. A lei bem elaborada faz as coisas retamente, ao passo que as leis elaboradas às pressas não o fazem assim tão bem”.⁵⁵⁹

A doutrina brasileira traz lição de Barbosa Moreira, que explicita: “Há a possibilidade de o juiz decidir segundo sua íntima convicção, eventualmente apoiada em critérios de probabilidade ou verossimilhança, à luz das afirmações das partes e do confronto delas com a experiência de vida”.⁵⁶⁰ Menciona o autor que as regras de experiência são exclusivamente subjetivas, pois que surgem de um mecanismo intelectual, portanto, de um esforço mental e pessoal do julgador.

Dessa forma, impossível avaliar se realmente surgem apenas na eventualidade, na proposta do art. 335 do CPC, ou se, ao contrário, surgem a cada julgamento, a cada decisão, resultante de um processo mental inerente ao binômio pessoa/julgador. Para Knijnik, “pode-se qualificar as máximas de experiência como uma das categorias mais importantes para o direito probatório”⁵⁶¹, pois, segundo estudos do autor, não surgem apenas na eventualidade:

Se estiver em causa a prova judicial de um fato, está em causa uma máxima de experiência. Ela é onipresente. Assim ocorre por não haver distinção, nem ontológica nem gnosiológica, entre prova direta e indireta, como visto. Assim, as máximas de experiência sempre estão presentes em qualquer juízo de fato elaborado no processo. Da prova testemunhal mais tradicional à perícia mais intrincada, só é possível concluir mediante o emprego de uma ou mais máximas de experiência.⁵⁶²

Para Barbosa Moreira, também “a inserção do art. 335 no capítulo do código referente às provas autoriza talvez a suposição de que o legislador, ao redigi-lo se

⁵⁵⁹ ARISTÓTELES, 2005, op. cit., p.105.

⁵⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, 1988, op. cit., p. 74.

⁵⁶¹ KIJNIK, 2001, op. cit., p. 68.

⁵⁶² KIJNIK, 2001, op. cit., p. 68.

deteve num aspecto do problema”. Seguindo a explicação do autor, verifica-se que essa idéia não lhe passou despercebida:

Pela colocação do dispositivo, a impressão imediata é a de que só se pensou na utilidade das regras de experiência enquanto instrumentos da apuração dos fatos. Não há negar a relevância das funções que elas podem desempenhar como tais. De um lado, é com base em semelhantes regras que, a partir dos indícios, se formam as chamadas presunções judiciais. (...), ou seja, o juiz utilizará o seu conhecimento no critério de valoração da prova e, (...) ainda ela se relaciona com a linguagem dos textos legais.⁵⁶³

É inegável, no entanto, segundo Barbosa Moreira, que “é particularmente importante o papel confiado à prudência do aplicador da norma, a quem se impõem padrões rígidos de atuação”.⁵⁶⁴ Esta, não obstante haja grande necessidade de ser auferida, poderá ser de difícil detecção no decisório, pois que basta se ater à perspectiva de que as regras de experiência são instrumentos que provêm da internalização da pessoa-juiz, do seu psiquismo; portanto, os silogismos que o motivaram não são detectáveis claramente ou controláveis judicialmente.

As conclusões de Ribeiro sobre a questão de as máximas de experiência estarem calcadas na premissa maior do silogismo apresentam grande importância quanto às conseqüências práticas, ou seja, quanto ao controle da aplicação de lei, que, segundo ele, “poderia ser através do recurso especial, previsto no art. 105, inc.III, da CF, máxime na letra c, passando de tal forma as máximas de experiência a serem consideradas com *quaestio iuris* e não como simples questões de fato, quer nos raciocínios pertinentes à valoração da prova, quer nos concernentes ao estabelecimento de *praesumptiones hominis*”⁵⁶⁵

No entanto, tal idéia não é pacífica na doutrina. Para Barbosa Moreira o recurso capaz de controlar o uso das regras de experiência seria o extraordinário, não obstante ele mesmo refira que não há um “ponto de repouso” quanto a isso, pois seria problemática diretamente relacionada à natureza das regras de experiência, ou seja, a distinção entre questões de fato e questões de direito⁵⁶⁶ como segue:

⁵⁶³ BARBOSA MOREIRA, 1931, op. cit., p. 63-64.

⁵⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, 1988, op. cit., p. 66.

⁵⁶⁵ RIBEIRO, 1998, op. cit., p. 108-109.

⁵⁶⁶ BARBOSA MOREIRA, 1988, op. cit., p. 17.

O problema que se põe é o de saber se, por exercerem função logicamente equiparável à das normas jurídicas, devem as regras de experiência ser assimiladas a essas normas, ou melhor, tratadas como pertencentes à mesma categoria. Da resposta que se dê a semelhante indagação, no entendimento de muitos, dependerá a solução de importantíssimas questões práticas, notadamente a relativa à possibilidade ou à impossibilidade de controlar-se a aplicação das regras de experiência pelo juiz, do mesmo modo por que se controla a aplicação da lei, mediante recursos de âmbito limitado às questões de direito, como são, por exemplo, (...) e o nosso recurso extraordinário.⁵⁶⁷

Levando-se em consideração ainda a problemática do controle, Knijnik indaga quanto ao problema do controle do convencimento judicial: “Existirá um módulo (ou módulos) suscetível de utilização pelos operadores jurídicos, para a crítica e o controle do mérito de um convencimento judicial, ou esse controle somente será possível mediante a simples renovação ou repetição do próprio processo de convencimento por um juiz diverso?”⁵⁶⁸ O autor continua explicitando:

Ao que parece, a praxis, pelo menos a brasileira, orienta-se pela pura e simples renovação ou repetição do próprio juízo de fato, como forma de efetuar este controle: os tribunais brasileiros, quando do exame da *quaestio facti*, em geral avaliam a prova como um todo, de modo que o mecanismo de controle da convicção judicial acaba reduzindo-se à sua própria renovação.⁵⁶⁹

Importa, do exposto, observar que não há ponto pacífico quanto a isso e seria temerário afirmar-se qualquer coisa. O certo é que o uso de regras de experiência pressupõe, ainda, um caminho com características frágeis e tênues linhas de controle; no entanto, estão presentes nos mais diferentes decisórios, seja no que tange a ações trabalhistas em julgados referentes a danos patrimoniais ou morais, em contratos os mais diversos, como se observa, relevantemente, em julgamentos, a guisa de ilustração:

⁵⁶⁷ BARBOSA MOREIRA, 1988, op. cit., p. 17.

