

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCIA JAKELINE DE ALMEIDA

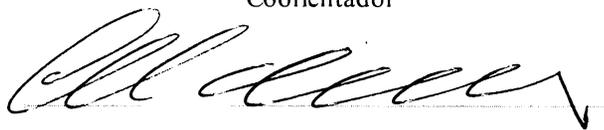
A prova como instrumento de legitimação no procedimento

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



*MANOEL EDUARDO ALVES CAMARGO E
GOMES*
Orientador

SÉRGIO CRUZ ARENHART
Coorientador



*ALCIDES ALBERTO MUNHOZ DA CUNHA -
Direito Civil e Processual Civil*
Primeiro Membro



CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO
Segundo Membro

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO**

**A PROVA COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO NO
PROCEDIMENTO**

MÁRCIA JAKELINE DE ALMEIDA

**CURITIBA
2013**

MÁRCIA JAKELINE DE ALMEIDA

**A PROVA COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO NO
PROCEDIMENTO**

Monografia apresentada
como requisito parcial à
obtenção do Título de
Graduação em Direito

Orientador
Prof. Dr. Manoel Eduardo
Alves de Camargo e
Gomes

Coorientador
Prof. Dr. Sérgio Cruz
Arenhart

**CURITIBA
2013**

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo demonstrar a função da prova como instrumento de legitimação no procedimento, verificando como essa legitimação pelo procedimento ocorre durante o contraditório. Verificar-se-á como a participação das partes através das provas trazidas por elas com o objetivo de comprovar as suas alegações é importante para a construção do procedimento e conseqüentemente para a decisão resultante desse procedimento. A teoria sistêmica defendida por Niklas Luhmann em conjunto com o Direito Processual Civil é a via utilizada para descrever como ocorrerá essa legitimação pelo procedimento.

Palavras-chaves: Legitimação pelo procedimento. Prova. Niklas Luhmann.

ABSTRACT

The present monograph aims at demonstrating the function of proofs as a tool of legitimation in procedures, verifying how legitimations by procedure occur during the hearing of the other party. It will be verified how the participation of the parties through the proofs brought by them as a means to support their allegations is important to the construction of the procedure and consequently to the resulting decision of this procedure. The systemic theory defended by Niklas Luhmann along with the Civil Procedure is the path followed to describe how this legitimation by procedure will happen.

Keywords: Legitimation by procedure. Proof. Niklas Luhmann.

SUMÁRIO	
INTRODUÇÃO	5
PARTE I: LUHMANN	
1.1 A TEORIA SISTÊMICA	7
1.2 O DIREITO NA TEORIA SISTÊMICA	9
PARTE II: A PROVA	
2.1 A PROVA NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO	19
2.2 OS MOMENTOS DA PROVA NO CONTRADITÓRIO	22
2.3 OS TIPOS DE PROVA	28
2.3.1 PROVA EMPRESTADA	28
2.3.2 DEPOIMENTO PESSOAL	28
2.3.3 EXIBIÇÃO DE COISA OU DOCUMENTO	29
2.3.4 PROVA DOCUMENTAL	30
2.3.5 PROVA TESTEMUNHAL	31
2.3.6 PROVA PERICIAL	32
2.3.7 INSPEÇÃO JUDICIAL	33
2.3.8 PROVA ILÍCITA	33
PARTE III: O CONTRADITÓRIO NA TEORIA SISTÊMICA	
3.1 O PROCEDIMENTO COMO UM SISTEMA SOCIAL	35
3.2 A PROVA COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO DAS PARTES NO CONTRADITÓRIO	37
3.3 A PROVA COMO INSTRUMENTO DE CONVENCIMENTO DO JUIZ	40
PARTE IV: A NECESSIDADE DE LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO	
4.1 A NECESSIDADE DE LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO PARA AS PARTES	43
4.2 A NECESSIDADE DE LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO PARA A SOCIEDADE	44
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

INTRODUÇÃO

A participação das partes é fundamental para que ocorra a legitimação pelo procedimento, a prova é o instrumento que permite essa participação na construção do procedimento, e conseqüentemente, a sua participação na decisão. O contraditório possui uma função essencial na construção do procedimento, não somente no aspecto de permitir um diálogo entre elas e o juiz, mas por ser o que Niklas Luhmann define como um conflito permitido.

Ao criar um espaço que permite a confrontação das partes de uma maneira que não prejudica o convívio dos indivíduos em sociedade, o direito cumpri a sua função como um meio de redutor de complexidade gerada pelos descontentamentos dos indivíduos.

Em um sistema que pela sua diferenciação, se torna tão aberto as influências externas, é necessário desenvolver técnicas eficazes que controlem a entrada das provas provenientes do meio ambiente. E quando for necessário a entrada dessas provas no sistema, essas técnicas devem estabelecer meios que possibilitem que essa entrada não prejudique o funcionamento do sistema.

No caso do subsistema jurídico é necessário que ocorra a transformação das provas provenientes do meio ambiente ou de outros sistemas através do código binário, após essa transformação a prova será legal ou ilegal. Caso a prova seja ilegal e a sua entrada tiver sido permitida o subsistema jurídico deverá descartá-la e verificar se houve algum comprometimento do seu funcionamento.

O controle que o sistema faz sobre as provas provenientes do meio ambiente é importante porque proporciona a autonomia do subsistema jurídico, de uma forma que a influência da sociedade não interferirá na decisão resultante do procedimento. Esse controle é importante porque evita que as partes ajam de maneira desleal entre si, punindo esse tipo de comportamento, a má-fé, de maneira exemplar.

O desenvolvimento de técnicas de seleção mais eficientes somente é possível por causa da prática, prática essa obtida através das regras esquemáticas que selecionam as provas e determinam como elas serão aceitas no procedimento.

A importância dessas regras pode ser observada no fato de que elas fixam a apreciação dos resultados da seleção e, simultaneamente, estabelecem como ocorrerá a sua apresentação no procedimento.

Uma imunização contra as provas oriundas do meio ambiente, que visam comprometer o procedimento faz parte do contexto de um regulamento, esse regulamento no Direito Civil é representado pelo Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil regulamenta como ocorrerá o contraditório no procedimento, tendo como objetiva a sua construção através da participação das partes. Essa participação tem como instrumento as provas que devem ser apresentadas juntamente com as alegações, caso não seja possível apresentá-las nessa ocasião, as partes devem requerer a sua produção.

A livre apreciação jurídica das provas é permitida ao juiz no texto normativo, esse é um dos requisitos para o papel do juiz em processos diferenciados.