⁵⁶⁸ KNIJNIK, 2001.

⁵⁶⁹ KNUNIK, 2001.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. ENTREGADOR DE JORNAL. QUEDA DE BICICLETA. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS. 1. A responsabilidade civil do empregador funda-se no artigo 159 do Código Civil de 1916 (artigo 186 Código Civil vigente) e no inciso XXVIII, do artigo 7º, da Constituição Federal, inserindo-se na regra geral do instituto, a correspondente indenização pressupõe a comprovação da conduta ilícita e culposa do agente. (...)5. Para a indenização por danos morais basta a prova do fato delituoso e do nexo de causalidade com o que, ipso facto, se tem o prejuízo, à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti que decorre das **regras da experiência** comum. Qualifica-o a doutrina com o dano in re ipsa. 6. (...) Orientação da Câmara. APELO PROVIDO. UNÂNIME.⁵⁷⁰

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. DOIS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA QUE, EM REALIDADE, REFLETEM UMA PACTUAÇÃO DE PERMUTA. AVENÇA PARCIALMENTE CUMPRIDA. NEGÓCIO PARCIALMENTE DESFEITO. VENDA A TERCEIRO. PROVA DOCUMENTAL. PROVA ORAL. **REGRAS DA EXPERIÊNCIA** COMUM. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. No caso concreto, ainda que a permuta tenha sido formalizada através de dois contratos de compra e venda distinta, a prova carreada nos autos, somada às **regras da experiência** comum, fazem concluir que se trata de um só negócio. (...) DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.⁵⁷¹

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. IPERGS. DEPENDENTE DESIGNADO. PENSÃO POR MORTE. ART. 12 DA LEI ESTADUAL Nº 7.672/82. INCAPACIDADE LABORATIVA. PENSÃO POR INVALIDEZ. ART. 9º, INCISO I, DA ALUDIDA LEI ESTADUAL. PATAMAR. INTEGRALIDADE DOS VENCIMENTOS DO EX-SERVIDOR. O art. 12 da Lei Estadual nº 7.672/82 é expresso ao conceder o benefício da pensão por morte aos dependentes designados do servidor falecido que permanecerem, no mínimo, por seis meses nessa condição (...). Segundo as **regras da experiência** comum, subministradas pelo que ordinariamente acontece (CPC, art. 335), sabe-se que nenhum empregador dará serviço a uma trabalhadora idosa e enferma. Caso dos autos em que foi constatada a impossibilidade de retornar ao mercado de trabalho, diante do quadro clínico e da avançada idade da requerente, o que demanda o reconhecimento da invalidez...(...) APELO PROVIDO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE)⁵⁷²

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. DIREITO PÚBLICO NÃO-ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO. Possível a cominação de astreintes em face da Fazenda Pública. Precedentes do STJ. No mais, restando demonstrada, pela observação das **regras da experiência** comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (CPC, art. 335), a recalcitrância do Estado em não cumprir as ordens judiciais que determinam a concessão de medicamentos (...) seja em razão mesmo do bem maior que se protege, in casu, que é a saúde e a vida do ser humano (arts. 5º,

⁵⁷⁰ Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70010446987, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 01/11/2006. Consulta ao Site do Tribunal de Justiça do RS em 26.12.06

⁵⁷¹ Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70013236096, Décima Sétima Câmara Cível, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 28/09/2006. Consulta ao site do Tribunal de Justiça do RS em 26.12.06.

⁵⁷² Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70011552395, Segunda Câmara Cível, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Consulta ao Site do Tribunal de Justiça do RS em 26.12.06

caput, 6º e 196 da CF/88). EM DECISÃO MONOCRÁTICA, NEGOU-SE SEGUIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO ART. 557, CAPUT, DO CPC.)⁵⁷³

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA DE REGISTRO EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. Ausente comprovação em sentido diverso, nos termos do que dispõe o art.333, II, do CPC, caracteriza-se a responsabilidade da CDL em face da ausência de notificação prévia do consumidor da abertura do registro, com violação ao comando inscrito no artigo 43, § 2º, do CDC, configurando dever de indenizá-lo pelo dano moral, já que este deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, fática, que decorre das **regras da experiência** comum. APELAÇÃO PROVIDA.⁵⁷⁴

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ACIDENTE DO TRABALHO. QUEDA DE CHAPA DE AÇO. AUSÊNCIA DE REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA. FRATURAS NA FACE E CABEÇA. VIOLAÇÃO DO DEVER DE SEGURANÇA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. 1. Para a configuração da responsabilidade civil do empregador é necessária a comprovação da existência de dano com repercussão econômica e/ou moral, do nexo de causalidade entre este e a atividade exercida, e da culpa, ainda que leve, do empregador. Inteligência do art. 186 do Código Civil (art. 159 do Código Civil de 1916) e do inciso XXVIII do art. 7º da Constituição Federal. 2(...) Ocorre que, considera-se o dano moral uma presunção natural, constatável a partir das **regras de experiência** comum. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.)⁵⁷⁵

EMENTA: Apelação cível. Ação monitória. Cheque prescrito. Discussão acerca do negócio subjacente suscitada pelo autor. Discrepância de valores entre os três primeiros cheques e o último, em quantia muito superior às compras de hortifrutigranjeiros anteriores. Não comprovação da negociação em valor extremamente alto, até mesmo porque não eram expedidas notas fiscais. Julgamento conforme as **regras de experiência** comum. (Apelo desprovido)⁵⁷⁶

Dos julgados elencados salienta-se a indicação de as regras de experiência terem sido utilizadas como uma presunção natural, com o propósito de desvelar a verdade dos fatos ou a certeza reconhecível e constatável pelo que ordinariamente acontece. Taruffo assinala que “em momentos fundamentais, o senso comum entra no raciocínio judicial e que é o senso comum que fornece material semântico e *standards* de individualização das acepções dos enunciados normativos”.

⁵⁷³ Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento Nº. 70016421364, Segunda Câmara Cível, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Consulta ao Site do Tribunal de Justiça do RS em 26.12.06.

⁵⁷⁴ Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. (Apelação Cível Nº. 70012618237, Décima Quarta Câmara Cível, Relator: Rogério Gesta Leal, Julgado em 29/09/2005) Consulta ao Site do Tribunal de Justiça do RS em 26. 12. 06.

⁵⁷⁵ Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº. 70011448545, Nona Câmara Cível, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Consulta ao site em 26.12.06.

⁵⁷⁶ Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº. 70009286568, Sexta Câmara Cível, Relator: Ney Wiedemann Neto. Consulta ao site em 26.12.06.

É incontestável que as máximas de experiência provêm do senso comum do julgador e são, com certeza, provindas da valoração subjetiva que o julgador faz de fatos sociais, avaliando segundo sua própria visão de mundo adquirida através de experiências que vivenciou. Cita-se mais uma vez, pelo seu caráter inédito e controvertido, exemplo de psicografia como prova processual e as impressões diversas que causa nos aplicadores do direito. De acordo com o juiz Zalmino Zimmermann, presidente da Associação Brasileira de Magistrados Espíritas (Abrame) são cada vez mais comuns casos de juízes que aceitam cartas psicografadas como provas. “Claro que depende da qualidade e da autenticidade da prova”⁵⁷⁷ No entanto, ressalta-se que nem sempre há anuência dos aplicadores do direito quanto a tais testemunhos.

Evidentemente o descontentamento, quanto a esse tipo de prova, do jurista Dalmo Dallari, mas na visão do juiz Zalmino Zimmermann sua aceitação dependerá da qualidade da prova e também dos aspectos morais da pessoa que psicografa. Estes são bastante importantes para a aceitação de tais elementos probatórios frente à comunidade. A título de curiosidade, e também como meio de demonstrar que o senso comum do julgador deve ser também o senso comum da comunidade, para que esta prova seja aceita como incontroversa, infere-se também, e sobremaneira, a importância da fonte que psicografa. Por exemplo, as psicografias de Francisco Cândido Xavier⁵⁷⁸ são consideradas idôneas por grande parte da comunidade, inclusive para os não - adeptos da doutrina espírita, que vêem no médium uma pessoa equilibrada, íntegra, merecedora de toda a confiabilidade e credibilidade, tanto que, “em fevereiro de 2000, Francisco Cândido Xavier foi eleito o “Mineiro do Século”,⁵⁷⁹ eleição que mobilizou Minas e superou concorrentes poderosos como Santos Dumont (segundo colocado), Pelé, Betinho, Carlos Drummond de Andrade e Juscelino Kubitschek (sexto colocado). Disso se depreende que a psicografia como prova processual não é vista pela sociedade como algo descabido e fantástico, pois que, sendo a fonte confiável e detentora de credibilidade e idoneidade na sociedade, recebe o acatamento social necessário para que a circularidade preconizada pela teoria sistêmica se processe, interagindo o subsistema

⁵⁷⁷“Os casos, porém, nunca foram catalogados” disse o juiz. Estou há 50 anos no magistrado e é a primeira vez que ouço falar disto”, afirmou o jurista Dalmo Dallari. Para ele, não há consistência em provas deste tipo e cartas psicografadas não são objetos confiáveis. “É estranho uma vítima morta depor, isto não pode ser levado em conta”, acrescentou o jurista.

⁵⁷⁸ Médium mineiro conhecido mundialmente por suas qualidades humanas, espirituais e íntegra moral.

⁵⁷⁹ Disponível em www.forumnow.com.br/vip/mensagens.asp_forum. Consulta ao site em 27 de dezembro de 2006.

do direito com aquilo que é comumente aceito pela sociedade, dando ensejo a novas decisões semelhantes.

No dizer de Luhmann:

Assume importância fundamental para autorizar a pesquisa e o desenvolvimento de sistemas de controle objetivo sobre a formação do convencimento judicial a partir das normas processuais existentes, pois, embora não se trate de um processualista, sua abordagem é extremamente conclusiva ao estabelecer que o procedimento é mais do que seqüência fixa de ações determinadas: é um sistema social que desempenha uma função específica de legitimar as decisões judiciais a partir de sua aceitação social.⁵⁸⁰

Acredita Picinini, que a legitimação de que fala Luhmann a respeito das decisões judiciais derivam da previsibilidade:

Esta legitimação deriva da previsibilidade a respeito do conteúdo da decisão a ser proferida, e esta previsibilidade somente se tornará possível através da definição prévia dos procedimentos a serem observados, enquanto sistemas de ação, através dos quais os endereçados das decisões aprendem a aceitar uma decisão que vai ocorrer, antes de sua ocorrência concreta.⁵⁸¹

É inegável, por conseguinte, afirmar que toda a atividade processual tem preocupação em desvendar a lide com da busca certeza e segurança jurídica às partes envolvidas no litígio. Ainda, sendo o processo moroso, poderá ser intempestiva sua solução ou resposta; portanto, harmonizar as relações sociais da pós-modernidade com os trâmites processuais é imperioso.

Como refere Freitas e já mencionado, “o núcleo do sistema é constituído por valores e por princípios que transcendem o âmbito da lógica estrita, por ter o intérprete jurídico que operar também com as denominadas inferências não-dedutivas”.⁵⁸² Dessa

⁵⁸⁰ PICININI, Joel. A avaliação da prova e a formação do convencimento judicial . Jus Navigandi Teresina, ano 10, n. 873, 23 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 26 mar. 2007.

⁵⁸¹ PICININI, Joel. A avaliação da prova e a formação do convencimento judicial. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 873, 23 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.aspx?id=7621>>. Acesso em: 23 mar. 2007.

⁵⁸² Ver notas 5 e 6.

forma depreende-se que a adequação ao sistema consiste na valoração que cada intérprete jurídico possui da realidade que o cerca, derivando daí o conteúdo axiológico formado pelo sistema do livre-convencimento e que se altera com as modificações sociais, funcionando cognitivamente aberto às influências do ambiente e interagindo com as modificações da sociedade.

Daí se dizer que o pensamento sistêmico é contextual, não havendo fragmentação; logo, só se compreendendo a parte, no seu todo.

Analisando-se a sociedade como um sistema não estanque, mas aberto a infinitas possibilidades salienta-se que as regras de experiência do julgador recriam a memória da sociedade e, segundo Ost, “sem memória, uma sociedade não se poderia atribuir uma identidade, nem ter pretensões a qualquer perenidade”⁵⁸³, pois a memória liga o passado através de um registro para que não seja esquecido. A memória lembra a existência de acontecimentos que importaram ou importam à sociedade, tanto de forma coletiva quanto individualmente, a cada um de seus integrantes.⁵⁸⁴

Crê-se que o direito e, conseqüentemente, o processo só poderá ser útil aos cidadãos se for atual, contemporâneo ao homem, agindo e decidindo em consonância com a sociedade.