É importante observar que a legitimação pelo procedimento, juntamente com a força de convicção, dependem da certeza de fé sem alternativas porque no procedimento jurídico a prova pode separar-se dele, de acordo com a situação e não pelos critérios de análise do comportamento das partes durante o contraditório. Ou seja, as partes devem aceitar a decisão resultante do procedimento mesmo que não seja a decisão que elas esperavam.

Entretanto, as partes não devem apenas aceitar uma decisão contrária aos seus anseios, mas também devem garantir e facilitar o cumprimento dessa decisão.

PARTE I

LUHMANN

1.1 A TEORIA SISTÊMICA

A teoria social apresentada por Luhmann possui como fundamento a noção de sistema, noção esta desenvolvida anteriormente por Maturana e Varela, incorpora também a sua teoria social a noção de sistema social proposta por Parsons. Luhmann traz em sua teoria sistêmica a descrição de sistemas autorreferentes e autopoieticos.

Segundo Leo Peixoto Rodrigues, Luhmann

ao trabalhar a autorreferência dos sistemas explica que esses sistemas autorreferentes ou autorreferenciais constituem-se em sistemas que apresentam a capacidade de estabelecer relações consigo mesmos e de diferenciar essas relações frente às de seu entorno.¹

O conceito de autopoiesis, trabalhado inicialmente por Maturana e Varela, é usado por Luhmann para descrever a característica dos sistemas que por si mesmos produzem suas estruturas e os seus elementos que os constituem. Esses elementos são as diferenças, as características que diferenciam os sistemas entre si.

Para entendermos melhor o conceito de autopoiesis é necessário compreendermos como ocorre o fechamento operacional, que é quando um sistema visando preservar as suas diferenças fecha-se sobre si mesmo como o objetivo de se auto-reproduzir. A diferenciação é a forma que o sistema utiliza para estabelecer limites com os outros sistemas, caso não houvesse essa característica seria impossível distinguir o que seria um sistema e o que seria o ambiente.

O sistema defendido por Luhmann não é um sistema isolado, que não interage com o ambiente. Esse sistema interage com o ambiente através do acoplamento estrutural que ao trazer para o sistema elementos provenientes do

¹ RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. Niklas Luhmann: a sociedade como sistema. Porto Alegre. EDIPUCRS. 2012. p.20.

ambiente externo faz a sua conversão para a linguagem utilizada pelo sistema através do código binário.

Para explicarmos de uma maneira clara como ocorre essa conversão, podemos usar o sistema jurídico no momento em que interage com o meio ambiente. Os elementos provenientes do ambiente ambiente são convertidos em legal ou ilegal, podendo dessa maneira permitir que a autopoíeses ocorra de forma a não interferir na determinação estrutural, que determina o que pode existir e o que é possível no sistema. Após a apreensão e conversão desse elemento proveniente do ambiente externo, ocorrerá o fechamento operacional do ambiente.

Para Orlando Villas Bôas Filho a teoria dos sistemas de Luhmann concebe a sociedade moderna

em termos de um sistema autopoietico de comunicação que se caracteriza por uma diferenciação funcional em subsistemas auto-referenciais e autopoieticos que, embora sejam cognitivamente abertos, são operacionalmente fechados e que realizam a redução de complexidade por meio de operações seletivas que são balizadas por códigos específicos, imutáveis e não passíveis de serem sobrepostos.²

E ainda

De fato, para Luhmann, a sociedade moderna caracteriza-se por ser funcionalmente diferenciada, o que, o que pressupõe admitir a autonomização dos subsistemas que a compõem com a decorrente perda de prioridade de um desses sistemas sobre os demais, pois uma tal prioridade de um desses subsistemas implicaria a dissolução dessa forma de diferenciação social, que constitui, como se verá adiante, a estrutura da sociedade moderna, na medida em que estabelece a ordem que pauta as relações entre os diversos subsistemas e pré-seleciona suas possibilidades de comunicação. Assim, sob essa ótica, uma situação de prioridade de um sistema em relação aos demais acarretaria inclusive a involução rumo a sociedades caracterizadas por formas de diferenciação menos aptas a lidar com altos graus de complexidade.³

Não podemos esquecer que para Luhmann os sistemas sociais após um determinado grau de complexidade só conseguem se reproduzir caso haja uma diferenciação interna, que além de gerar mais complexidade também permitirá novas formas de redução de complexidade.

² VILLA BÔAS FILHO, Orlando. O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. p.101. São Paulo. Editora Max Limonad. 2006

³ VILLA BÔAS FILHO, Orlando. Op. Cit. p.101

É importante observar que nessa teoria social a sociedade e seus subsistemas são compostos por comunicação e não por indivíduos, sociedade definida como “um sistema de comunicações que integra seletivamente o potencial físico, químico e psíquico da humanidade, e na condução dessa seletividade encontra a sua própria realidade e sua autonomia como sistema”.⁴

Não há uma eliminação dos indivíduos, ao invés de estarem inseridos no subsistema, estão no entorno no ambiente externo podendo dessa maneira interagir com vários sistemas. Cada indivíduo traz em si um sistema psíquico como sistema autopoietico que é diferente dos subsistemas sociais, o que os coloca na posição de ambiente externo, esse é o fator que constitui a individualidade.

As relações entre os sistemas psíquicos e os sistemas sociais são denominadas por Luhmann como interpenetração que ocorre

“entre aqueles sistemas que reciprocamente se percebem como complexidade irreduzível, mas se tornam como dado para a sua respectiva estruturação interna, e constituem assim sua própria complexidade, mantendo-se constante essa relação de recíproca dependência como condição da própria autonomia. Pois bem, se essa forma de contato é possível será porque concorre algum elemento de enlace entre a capacidade de auto-referência de semelhantes sistemas. Esse elemento de mediação é o sentido. Somente através do sentido pode o sistema servir-se dos indivíduos como veículo e centro de imputação de ações e expectativas. E isto se logra mediante o veículo da linguagem, que traduz complexidade social em complexidade psíquica”.⁵

Os indivíduos são para os sistemas apenas um conjunto de expectativas, expectativas que são a base para a estruturação dos sistemas. Essa estruturação do sistema gera uma complexidade social que obriga o sistema social a utilizar o subsistema jurídico como um meio de reduzir essa complexidade.

1.2 O DIREITO NA TEORIA SISTÊMICA

O direito no sistema social representado pelo subsistema jurídico tem como objetivo a redução da complexidade, esse objetivo só é alcançado através da busca

4LUHMANN, Niklas. Op.cit.p.325

5 VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. op.cit.p. 325-326

pela verdade. Entretanto, para que ocorra a legitimação essa busca pela verdade não deve se esgotar nele é necessário a aceitação dessa verdade.