A adoção do sistema da persuasão racional na valoração dos elementos probatórios atribuí, com certeza, certos poderes⁵⁸⁵ ao julgador, o que não significa que o juiz pode convencer-se contrário às provas dos autos, ou por conhecimentos privados e individuais, mas significa que o magistrado, não obstante esteja vinculado a conteúdos normativos e deva seguir certos procedimentos para tomar uma decisão, exercerá esses procedimentos baseado, também, em conhecimentos advindos de seu engajamento pessoal, em sua experiência de vida, em seu *sentire*⁵⁸⁶ próprio na acepção etimológica do vocábulo sentença, que remonta ao verbo sentir, traduzindo sentimento. É uma abordagem totalizadora e multidisciplinar, em que julgador analisa a questão por aspectos sociológicos, filosóficos, psicológicos, de forma a verdadeiramente sentir o

⁵⁸³ OST, 2005, op. cit., p. 42.

⁵⁸⁴ OST, 2005, op. cit., p. 50.

⁵⁸⁵ Aristóteles citando Bias, que foi um dos Sete Sábios da Grécia, refere que “o exercício do poder revela o homem”, pois necessariamente aquele que governa está em relação com outros homens e ao mesmo tempo é um membro da sociedade. Apud. Aristóteles. op. cit. p. 105.

⁵⁸⁶ Etimologicamente, o vocábulo sentença vem do verbo latino *sentire*. Segundo alguns, teria derivado de *sentiendo*, gerúndio desse verbo latino, donde a expressão *sententia* no Direito Romano. NORONHA, Fernando. Direito e Sistemas Sociais: a jurisprudência e a criação de direito para além da lei. Ed. da UFSC. Florianópolis. 1999, p. 274.

caso concreto com argúcia e, assim, poder decidir os conflitos neutralizando tensões vendo mais claramente a realidade.

Quanto a isso, refere Portanova: “Libertar o juiz da escravidão e do império da lei é remetê-lo para uma motivação totalizadora, é aproximá-lo da realidade, é afastá-lo do idealismo positivista normativista. A intenção é de fazer emergir um direito original e legítimo, mais voltado à justiça e menos à legalidade”.⁵⁸⁷ Para ele, há que separar o justo do direito, pois que “o justo deve ficar acima da lei e a tarefa do juiz é a de descobrir o Direito, não só nos textos, mas na realidade social, pois, o valor na gama axiológica do Direito é sem dúvida o valor do justo”.⁵⁸⁸

É incontestável, no entanto, que a decisão, até mesmo por obrigação constitucional, deverá estar fundamentada, motivada adequadamente. Residem aí a segurança do julgamento e a constatação do não-arbítrio judicial, pois as mudanças, as alterações nas perspectivas temporais, indicam que com o tempo surgem⁵⁸⁹ mais possibilidades intensificando a seletividade do presente. Traz-se mais uma vez a lição de Portanova, o qual salienta que, “na busca de uma decisão justa, o juiz deve ter presente que o Direito é fenômeno social, intimamente relacionado a todos os outros aspectos da vida humana, não podendo, por isso mesmo, ficar estranho às contribuições das outras ciências”.⁵⁹⁰

Não se pode deixar de lembrar que o direito tem compromisso com a vida, com a sociedade; e o direito não está nos códigos, nos textos legais, nos artigos das leis, mas na realidade social. É preciso, pois, buscar na sociedade soluções para a sociedade.

4.4 OS ELEMENTOS PROBATÓRIOS COMO ABERTURA COGNITIVA NA RELAÇÃO PROCESSUAL: AUTOPOIESE PROCESSUAL

Seguindo a idéia de Luhmann, que analisa o direito como sendo um subsistema da sociedade que opera como um sistema fechado normativamente, não obstante deva observar a sociedade e suas alterações sendo, portanto, cognitivamente aberto para adaptar-se ao progresso e às modificações daí advindas, infere-se que a abertura

⁵⁸⁷ PORTANOVA, 2000, op. cit., p. 133.

⁵⁸⁸ PORTANOVA, 2000, op. cit., p. 135.

⁵⁸⁹ LUHMANN, 1985, op. cit., p.173.

⁵⁹⁰ PORTANOVA, 2000, op. cit., p. 133.

cognitiva pode e deve influenciar também a atividade processual na medida em que se compreende que a relação processual é exercida sempre mediante sujeitos ou partes processuais e um magistrado. A abertura cognitiva, conseqüentemente, é por eles exercida, que trazem ao processo a abertura do sistema como referencial da sociedade em que vivem e onde interagem.

Essa abertura cognitiva caracteriza-se no processo por normas que facultam ao aplicador da lei agir segundo a predominância de certos costumes sociais, avaliando, por exemplo, no que tange à produção de provas, quais são as mais necessárias ou indispensáveis para a resolução adequada do caso e quais podem ser descartadas por não serem as melhores à resolução da lide. Exemplo claro é o conteúdo do art. 130 do CPC⁵⁹¹ o qual permite que o juiz avalie aquilo que é juridicamente importante para o sistema processual e para o caso que se lhe apresenta⁵⁹². Essa avaliação pressupõe a possibilidade de uso da subjetividade do julgador, pois a importância de cada fato é particular e individual; portanto, poderá ser diferente para cada aplicador da norma, e a decisão poderá, conseqüentemente, ser diferente, embora emanada de um mesmo fato probatório. Daí o risco surgido das diversidades e contingências sociais.

Dessa forma, o aplicador da estrutura normativa do direito, ao analisar uma expectativa que exige uma solução, deve se manifestar por meio de uma sentença que seja capaz de, além de expressar a certeza extraída dos elementos probatórios, estar em acordo com o desenvolvimento social e com a mentalidade vigente e de reestruturar as expectativas da sociedade.

As provas vindas aos autos, principalmente a testemunhal, trazem em si mesmas a apreciação valorativa que o ser humano faz da vida que o cerca, de forma que há a necessidade premente de aliar o jurídico à psicologia, à sociologia e, mesmo, à filosofia. As regras de experiência, quando usadas convenientemente, poderão traduzir-se numa visão mais ampla e zetética, pois que desvincularão o direito de sua visão estanque e dogmática, obtendo uma avaliação mais completa e integral da prova.

Não obstante seja a prova testemunhal revestida de caráter mais tênue, menos robusto que a prova documental, porque vinda do ser humano, que é variável,

⁵⁹¹ O artigo 130 do Código de Processo Civil Brasileiro prescreve que: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

⁵⁹² Acerca do referido artigo, Vicente Greco Filho (2003, p. 228), diz ser uma decorrência do poder do juiz de velar pela rápida solução do litígio, devendo ser usado, no entanto, com cautela evitando a interferência do juiz na livre discussão da causa pelas partes.

diferenciado e diferente dos demais seres humanos, prova esta produzida pela fala humana, que é uma das melhores fontes que possibilitam detectar a verdade ou a mentira. Basta que o julgador mantenha-se aberto às evidências das emoções, das modulações da voz, elementos que, por certo, não existirão no magistrado excessivamente formalista e dogmático. Abrir-se aos aspectos sociológico e psicológico demonstrados pela prova testemunhal oportunizará uma visão mais comprometida com a realidade social.

A atividade processual, desde o seu início, forma sua estrutura por meio da circularidade vinda do sistema social, pois que as partes processuais trazem os elementos probatórios que formam os atos processuais e indicam argumentos possíveis para formar o convencimento do magistrado. Este, por fim, baseado no exame de todo esse sistema estruturado para harmonizar o sistema social, emite uma decisão, que em razão da complexidade social, poderia ser outra dentre as inúmeras possibilidades existentes no sistema social, não esquecendo os riscos próprios da contingência social.

A sentença emitida deve conter uma mensagem que expresse a certeza do aplicador da norma, como bem exprime Malatesta a conformidade com a crença,⁵⁹³ extraída dos elementos normativos do direito, expressando a convicção oriunda de fatos trazidos ao mundo processual, concedendo relevância ao tratamento dos elementos probantes. Para Knijnik, apresenta-se relevante não apenas o resultado da convicção, mas o processo inferencial, a infra-estrutura lógico-argumentativa pela qual ela for atingida.

Para que a práxis probatória não se possa considerar inteiramente livre, subjetiva, tendente à violência e a arbitrariedade, nossa atenção deve estar voltada para a forma de pensamento, para todos os pontos de vista possíveis. As inferências estabelecidas pelo juiz devem ser testadas e verificadas por modelos e standards que permitam submetê-los a um juízo crítico comum garantindo a cientificidade da decisão jurídica.⁵⁹⁴

Considera, ainda o autor que, “todos os standards, paradigmas ou modelos de constatação, sob pena de se destruírem a si próprios são abertos pois contêm regras integradas e completadas com base em critérios meta-jurídicos que existem na

⁵⁹³ Cf. Malatesta (1996, p. 21), a verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença-percepção desta conformidade é a certeza. Ela é, portanto, um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem.

⁵⁹⁴ KNIJNIK, 2001, op. cit., p. 26.

sociedade”⁵⁹⁵. Sendo abertos, os standards⁵⁹⁶ integram-se na teoria sistêmica visto que operam cognitivamente abertos, ou seja, trazem dos demais subsistemas da sociedade os conhecimentos necessários e congruentes com a decisão do caso concreto. Dessa forma, depreende que os standards podem oferecer riscos, pois que “podem confundir opinião e verdade”⁵⁹⁷. Surge daí a complexidade do tema perante as contingências da sociedade.

É natural que, havendo complexidades sociais, o sistema processual que nos serve hoje não pode ter a mesma extensão satisfatória, nem o mesmo significado de outros tempos, porque a pós-modernidade⁵⁹⁸ possui características outras.

Nesse sentido, importa destacar as palavras de Ribeiro a respeito dos novos fenômenos jurídico-sociais que estão a exigir nova visão e diferente atuação do processo:

El creciente desarrollo de nuestra sociedad les obligan diariamente a enfrentarse con una realidad distinta que cambia vertiginosamente, y exige nuevas soluciones jurídicas capaces de atender de forma adecuada a las nuevas realidades. La imperiosa necesidad de cambio obliga a los procesalistas a ir evolucionando en sus concepciones y huir del mayor número de reglas que, presuntamente, tengan un carácter inmutable.(...) El conocimiento de los nuevos fenómenos jurídicos-sociales (la contratación por internet, la protección del medio ambiente, etc.) nos há empujado a investigar los nuevos medios que el derecho procesal articula para hacer frente a tales fenómenos.⁵⁹⁹

⁵⁹⁵ KNIJJKIK, 2001, op. cit., p. 26-27.

⁵⁹⁶ Segundo KNIJJKIK (2001, p. 18), “Standards são critérios de racionalidade e controle, também chamados de “*critérios de decisão*” ou “*modelos de constatação*” dos fatos.(...) o critério não é mais do que um meio” para conhecer a verdade.” (...) funcionam como critérios pelos quais o juízo de fato é formalizado. Como exemplo o autor cita uma demanda indenizatória em que o juiz deve raciocinar com base numa “*preponderância de provas*”. Já em ação de improbidade o modelo de constatação deverá ser: “*prova clara e convincente*.” Numa ação penal o modelo de constatação deve ser: “*prova além da dúvida razoável*”.

⁵⁹⁷ Idem ibidem.

⁵⁹⁸ Para Bittar (2005, p. 120-123), a pós-modernidade não é um processo que nasce, ou mesmo se desenvolve, sozinho, estando aliada à idéia de um estado atual das sociedades pós-industriais. A pós-modernidade (cultural) corresponde ao conjunto dos processos de mutação cultural ocorridos no final do século XX, e este vem acompanhado de um processo de modificação das relações econômico-produtivas nas sociedades pós-industriais. Para Bittar, ainda há outras formas de se nominar esta fase: modernidade reflexiva, modernidade líquida, modernidade radicalizada, ou hiper-modernidade.

⁵⁹⁹ RIBEIRO, 2004, op. cit., p.15.

Evidentemente, os avanços sociais trazem a necessidade imperiosa de uma atividade processual centrada na evolução e no progresso, que faça frente à sociedade e aos indivíduos; uma análise criteriosa de suas bases e estrutura para atender às mutações, evitando os anacronismos que impedem que a tutela judicial seja eficiente; enfim, que, analisando os novos valores da pós-modernidade, aplique às decisões o que é realmente essencial para o novo tempo do direito e que aplique, também, uma atividade processual equilibrada aberta à atualidade e ao progresso.

Por evidente, no âmbito processual civil o magistrado não pode mais permanecer distante de toda a evolução social e das partes, sendo apenas um repetidor da lei. Na instrução probatória o juiz deve viabilizar a melhor prestação jurisdicional permitida pela abertura cognitiva do sistema social, adequando-se à realidade e realizando justiça no tempo social em que vive.