Uma teoria do procedimento necessita de um ponto de vista mais abstrato de relação funcional, que inclua o mecanismo da verdade, mas não se esgote nele. É natural que para isso se apóie na função da verdade e, partindo dela, se procurem outros mecanismos de transmissão funcionalmente equivalentes, de complexidade mais reduzida. Aí deparamos com o mecanismo do poder e o problema da sua legitimidade.⁶

A verdade representada pela decisão no procedimento deve ser aceita e quando necessário, deve ser imposta aos participantes. O Estado como aplicador do direito tem o poder de impor as decisões resultantes do procedimento de modo a garantir a legitimação. Devemos observar que o Estado apenas possui esse poder porque a sociedade permitiu, no entanto, ela ainda participa de modo indireto na aplicação desse poder porque escolhe seus representantes.

É que o poder é também um mecanismo de transmissão de resultados de seleção e até mesmo de obras de seleção produzidas pela decisão. Quem tem o poder pode motivar outros a adotar as suas decisões como premissas de procedimento, portanto, a aceitar como compulsiva uma seleção dentro do âmbito de possíveis alternativas de comportamento. A transmissão intersubjetiva tem, pois, aqui, fundamentos de comportamentos diferentes dos que tinha no caso da verdade. Não pode ser apresentada como consequência da razão de ser do mundo contra a qual uma pessoa se possa absurdamente revoltar. Ela constitui a atenção desejada de uma decisão. A adoção de resultados de uma seleção baseados apenas em decisões, é fato que carece de motivos especiais. A verdade de certas premissas de decisão, por si só, não é suficiente para isso. Portanto, tem de se partir da hipótese de no procedimento se criem essas razões adicionais para a aprovação das decisões e de que, nesse sentido, o poder gere a decisão e a torne legítima, isto é, que se torne independente, pelo imperativo exercido concretamente. Visto desta forma o objetivo do procedimento juridicamente organizado consiste em tornar intersubjetivamente transmissível a redução de complexidade.⁷

Para Luhmann quando o subsistema jurídico exerce a função de redução de complexidade

⁶ LUHMANN, Niklas. A legitimação pelo procedimento. p. 26

⁷ LUHMANN, Niklas. op.cit.p.26

a comunicação autopoietica do direito transmite, tanto na vida cotidiana, como na prática organizada da decisão, a qualidade normativa da comunicação para a comunicação, e reproduz, com isso a si mesmo. Isto pode ser realizado através do símbolo comunicativo “jurídico”, como também por meio do símbolo comunicativo “antijurídico” (mas não, por exemplo, através do símbolo comunicativo “útil”). A ambivalência contraditória assegura a universalidade do código; ele pode ser aplicado a todo o comportamento humano e a todas as situações relevantes neste contexto, já que tudo é ou jurídico, ou antijurídico (mas não: um pouco jurídico).⁸

Significa dizer que o direito como um subsistema auto-referencial deve ter como fundamento a própria comunicação e como um subsistema autopoietico deve buscar a sua legitimidade apenas em si mesmo, para que não corra prejuízos durante a sua clausura operacional.

Para Orlando Villas Bôas Filho como decorrência dessas características

o direito, sobretudo numa sociedade funcionalmente diferenciada, terá a sua autonomia diferenciada, terá a sua auto-reprodução pautada pela paradoxal necessidade de somente ser capaz de se manter mediante sua contínua transformação. Aliás, é daí que decorre a ênfase dada por Luhmann ao fenômeno da positivação do direito, que se institucionaliza o seu caráter mutável. Assim, o direito, visto como um sistema auto-referencial e autopoietico, também será paradoxal, cabendo à teoria que o analisa fornecer os mecanismos teóricos necessários à utilização produtiva de tal paradoxo.⁹

O direito nessa teoria social tem como função reduzir a complexidade da sociedade como um subsistema que forma o seu sistema, isso só é possível porque ele generaliza as expectativas em cada uma das dimensões de sentido. Para entendermos como ocorre essa generalização das expectativas é necessário sabermos a distinção entre as expectativas cognitivas e expectativas normativas, segundo Orlando Villas Bôas Filho

pode-se afirmar que toda e qualquer expectativa consiste numa antecipação do futuro que, enquanto tal, é suscetível de frustração. Assim é que existiriam duas formas de se lidar com a frustração: adaptar a sua expectativa à situação que a frustra ou mantê-la contra tal situação. No primeiro caso se está diante de uma expectativa cognitiva, que aprende e se adapta à situação

⁸ LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. BuscaLegis.cc.j.ufsc.br, Santa Catarina, 28, p.15-29, 1994

⁹ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Op.cit. p.166

que a contraria. No segundo, se está diante de uma expectativa, que se mantém mesmo contra a situação que a decepciona.¹⁰

Para que ocorra a redução da complexidade é necessário que as expectativas sejam diferenciadas entre si, de maneira a conseguir distinguir as expectativas cognitivas das expectativas normativas.

Nessa acepção (inconvenção), a diferenciação entre o cognitivo e o normativo não é definida em termos semânticos ou pragmáticos, nem referenciada aos sistemas afirmativos que as fundamentam ou à contradição entre afirmações informativas e diretivas – mas sim em termos funcionais, tendo em vista à solução de um determinado problema. Ela aponta para o tipo de antecipação da absorção de desapontamentos, sendo assim capaz de fornecer uma contribuição essencial para o esclarecimento dos mecanismos elementares de formação do direito. Ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride.¹¹

Para Luhmann

as expectativas cognitivas são caracterizadas por uma nem sempre consciente disposição de assimilação em termos de aprendizado, e as expectativas normativas, ao contrário, caracterizam-se pela determinação em não assimilar os desapontamentos. O caso do desapontamento é previsto como possível – é sabido que o mundo é complexo e contingente, e que, portanto, os outros podem agir de forma inesperada – mas de antemão isso é considerado irrelevante para a expectativa. Mas essa irrelevância não está fundamentada na experimentação natural – como no caso de se saber que uma casa permanecerá de pé mesmo que outra seja demolida – ela se baseia em processos de neutralização simbólica, pois uma expectativa em si, ou seja como expectativa propriamente dita, não vê indiferentemente sua satisfação ou seu desapontamento.¹²

Essa distinção será importante para que caso ocorra desapontamentos em função delas possa-se prever se haverá ou não assimilação desses desapontamentos, e conseqüentemente evitar que interfiram de forma prejudicial no sistema social.

As expectativas normativas são mantidas apesar de ocorrer desapontamentos, o que se procura fazer é ajustar esses desapontamentos de

¹⁰ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Op.cit. p.p. 187-188

¹¹ LUHMANN, Niklas. op.cit.p.56

¹² LUHMANN, Niklas. op.cit.p.p..56-57

maneira a garantir a continuidade da expectativa e a sua estabilização na sociedade sem prejudicar a sua manutenção.

Ao fazer esse ajuste o subsistema jurídico está cumprindo a sua função através do que Luhmann conceituou como contingência, portanto, pode-se dizer que “complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”.¹³

Portanto, podemos dizer que a diferenciação cumpre a sua função principal ao colocar

*à disposição duas estratégias, diferentes mas mesmo assim funcionalmente equivalentes, para a seqüência da vida após após desapontamentos. Pode-se assimilar ou não. Ambas as possibilidades podem ajudar na superação de situações de desapontamentos, preenchendo assim, apesar das orientações contrárias, a mesma função. O sucesso está baseado no fato de que a mesma função é preenchida não só por comportamentos “semelhantes”, mas por comportamentos diretamente opostos. Isso facilita o encontro de uma solução para qualquer caso de desapontamento. Dependendo da relevância da expectativa e das chances de realizá-la, pode-se optar por sua sustentação ou pela renúncia a ela. Com o auxílio dessa diferenciação a sociedade pode ajustar um compromisso entre as necessidades de adaptação à realidade e de constância das expectativas. Ela institucionalizará cognitivamente expectativas comportamentais, isto é, não censurará seus membros por uma adaptação da expectativa à realidade da ação, se predominar o interesse na adaptação. Ela deslocará e articulará as expectativas ao nível normativo quando forem vitais a segurança e a integração social das expectativas.*¹⁴

Quando a sociedade desloca e articula as expectativas ao nível normativo há uma redução do risco de desapontamentos em todas as suas estruturas, tornando-se sustentável o alto nível de complexidade e contingência. Não podemos esquecer que quando há um aumento da complexidade da sociedade, ocorre também um aumento dos riscos estruturais, o que torna necessário uma maior diferenciação entre as expectativas cognitivas e normativas. Portanto, podemos observar que a separação entre ser e dever ser, ou o que para Luhmann é entre verdade e direito é uma consequência da evolução.

A diferenciação entre expectativas cognitivas e normativas desloca o risco para o interior da estrutura de expectativas onde ele será controlado, trata-se

¹³ LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Edições Tempo Brasileiro, 1983. p.46

¹⁴ LUHMANN, Niklas. op.cit.pp.57-58

não mais de lidar simplesmente com uma “natureza” concretamente impenetrável, indeterminadamente complexa, enganosamente movediça, mas de deslocar o duplo problema de complexidade e da contingência para o interior da própria estrutura de expectativas, que a partir daí é obrigada a sustentá-lo na forma de uma contradição. Em termos de uma expectativa cognitiva isso significa o recuo a suposições hipotéticas sobre a realidade, passíveis de revisão, na forma institucionalizada no conceito de verdade das ciências contemporâneas. Em termos de uma expectativa normativa, por outro lado, isso significa o recuo a uma projeção contrafática, como a exemplarmente realizada através do direito garantido pelo Estado. No caso de expectativas cognitivas essa diferenciação exige medidas que permitam a real assimilação de situações de desapontamento bastante rapidamente e em sentidos nitidamente apontados: já no caso de expectativas normativas ela exige que em situações de desapontamento seja possível a demonstração da sustentação da expectativa. O princípio implícito em ambos os casos sustenta o avanço de uma evolução, e significa o aumento da complexidade interna da estrutura de expectativas, que se torna, assim, mais adequada ao mundo.¹⁵

Para que ocorra a assimilação real é necessário que sejam elaboradas estratégias de minimização de riscos, que ocorre quando é permitido ao indivíduo um comportamento oposto ao esperado. Essa contradição persiste de forma latente e perceptível.

Nas expectativas cognitivas é possível que o desapontamento não seja assimilado, existe por parte do indivíduo uma resistência à adaptação, resistência essa permitida pela sociedade. Entretanto, nas expectativas normativas existem possibilidades de assimilação, mas estas possibilidades são limitadas. Devemos observar que existe uma elasticidade na formulação de algumas normas, permitindo procedimentos adaptativos. Como exemplo podemos usar as mudanças legais que ocorrem no direito para permitir a sua aplicação visando suprir as demandas da sociedade.

Para Luhmann a assimilação ou não do desapontamento não pode ser relegada ao arbítrio privado, ou seja, não cabe ao indivíduo escolher quais as expectativas que serão ou não assimiladas. Nesse caso, a escolha de um ou outro tipo deve ser institucionalizada.

A necessidade da institucionalização surge em função da não satisfação de expectativas, ou seja, o desapontamento

¹⁵ LUHMANN, Niklas.op.cit.p.62

ameaça a continuidade das expectativas de modo pouco relacionado com os prejuízos ou as vantagens efetivas da expectativa do evento concreto. Ela ameaça anular o efeito redutor da expectativa estabilizada, fazer reaparecer a complexidade das possibilidades e a contingência do poder atuar diferentemente, desacreditar a história das expectativas e das comprovações acumuladas. Desapontamentos levam ao incerto. Esse aspecto do problema não se deixa resolver por uma compensação de custos ou benefícios caso a caso. Se a expectativa não pode ser modificada ou substituída por novas seguranças, é ela mesma que precisa ser reconstituída no seu nível funcional generalizado, através de processos simbólicos de exposição das expectativas e de tratamento do evento desapontador.¹⁶

O sistema social é obrigado a lidar com o desapontamento não apenas para evitar que haja uma repercussão dele em seu sistema, prejudicando dessa maneira o seu funcionamento, mas também para que o indivíduo que teve a sua expectativa desapontada esteja preparado para lidar com uma realidade que não corresponda aos seus anseios.

Isso somente é possível através da institucionalização, que ocorre quando um indivíduo tem a sua expectativa apoiada sobre a expectativa de expectativa de um suposto terceiro. Esse terceiro é um indivíduo que compõem a sociedade atuando como espectador a forma como o sistema social irá reagir perante o desapontamento do indivíduo.

A institucionalização só poderá ocorrer se houver um consenso entre os indivíduos que compõem a sociedade, ou seja, determinado comportamento deve ser aceito ou não por todos simultaneamente. Esse consenso atua como pressuposto ao antecipar-se à expectativa sem que haja uma experimentação prévia sobre o comportamento do terceiro anônimo perante a reação do sistema social quando ocorre o desapontamento das expectativas de um determinado indivíduo.