Portanto, a análise sistêmica da prova e os riscos inerentes a decisões complexas devem sobrepujar a acomodação e o tradicional olhar dogmático na busca de uma prestação jurisdicional mais eficaz.

5 CONCLUSÃO

A sociedade globalizada cede espaço à noção de evolução em oposição à estabilidade. A par disso, surgem às categorias da complexidade e do risco. Diante dessa realidade, as tomadas de decisões acontecem em virtude da existência do sistema e da organização, e, por sua vez, a contingência faz com que cada decisão não afaste outras possibilidades de várias decisões. Dessa forma, o direito e a atividade processual são construídos sobre expectativas. O direito como subsistema da sociedade, deve adequar-se às alterações ocorridas no meio social as quais trazem novas possibilidades e contingências a serem absorvidas pelo ordenamento jurídico.

O objetivo do desenvolvimento deste trabalho foi associar a teoria sistêmica ao processo judicial, mais precisamente, no que tange ao elemento probatório, especificamente em seus aspectos subjetivo e objetivo e à certeza processual. Isso porque nem sempre o magistrado tem possibilidade de buscar a certeza no meio social de onde advêm os fatos, e, além de que a busca dessa certeza traz a imprevisibilidade em virtude da complexidade e das inúmeras possibilidades advindas da sociedade pós-moderna ou reflexiva como os juristas e estudiosos definem a sociedade atual.

Importaram esses enfoques para que se pudesse, em confronto com a teoria sistêmica, observar a abertura cognitiva existente entre sociedade, processo jurídico, partes processuais e juiz, considerando-se a circularidade e a comunicação previstas pela autopoiese dentre os diversos subsistemas e o sistema social.

O estudo demonstrou que a abertura cognitiva preconizada nos estudos de Luhmann existe no elemento probatório, principalmente em seu critério subjetivo, pois que concede uma faculdade ao juiz, permitindo-lhe avaliar livremente os fatos e circunstâncias presentes nos autos, não obstante os meios utilizados pelas partes ou impostos pela lei como critérios objetivos também coexistam e não devam ser desconsiderados.

Quando tanto as partes como o magistrado interagem no sistema social, trazem para o subsistema do direito e para a atividade processual, vindos de outros subsistemas, as comunicações necessárias e coerentes para a resolução de conflitos e litígios. Dessa forma, o processo civil pode ser visto como um instrumento de abertura da autopoiese, pois que é (re)alimentado pela comunicação provinda de subsistemas diversos que agem consonantes ao

direito formando uma teia de (in)formações que se interligam e se (re)produzem provendo o sistema jurídico concomitantemente ao tempo do sistema social.

Dentro desse contexto e não obstante se tenha abordado que o livre convencimento deva seguir critérios lógicos e determinados de postulados jurídicos, estes também podem traduzi-se em entranhas subjetivas, atreladas ao aspecto psicológico e íntimo do magistrado.

Neste momento, percebe-se que o elemento probatório surge como abertura cognitiva na relação jurídica dando-se através das inúmeras comunicações presentificadas no processo no que tange às partes com o juiz, dos peritos com o magistrado, e do próprio magistrado quando, ao julgar o caso, seu raciocínio lógico percorre caminhos internos, intrincados e psicológicos advindos de sua vida, daquilo que observou no decorrer das experiências que vivenciou.

As inferências realizadas nesse estudo quanto a alguns dos princípios que regem a atividade processual e o elemento probatório, foi decisivo para a conclusão a que se depara, pois que se constituem em processos de seleção para a correta percepção dos fatos ocorridos bem como para a busca da certeza jurídica, eis que a oralidade é decisiva pela facilidade que concede ao julgador para observar e colher, além do dito em audiência, também aquilo que não foi dito, ou seja, as reações e emoções que dominaram as partes, por certo, importam ao deslinde da atividade processual não podendo passar despercebidas ao tirocínio do juiz. Ainda, constatou-se que suas predileções e preferências terão importante papel na decisão e na formação de sua convicção, pois que sua sensibilidade e subjetividade são inerentes à análise do fato concreto não havendo um método eficaz capaz de dissociar o magistrado de seu senso comum e de sua própria historicidade para proferir decisões apenas formais, que sigam um padrão-chave capaz de romper com os grilhões do magistrado enquanto pessoa individualizada do produtor de sentenças Surge daí a seleção das possibilidades condutoras das contingências e produtoras do risco pois podem trazer certezas e incertezas ao aplicador da norma, e, conseqüentemente, decisões divergentes.

A evolução do estudo leva ao entendimento específico e incontestável que sendo o direito um sistema normativamente fechado e ao mesmo tempo cognitivamente aberto aos fatos sociais, é inegável que o processo civil, sendo um instrumento de aplicação do direito, pode ser visto e avaliado como um instrumento autopoietico do direito, pois que os fatos trazidos ao processo influenciam a atividade processual pela abertura cognitiva que o elemento probatório traz em si, fruto da ação dos sujeitos que fazem parte da lide, fruto ainda, das percepções do próprio julgador.

Decorre daí que, o aplicador da norma ao tornar-se membro de diversos grupos tais como familiar, religioso, social, de trabalho recebe influências de todos estes contextos agindo e interagindo dentro e fora dele e que as escolhas resultantes da vivência do magistrado são fruto de sua visão da sociedade aplicada à atividade processual criando interdependências que motivarão sua decisão e influenciarão suas seleções e escolhas.

Vislumbra-se, dessa forma, a incidência das regras de experiência como forma de convicção do julgador constituindo-se em instrumento autopoiético resultante da abertura cognitiva do processo com o sistema social. Esta abertura está insitivamente clara no art. 130, que dá abertura ao julgador para que possa determinar as provas que entender necessárias, e no art. 131, em que lhe é facultado apreciar livremente a prova.

Não obstante estes e outros preceitos legais que homenageiam o princípio da persuasão racional, o art. 335 claramente dá permissão ao magistrado para usar sua experiência comum. Não se pode olvidar, no entanto, a ressalva de motivação das decisões, a fim de que as regras de experiência não sejam interpretadas e usadas exclusivamente como uma liberdade exacerbada concedida ao julgado, como se a ele fosse dada a autoridade de conceber situações e, mesmo, aprová-las, julgando-as procedentes ou improcedentes, sem o mínimo critério condizente com o direito.