Luhmann estabelece que

Para encontrar soluções bem integráveis, confiáveis, é necessário que se possa ter expectativa não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro. Para o controle de uma complexão de interações sociais não é apenas necessário que cada um experimente, mas também que cada um possa ter uma expectativa sobre a expectativa que o outro tem dele. Sob as condições da dupla contingência, portanto, todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no

¹⁶ LUHMANN, Niklas.op.cit.p.66

desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa é que deve ser localizada a função do normativo- e assim também do direito.¹⁷

O direito ao estabelecer regras que determinam o comportamento dos indivíduos durante o procedimento permite que eles saibam qual será o comportamento uns dos outros, permite que cada um tenha uma expectativa sobre a expectativa do outro.

Entretanto, quando um indivíduo não cumpre essa regra, não se comporta da maneira que o outro “expecta”, o direito ao exercer a sua função, transformará esse comportamento descontente, diferente em um comportamento não aceito pela sociedade. O indivíduo descontente irá contra as expectativas supostamente aceita por todos, ou seja, seu comportamento será diverso do comportamento considerado normal por todos.

Portanto, quem critica chamará a atenção para si mesmo, expondo-se de modo pessoal, também será visto pelos outros indivíduos como alguém que possui a pretensão de liderança. Seu comportamento gerará uma certa instabilidade no sistema social, prejudicando dessa maneira a estrutura do referido sistema, conseqüentemente ele também será responsabilizado pelo aumento da complexidade ocorrido. A crítica resultante da institucionalização deve ser verbalizada para que o indivíduo que a sofrerá não tenha dúvidas sobre a inadequação do seu comportamento no sistema social. É necessário que o indivíduo que sofre essa crítica seja convencido dessa inadequação e, conseqüentemente mude o seu comportamento criticado.

Portanto, podemos observar que é mais fácil para os indivíduos aceitarem uma decisão desfavorável e não ser alvo de críticas do que aceitar ficar em evidência perante os outros.

Segundo Luhmann

nem o alto grau em auto-evidência nem o estilo indeterminado de uma expectativa exclui efetivamente qualquer desapontamento. O desapontamento pode então levar à formação de normas através da normatização a posteriori. Assoma à consciência que não é possível abdicar-se dessa expectativa, tornando-se necessária a exigência de um

¹⁷ LUHMANN, Niklas. op.cit.p.p.47-48

comportamento correspondente. Essa é a forma de pensar o surgimento do direito a partir de desapontamentos. É mais típico, porém, encontrar-se uma saída ao ver o comportamento desapontador em termos estritamente fáticos, como perturbação, isolando-o como exceção, “normalizando-o” no caso de repetição ou de concluir-se por sua inevitabilidade.¹⁸

A institucionalização das expectativas deve estar voltada

para um melhor aproveitamento de um mínimo em experiências simultâneas e sinônimas, distribuindo-as igualmente entre os significados e os momentos socialmente relevantes, tornando o consenso expectável e ativável caso necessário, mas principalmente expandindo as predisposições ao consenso, de tal forma que o “consenso social geral” só precise ser coberto pela experiência atual de algumas pessoas, em alguns sentidos e em alguns momentos. Dessa forma, a função das instituições reside menos na criação e mais na economia do consenso que é atingida, principalmente, na medida em que o consenso é antecipado na expectativa sobre expectativas, ou seja, como pressuposto, não mais precisando, em geral, ser concretamente expresso. É essa institucionalização que permite uma comunicação rápida, precisa e seletiva entre pessoas. Pode-se trocar fluentemente de situações e parceiros, sem perder a base de entendimento e ter que reconstituí-la repetidamente. Quando a institucionalização envolve desconhecidos, até mesmo neles pode ser presumido um consenso, e suposto que mesmo sem um entendimento prévio explícito exista uma concordância genérica quanto a um conjunto mínimo de expectativas sobre expectativas.¹⁹

Luhmann ao determinar que não cabe ao indivíduo escolher quais expectativas serão assimiladas ou não, coloca a institucionalização em um papel de destaque no controle que o sistema social faz sobre as expectativas dos indivíduos e seus reflexos na sociedade, porque somente através dela o referido sistema poderá decidir quais serão as expectativas que deverão ser assimiladas, e também como o direito lidará com os desapontamentos.

Todavia, o processo de institucionalização enfrentará alguns obstáculos entre os quais destacaremos a dificuldade de obter a atenção do terceiro anônimo. Essa dificuldade ocorre principalmente por causa da capacidade limitada de atenção do terceiro anônimo, originada no fato de que ele sempre possuirá outras situações que monopolizarão a sua atenção.

¹⁸ LUHMANN, Niklas. op.cit.p.59

¹⁹ LUHMANN, Niklas. op.cit.p.80

Para que a atenção do terceiro anônimo seja voltada para o processo de atenção é necessário que ele seja cortejado, tenha seu interesse despertado e através desse fato assumo o papel profissional de terceiro não participante.

Como consequência do processo de institucionalização o direito possuirá como aquisições evolutivas o auto comprometimento do terceiro anônimo, um grupo de referência que institucionaliza de forma parcial os desapontamentos das expectativas e a institucionalização da função institucionalizante.

Isso somente é possível porque o direito possui um conjunto de normas pré-estabelecidas e abstratas que permite a adoção dos papéis por qualquer um dos indivíduos que compõem a sociedade. A abstração das normas além de proteger o indivíduo cujo o desapontamento não foi assimilado, permite que após a reestruturação das suas expectativas através do procedimento, ele volte a posição anteriormente ocupada por ele na sociedade.

No Direito Civil esse conjunto de normas é representado pelo Código de Processo Civil que rege o comportamento dos indivíduos durante o procedimento.

Adiante analisaremos de forma mais precisa como o Código de Processo Civil rege a participação do indivíduo através da prova na construção do procedimento, visando evitar que o seu desapontamento prejudique a sua vida em sociedade, e conseqüentemente garantindo a manutenção do sistema social através da atuação do direito.

PARTE II

A PROVA

2.1. A PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Para Luiz Guilherme Marinoni e Arenhart Cruz Arenahrt a prova no Direito Processual Civil é “todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.”²⁰

Sobre o assunto Ovídio Batista da Silva escreveu

No domínio do processo civil, onde o sentido da palavra prova não difere substancialmente do sentido comum, ela pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam, para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos, que haverão de basear a convicção do julgador, quanto o instrumento por meio do qual essa verificação se faz.²¹

O vocábulo prova também pode significar o convencimento que se adquire a respeito da existência de um determinado fato apresentado por uma das partes durante o contraditório.