Giza-se, ainda, que, embora haja codificação expressa quanto ao uso das máximas de experiência, somente “quando não há normas jurídicas particulares” – diz a legislação vigente - acredita-se que, conforme lição de Knijnik, “elas são onipresentes”. Não há como dissociá-las do julgador afastando dele aquilo que já existe em seu pensamento como silogismo e como forma de organizar seu pensamento para, então, analisando as provas, convencer-se, pois que o magistrado não se convence unicamente seguindo um método determinado, ou, ainda, porque a lei lhe permite tal conjuntura em dado momento processual. A convicção observa-se, é formada pelas provas, por certo, mas não se pode afastar a idéia de que o seu conhecimento empírico produzido pelas veredas da vida muito o auxiliará na busca da certeza. E o conhecimento empírico nem sempre é buscado, nem sempre é objeto de investigação racional resgatada por um caminho metodológico traçado e lógico, mas simplesmente lhe aflora ao espírito como bagagem trazida ao longo da vida. Não se trata de saber aprendido, mas de saber apreendido, resultante, não de estudos, mas de vivências. É o que se diz comumente: “sei por que já vivi” ou “a experiência já me ensinou que[...]”.

Deduz-se, por conseguinte, com clareza, que, quando o magistrado faz uso de sua experiência e vivência nas decisões que profere, haverá uma atuação processual autopoiética,

pois que as provas vindas de sua vivência, de sua história de vida e, portanto, das relações sociais possibilitar-lhe-ão promover a abertura cognitiva do sistema processual com o sistema social, servindo de mecanismo de controle do código lícito/ilícito, para resolver e solucionar, produzindo o fechamento operacional do sistema jurídico processual e recebendo influências do meio ambiente na medida em que os sujeitos processuais exercem a função de abertura cognitiva do sistema processual.

Partindo-se do método investigativo, como já referido anteriormente, buscam-se analisar aspectos que formam a convicção do magistrado e constata-se que o caráter subjetivo da prova é evidente na apreciação do elemento probatório e o convencimento do julgador provém, além de conhecimentos técnicos, também de suas pré-compreensões e senso comum, o que possibilita a busca da certeza na própria realidade social de modo a permitir que o direito e a relação jurídica processual se auto(re)produzam através da comunicação entre sistema social e subsistema do direito, ao tempo do direito.

Dessa forma, percebe-se que as decisões judiciais, pela complexidade do sistema social, são contingentes, produzindo as incertezas próprias da pós-modernidade. Cada julgador pode perceber de forma diferente os fatos, como demonstrado em alguns julgados colacionados. Surgem daí o risco e a imprevisibilidade preconizada pela teoria dos sistemas, advindos das possibilidades inúmeras de decisões diferenciadas, principalmente no que tange ao uso das regras de experiência pelo magistrado.

A utilização das regras de experiência na conjuntura prática da relação processual proporciona uma abordagem mais abrangente do fenômeno jurídico, visto que ao magistrado é permitida a associação daquilo que faticamente assiste no desenrolar das provas com aquilo que já observou ou compreendeu empiricamente. Crê-se até mesmo ser indispensável ao processo civil moderno que o magistrado atue como um ser global, presentificado inteiramente, ou seja, com sua sabedoria extra-acadêmica e acadêmica atuando holisticamente, para que haja efeitos benéficos à efetividade do direito processual. Isso levará à soma das partes formadas pelos meios produtores da certeza dispostos de maneira a formar a convicção do juiz, momento este em que as partes unidas transformam-se no todo garantidor da solução mais adequada dentre as diversas expectativas surgidas e selecionadas no decorrer do processo judicial.

Inolvidável que a avaliação das provas deve obedecer a um sistema de regras estabelecidas para valorizar o juízo crítico do magistrado aproximando-o da certeza que

conseqüentemente desembocará na sentença e, por certo, a fundamentação da decisão conterà as razões que a motivaram.

Portanto, a nova corrente científica apresentada por Luhmann observa o direito perante a atividade processual e a sociedade complexa buscando fazer do jurista e do processualista, enfim, dos aplicadores do direito, sujeitos da construção do tempo.

Se o direito é o transformador social, inegável a circularidade existente entre sociedade, direito e relação processual, de modo que ao magistrado frente ao Poder Judiciário cabe a tarefa de adequar-se ao momento social, sem olvidar, no entanto, que há inúmeros desafios que a nova ordem social e econômica impõem ao direito e à atividade processual como conseqüência do novo sistema social imposto pela pós-modernidade.

Urge, por fim, repensar criticamente os novos paradigmas que se impõem acreditando-se na possibilidade de novos avanços sobre o estudo das regras de experiência e seu difícil controle, mas como provável solução, ou pelo menos, adequação do direito e da atividade processual ao tempo social vigente.

REFERÊNCIAS

AMARAL DOS SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. I.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. IV, art.s 332 a 475.

ANTUNES, José Engrácia; TEUBNER, Gunther. Prefácio in. *O direito como sistema Autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Coleção A Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados. *Revista Forense*. Rio de Janeiro. Vol. de Estudos em Homenagem a Orlando Gomes.

_____. Conferências. *Revista de Processo*. 95/178.

_____. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 21. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

BAZARIAN, Jacob. *O Problema da Verdade: Teoria do Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1988.

BAUMANN, Zigmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BENVENISTE, Emile. *Problemas de Lingüística Geral*. Tradução de Maria da Glória Novak e Luiza Néri. Revisão do Prof. Isaac Nicolau Salun. São Paulo: Ed. Nacional, Ed. Da USP, 1976.

BENTHAN, Jeremias. *Tratado de la pruebas judiciales*. Tradución del francés pó Manuel Osório Florit. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-américa, 1971.

BERTHALANFFY, Ludwig Von. *Teoria Geral dos Sistemas*. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes Ltda, 1975.

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BRAGA Sidney da Silva. *Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*. Estudos de Direito Civil. Tradução de Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Vol. III. Campinas - São Paulo: Bookseller, 2003. v. III.

CAMBI, Eduardo. In Temas de processo civil. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Almeida 2003. p. 1095.

CANTUÁRIA, Santo Anselmo de. *A verdade*. Tradução do Prof. Dr. Ruy Afonso da Costa Nunes. São Paulo: Editor Victor Civita, 1973.