O art. 332 do Código de Processo Civil traz os meios de provas que as partes poderão utilizar para provar determinado fato apresentado por elas, esses meios são todos os considerados moralmente legítimos e que sejam hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa. O Código de Processo Civil admite outros meios que não estejam especificados em seu texto, ou seja, a parte pode trazer ao processo qualquer prova que entenda que seja necessário para provar as suas alegações.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENAHRT Sérgio Cruz. Prova. 2 ed.rev.e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 59

²¹SILVA, Ovídio Batista da. Curso de Processo Civil: v.1: Processo de Conhecimento. 5.ed.rev.e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.337.

Para Ovídio Batista da Silva podem considerar-se meios de prova não a atividade, mas os instrumentos de que as partes e o juiz se valem para obter o conhecimentos dos fatos a provar; ou tanto a atividade quanto os instrumentos.²²

O art. 131 do Código de Processo Civil determina que o juiz aprecie 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.

O Código de Processo Civil também determina quais os fatos que não precisam ser provados pelas partes.

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I- notórios;

II- afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III- admitidos, no processo, como incontroversos;

IV- em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Segundo o Código de Processo Civil há confissão quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao seu adversário.

Art. 348. Há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. A confissão é judicial ou extrajudicial.

Art.349. A confissão judicial poderá ser espontânea ou provocada. Da confissão espontânea, tanto que requerida pela parte, se lavrará o respectivo termo nos autos; a confissão provbocada constará do depoimento prestado pela parte.

Parágrafo único. A confissão espontânea pode ser feita pela própria parte, ou por mandatário com poderes especiais.

Art. 350. A confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes.

Parágrafo único. Nas ações que versarem sobre bens imóveis ou direitos sobre imóveis alheio, a confissão de um cônjuge não valerá sem a do outro.

Art. 351. Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.

Art. 352. A confissão, quando emanar de erro, dolo ou coação pode ser revogada:

I -por ação anulatória, se pendente o porcesso em que foi feita;

II -por ação rescisória, depois de transitada em julgado a sentença, da qual constituir o único fundamento.

Parágrafo único. Cabe ao confitente o direito de propor a ação, nos casos de que trata esse artigo; mas, uma vez iniciada, passa aos seus herdeiros.

²²SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. v.1. Processo de conhecimento. 7ª. ed. Rev.e atual. Rio de Janeiro,2006.pp.334-335

Art.354. A confissão é, de regar, indivisível, não podendo a parte, que a quiser invocar como prova, aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável. Cindir-se-á, todavia, quando o confitente lhe aduzir fatos novos, suscetíveis de constituir fundamento de defesa de direito materia ou de reconvenção.

Quando ocorre a confissão não será mais necessário que a parte que alegou o fato apresente provas que sustentem essa alegação durante o contraditório. Nessa situação o juiz devera considerar esse fato como verdadeiro na decisão, mesmo que não esteja convencido da sua veracidade.

A confissão é apenas afirmação de que determinado fato ocorreu de certa forma. Diante dela, *para as partes* há a verdade, razão por que não podem produzir outras provas sobre o fato confessado. Para o juiz, contudo, a vinculação a essa “verdade das partes” apenas ocorrerá se outros meios de prova existentes nos autos não infirmarem essa conclusão lógica.²³

Os artigos 300 e 302 do Código de Processo Civil determinam que o réu se manifeste sobre os fatos narrados pelo autor na petição inicial. Quando não contestados pelo réu os fatos alegados pelo autor, estes serão considerados verdadeiros.

Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados.

As exceções à essa regra também estão presentes no art.302

- I - Se não for admissível, a seu respeito, a confissão;
- II - Se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a considerar da substância do ato;
- III - Se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Entretanto, não podemos confundir fatos provados com fato dispensado de prova

²³MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil. v.2 Processo de conhecimento. 7.ed.rev.e .atualiz.2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2008.

Fato não contestado não é fato provado; a regra do art. 302 apenas dispensa o fato não contestado de prova. A norma do art. 302, em outras palavras, não tem por escopo fornecer ao juiz elementos de convicção, mas reduzir a massa dos fatos controversos, visando tornar mais eficiente a prestação jurisdicional.²⁴

Caso não haja normas jurídicas que possam ser aplicadas á um determinado caso concreto o Código de Processo Civil determina que

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

A prova não se destina a provar fatos, mas sim afirmações de fato. É, com efeito, a alegação, e não o fato, que pode corresponder ou não à realidade daquilo que se passou fora do processo. O fato não pode ser qualificado de verdadeiro ou falso, já que esse existe ou não existe. É a alegação do fato que, em determinado momento, pode assumir importância jurídico-processual e, assim, assumir relevância a demonstração da veracidade da alegação do fato.

2.2 OS MOMENTOS DA PROVA NO CONTRADITÓRIO

A prova é o instrumento que possui como objetivo demonstrar a veracidade dos fatos apresentados pela parte, visando o convencimento do juiz no aspecto de que as suas alegações são as que devem ser consideradas no procedimento.

O objeto da prova é o fato alegado pela parte, sendo seu destinatário o juiz. Quanto ao sistema de valoração o nosso Código de Processo Civil optou pelo sistema de sistema da persuasão racional do livre convencimento motivado pelo juiz.

As provas não possuem um peso determinado, podendo o juiz formar seu convencimento e expressá-lo, desde que aponte os fundamentos que o orientaram.

No direito processual civil o ônus da prova é de incumbência da parte que alegou determinado fato, com exceção do que ocorre no direito do consumidor.

²⁴MARINONI, Luiz Guilherme; ARENAHRT, Sérgio Cruz. op.cit.p.285

Dessa forma

A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando à vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar secundum allegata et probata partium e não secundum propriam suam conscientiam – e daí o encargo, que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus).²⁵

O art. 333 do CPC determina que

art.333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Para Ovídio Baptista

como todo o direito se sustenta em fatos, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça. Pode-se, portanto, estabelecer, como regra geral dominante de nosso sistema probatório, o princípio segundo o qual à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Em resumo, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados existentes.

É necessário distinguir ônus de obrigação. A parte agravada com o ônus não está obrigada a desincumbir-se do encargo, pois não faz sentido dizer que alguém tenha direito a que outrem faça prova no seu próprio interesse.²⁶

A regra do ônus da prova pode dirigir-se tanto para as partes quanto para o juiz. Quando é dirigida ao juiz a sua função é direcionada ao seu convencimento e a sua decisão. Ou seja, para que seja aplicado o disposto no art. 333, o juiz deve possuir alguma dúvida sobre as provas que sustentam determinada alegação, dúvida que impossibilite a formação de uma decisão.

²⁵ ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrino; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo . 28 ed.rev e atual. São Paulo. Malheiros Editores, 2012, p. 387.

²⁶SILVA, Ovídio A.Baptista da. Op.cit.p.326

Pode-se dizer que a inversão do ônus da prova só poderá ocorrer quando o juiz possuir uma motivação plausível para a sua aplicação.

Os momentos em que as provas são produzidas pelas partes são regidos pelo Código de Processo Civil, iniciando-se com a petição inicial da parte autora e esgotando-se na audiência de instrução e julgamento. Durante a etapa postulatória as partes devem obedecer ao que determina o art. 396, a parte deve instruir a petição inicial (art.283), ou a resposta (art.297), com todos os documentos que possam provar as suas alegações.

Entretanto, a parte autora ainda tem a possibilidade de especificar, caso não tenha feito na petição inicial, as provas que pretende produzir durante a audiência, essa situação geralmente ocorre quando o réu não contesta a ação e não gera o efeito da revelia.

Quando essa situação ocorrer, o juiz determinará que a parte autora especifique as provas que pretende produzir durante na audiência conforme determina o art. 324

Caso não haja conciliação durante a audiência preliminar, após a decisão de saneamento inicia-se a fase de instrução que irá até a audiência de instrução e julgamento. É nessa fase que ocorre a maior da produção das provas conforme o disposto no art. 331

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

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º

No entanto, antes da fixação dos pontos controvertidos e da determinação das provas que devem ser produzidas, é necessário que o juiz permita um diálogo entre as partes de forma a observar o que é considerado controvertido e o porquê cada parte o considera controvertido. Não basta as partes alegarem que um fato é

controvertido, é necessário demonstrar de maneira clara e objetiva o motivo pelo qual não consideram que esse fato precise ser discutido durante o procedimento.

Em outras palavras

fixado o fato controvertido, decide-se sobre aquele que tem o ônus de prová-lo. Lembre-se que, nessa oportunidade, também deve ser decidido se o ônus da prova deve ser invertido, aplicando-se, se for o caso, o art. 6º, VII, do CDC. Definidos os fatos controvertidos e quem tem o ônus de prová-los, resta ao juiz, em consonância com o já decidido, deferir a produção das provas requeridas, designando audiência de instrução, se necessário.²⁷

A fixação dos fatos controvertidos

tem os objetivos de: i) racionalizar o desenvolvimento do processo, de maneira que não se perca energia com fatos não controvertidos; ii) facilitar a compreensão das provas necessárias e adequadas; e iii) abrir oportunidade à antecipação da tutela relativa a parcela do pedido ou a um dos pedidos cumulados incontroversos.²⁸

Antes de proferir a decisão, caso o juiz ainda não esteja convicto das alegações das partes, as provas trazidas por estas não o tenham convencido ainda, poderá ele de ofício determinar a produção das provas. Entretanto, essa participação do juiz na produção das provas só pode ocorrer em situações bem específicas, geralmente essa situação ocorre em relação às provas periciais.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart

a prova de ofício, além de ter de ser adequadamente justificada pelo juiz, deve abrir às partes a devida oportunidade: i) de considerar sobre a sua oportunidade; ii) de participar da sua produção; e iii) de falar sobre o seu resultado. Portanto, a possibilidade da participação do juiz na produção da prova não retira das partes a possibilidade de participar da formação (produção) e da interpretação da prova (consideração dos seus resultados). Isso quer dizer que a oportunização à participação das partes continua a ser fonte de legitimação do processo. Não só porque são as partes que influem sobre a formação e o resultado da prova, mas especialmente porque a prova de ofício, além de ter os mesmos limites de qualquer outro meio de prova, jamais poderá suprir a participação das partes em relação ao próprio requerimento de produção da prova, já que essas – e não o juiz- têm as melhores condições de saber quais provas devem ser produzidas. A participação das partes é imprescindível para a formação do convencimento

²⁷MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. op.cit.p.248

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. Cit p.186

judicial, ainda que, em alguns, o juiz possa atuar de ofício. Ou melhor: a consciência de que a atuação do juiz, em tais casos, é supletiva evidencia que a oportunidade de participação é fundamental à legitimação do processo.²⁹

Podemos observar que a participação do juiz pode ocorrer na produção de provas durante o procedimento pode ocorrer, mas não com o objetivo de substituir a participação das partes. O juiz devera apresentar argumentos que validem a sua participação, caso isso não ocorra as partes poderão questionar as provas produzidas durante esse ato.

Caso os argumentos usados pelo juiz sejam válidos, assim mesmo, as partes terão a oportunidade de se manifestar sobre essas provas, geralmente após o ingresso delas ao procedimento é dado as partes a possibilidade de se manifestar sobre elas.

Como visto anteriormente, a audiência preliminar é importante porque nela ocorre a fixação dos fatos controversos que deverão ser provados pelas partes antes da audiência de instrução e julgamento.

A audiência de instrução e julgamento é regida pelo Código de Processo Civil nos seguintes artigos:

Art.450. No dia e hora designados, o juiz declarará aberta a audiência, mandando apregoar as partes e seus respectivos advogados.

Art.451. Ao iniciar a instrução, o juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova.

Art.452. As povas serão produzidas na audiência nesta ordem:

I -o perito e os assistentes técnicos responderão aos quesitos de esclarecimentos, requeridos no prazo e na forma do artigo 435;

II -o juiz tomará os depoimentos pessoais, primeiro do autor e depois do réu;

III -finalmente, serão inquiridas as testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu.

Art.453. A audiência poderá ser adiada:

I -por convenção das partes, caso em que só será admissível uma vez;

II -se não puderem comparecer, por motivo justificado, o perito, as partes, as testemunhas ou os advogados.

§ 1º Incumbe ao advogado provar o impedimento até a abertura da audiência; não o procedendo o juiz procederá a instrução.

§ 2º Pode ser dispensada pelo juiz a produção de provas requeridas pela parte cujo advogado não compareceu à audiência.

§ 3º Quem der causa ao adiamento responderá pelas despesas acrescidas.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. Op. Cit. p.87

Art. 454. Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e ao do réu, bem como ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de vinte minutos para cada um, prorrogável por dez, a critério do juiz.

§ 1º Havendo litisconsórcio ou terceiro, o prazo, que formará com a prorrogação um só todo, dividir-se-á entre todos os do mesmo grupo, se não convencionarem de modo diverso.

§ 2º No caso previsto no artigo 56., o oponente sustentará as suas razões em primeiro lugar, seguindo-se-lhe os opostos, cada qual pelo prazo de vinte minutos.