CAPRA, Fritjof. *A Teia da vida. Uma nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos*. Tradução de Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Editora Cultrix, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*. Campinas: Bookseller, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. As relações processuais. A relação processual ordinária de cognição. Tradução do original italiano por Paolo Capitanio. 1. ed. Campinas-SP: Bookseller, 1998.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Tradução de Benedicto Giacobini. Campinas: RED Livros, 1983.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. *A motivação na Sentença no Processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI GIORGI, Raffaele. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. *O risco na sociedade contemporânea*. Sequência, nº. 28, junho/94.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 7. ed. Revista e ampliada. Campinas: Malheiros Editores.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECHADIA, Hernando Devis. *Teoria General de la Prueba Judicial*. Tomo I e Tomo II Tercera. Edicion. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía. Editor Alberti, 1974.

Evangelho segundo João. Português. In: *Bíblia sagrada*. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2. ed. Barueri – SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 1999. p. 99-126. Versão Revista e Atualizada no Brasil. Bíblia. N. T.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do direito: Técnica, Decisão, dominação*. 4. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FREITAS, Juarez. *O conceito de sistema Jurídico*. São Paulo: Malheiros, 1988.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2004.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO Cintra, Antonio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. Coordenação. *Participação e Processo*. Editora Revista dos Tribunais, 1998.

GUEDES, Jefferson Carús. *Princípio da Oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: Introdução a uma Teoria Social Sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: Introdução a uma Teoria Social Sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Col. A obra prima de cada autor. Tradução Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KNIJNIK, Danilo. *Os Standards do Convencimento Judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Revista Forense (separata). Volume 303 (2001), 15-52.

_____. Danilo. *A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: forense. 2007.

LOPES, Dalmir Jr.; Niklas Luhmann. *Do sistema Social à sociologia Jurídica*. Org. André e Dalmir Lopes Jr.-Jean-Arnaud. Rio de Janeiro: Lumn Júris, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação Pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. *Sociedad y sistema*. Trad. Santiago López Petit e Dorothee Schmitz. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1990.

_____. *Sociologia do Direito I*. 1983.

_____. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. *O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito*. Sequência nº 28, junho/94.

MÄDCHE, Flavia Clarici; DUTRA, Jéferson Luiz. D. *Introdução à Teoria Sistêmica*. Programa de Pós Graduação em direito. Mestrado e Doutorado. Org. Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck São Leopoldo: Editoração Eletrônica Rafael Tarcísio Forneck, 2003.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. v. 1. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A questão do convencimento judicial*. Site www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 10 de agosto de 2006.

MARIOTTI, Humberto. *Autopoiese, Cultura e Sociedade*. Consulta ao site www.geocities.com/pluriversu em 5 de janeiro de 2007.

MATHIAS COLTRO, Antonio Carlos. *Uma Nova Ética para o Juiz*. Org. NALINI, José Renato. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994,

MATURANA, e Seres Vivos. *Autopoiese: a organização do vivo*. Tradução de Juan Acunã Llorens. Porto Alegre: Artes Médica, 1997.

MELLENDON, Santiago Sentis. *La Prueba. Los Grandes Temas Del Derecho Probatorio*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Eutropa-America. 1979.

MENDONÇA, Paulo Roberto soares. *A Argumentação nas Decisões Judiciais*. 2. ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la Prueba*. Traducida por Santiago Sentis Melendo. Colômbia: Editorial Temis, 1989.

MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. *A Prova. Revista Processual Civil – Doutrina Internacional*, 1979.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo II: arts. 46 a 153, 3. ed. Revista e aumentada. Atualização legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MITTERMAIER. C.J.A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal ou Exposição Comparada*. Vertido para o Português por Hebert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1977.

NALINI, José Renato. *Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

NICOLA. José. *Literatura Brasileira: Das origens aos Nossos Dias*. 3. ed. São Paulo: Scipione, 1989.

NORONHA, Fernando. *Direito e Sistemas Sociais: a jurisprudência e a criação de direito para além da lei*. Ed. da UFSC. Florianópolis, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OST, François. *O Tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza - São Paulo: Edusc, 2005.

PARSONS. Talcott. *Sociedades: Perspectivas Evolutivas e Comparativas*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1969.

PERELMANN, Chaïm. *Teoria da Argumentação: A nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PICININI, Paulo. *A avaliação da prova e a Formação do Convencimento Judicial*. Site www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 10 de agosto de 2006.

PICÓ Y JUNOY, Joan. *Las Garantias constitucionales del Proceso*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997.

PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da Sentença*. 4. ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Princípios do Processo Civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas Atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Programa de Pós Graduação em Direito Mestrado e Doutorado*. Org. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: Editoração Eletrônica: Rafael Tarcísio Fornec, 2003.

_____. *O sobreprincípio da boa - fé processual, como decorrência do comportamento da parte em juízo*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em direito. Mestrado e Doutorado. Org. Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: Editoração Eletrônica: Rafael T. Forneck, 2003.

_____. *Tendências Modernas da Prova*. Revista Jurídica. 218 Dez./95 - Doutrina.

ROCHA, Leonel Severo. *Direito, Cultura política e Democracia*. Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado. Org. Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: Editoração Eletrônica Rafael Tarcísio Forneck, 2000.

ROCHA, Leonel Severo. *A Construção do Tempo pelo Direito*. Programa de Pós Graduação em direito. Mestrado e Doutorado. Org. Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: Editoração Eletrônica Rafael Tarcísio Forneck, 2003.

ROCHA, Leonel Severo. *Direito, Complexidade e Risco*. Seqüência nº 28 junho/94.

ROCHA, Leonel Severo. *O direito na forma da sociedade globalizada*. In Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado. Org. Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: 2001.

ROCHA, Leonel Severo, SCHWARTZ, Germano, CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005.

ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz. *São Leopoldo*: Centro de Ciências Jurídicas Unisinos, 2001.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística Geral*. São Paulo: Cultrix, 2000.

SENTIS MELLEDO, Santiago. *La Prueba. Los grandes del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1987. v. 1.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

Site: <http://www.trt22.gov.br>

Site: www.forumnow.com.br/vip/mensagens.asp.forum

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos. Traducción y notas de Andrés de La Oliva Santos. Bogotá, Colômbia: Editorial Temis, 1998.

TARUFFO, Michelle. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: Edição do Ibej, 2001.

TEUBNER, Gunther. *O direito como Sistema Autopoiético*. Tradução e Prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O Direito na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

ZELANIS, Paulo. *Elementos para uma nova Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1997.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WARAT, Luiz Alberto. *O Direito e sua Linguagem*. Interpretação da Lei: Temas para uma Reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WISNIK, Jose Miguel(org). *Poemas Escolhidos*. São Paulo: Cultrix, 1976.