§ 3º Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate poderá ser substituído por memoriais, caso em que o juiz designará dia e hora para o seu oferecimento.

Art.455. A audiência é una e contínua. Não sendo possível concluir, num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, o juiz marcará o seu prosseguimento para dia próximo.

Art.456. Encerrado o debate ou oferecidos os memoriais, o juiz proferirá a sentença desde logo ou no prazo de dez dias.

Para Ovídio A. Baptista da Silva a audiência é a fase mais importante de todo o procedimento civil

destinada não só a possibilitar o contato direto do juiz com as partes e seus procuradores – e por meio deles o contato pessoal e imediato com as raízes sociais do conflito-, mas fundamentalmente para nela produzirem-se as provas orais, como o interrogatório e os depoimentos pessoais das partes, a inquirição das testemunhas e os esclarecimentos dos peritos. Daí dizer-se, quando se quer aludir à audiência onde deve ter lugar a decisão da causa, “audiência de instrução e julgamento”. Nem sempre, porém, a decisão da causa é proferida pelo juiz desde logo na própria audiência, embora este seja o procedimento recomendável. Em geral, os juízes, ou por excesso de serviço que os impede de examinar previamente com a necessária atenção o processo, ou porque as questões debatidas nas causas sejam complexas, acabam encerrando a instrução e os debates orais e ordenando que os autos lhes venham conclusos para a sentença que, em certos casos, só muito tempo depois será publicada.³⁰

A denominação audiência de instrução e julgamento gera a suposição de que a instrução da causa e conseqüentemente o seu julgamento ocorra somente nesse tipo de audiência, o que não ocorre realmente, tendo em vista que o convencimento do juiz inicia-se com o recebimento da petição inicial da parte autora.

Analisaremos a seguir de forma mais detalhada os tipos de prova que são produzidas durante esses momentos.

³⁰SILVA, Ovídio A. Baptista. op.cit.pp.371-372.

2.3 OS TIPOS DE PROVAS

2.3.1 PROVA EMPRESTADA

Prova emprestada é a prova que foi produzida em outro processo mas é trazida para o processo em andamento em razão da sua necessidade. É uma tentativa de otimizar os atos processuais. Em algumas situações pode não ser mais possível colher essa prova, por causa de uma circunstância o que é considerado um motivo mais que suficiente para que ocorra seu empréstimo.

Sobre esse tipo de prova pode-se dizer que

a sua legitimidade depende da efetividade do princípio do contraditório. A prova pode ser trasladada de um processo a outro, desde que as partes do processo para o qual a prova deve ser trasladada tenham participado adequadamente em contraditório do processo em que foi produzida originariamente. Sabe-se que o exercício do poder estatal através do processo jurisdicional há de ser legítimo, e a legitimidade do exercício desse poder somente pode ser conferida pela abertura à participação dos contendores. Em outras palavras: se o processo jurisdicional deve refletir o Estado Democrático de Direito, sua idéia básica é garantir aos interessados participação efetiva no procedimento que vai levar à edição da decisão.³¹

2.3.2 DEPOIMENTO PESSOAL

No Código de Processo Civil há duas formas de depoimento pessoal, o depoimento pessoal e o interrogatório livre:

art.342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Art. 343. Quando o juiz não determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento.

§1º A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor.

§2º Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão.

Art.344. A parte será interrogada na forma prescrita para a inquirição de testemunhas.

Parágrafo único. É defeso, a quem ainda não depôs, assistir ao interrogatório da outra parte.

³¹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. op.cit.p.291.

Art.345. Quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado, ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor.

Art.346. A parte responderá pessoalmente sobre fatos articulados, não podendo servir-se de escritos adrede preparados; o juiz lhe permitirá, todavia, a consulta a notas breves, desde que objetivem completar esclarecimentos.

Art. 347. A parte não é obrigada a depor de fatos:

I - criminosos ou torpes, que lhe forem imputados;

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de filiação, de separação judicial e de anulação de casamento.

Pode-se observar que há uma diferença entre esses dois tipos de depoimento pessoal, apesar de serem tratados como se fossem iguais pelo CPC. O interrogatório livre é uma forma do juiz obter um melhor esclarecimento sobre os fatos alegados pelas partes. O depoimento pessoal propriamente dito possui um caráter mais probatório, que tem como principal objetivo a obtenção da confissão da parte contrária.

O interrogatório livre pode ocorrer em qualquer fase do procedimento, sendo determinado de ofício pelo juiz. Já o depoimento pessoal só poderá ocorrer na audiência de instrução e julgamento e deve ser solicitado pela parte contrária.

2.3.3 EXIBIÇÃO DE COISA OU DOCUMENTO

O Código de Processo Civil determina em seu art. 399

art.399. O juiz requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição:

I - as certidões necessárias à prova das alegações das partes;

II - os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração indireta.

§ 1º Recebidos os autos, o juiz mandará extrair, no prazo máximo e improrrogável de trinta dias, certidões ou reproduções fotográficas das peças indicadas pelas partes ou de ofício, findo o prazo, devolverá os autos à repartição de origem.

§ 2º As repartições públicas poderão fornecer todos os documentos em meio eletrônico conforme disposto em lei, certificando, pelo mesmo meio, que se trata de extrato fiel do que consta em seu banco de dados ou documento digitalizado.

A exibição será determinada geralmente na fase de saneamento do processo, quando o juiz decide sobre as provas que devem ser produzidas no procedimento para a formação da decisão resultante.

2.3.4 PROVA DOCUMENTAL

A parte que busca comprovar alguma alegação através da prova documental deve apresentá-la juntamente com a petição inicial ou com a sua resposta. Caso não seja possível apresentá-la nessas situações deverá requerer a sua produção nas situações descritas acima, essa produção será geralmente deferida na audiência preliminar.

A prova documental tem por característica

típica a circunstância de, diretamente, demonstrar o fato pretérito. Através desse meio de prova, o juiz tem conhecimento do fato sem qualquer interferência valorativa outra, que não a sua própria. A interferência humana no fato, diante da prova documental, cinge-se à formação da coisa (documento) e a reconstrução do fato no futuro (pelo juiz ou pelas partes, por exemplo). Não há, como ocorre com a prova testemunhal ou com a prova pericial, mediação nessa reconstrução.³²

É necessário fazer uma distinção entre prova documental e prova documentada, a primeira é aquela através da qual se tem uma representação imediata do fato a ser reconstruído. A segunda continua tendo a sua característica de prova indireta mesmo quando transferida para um documento, por exemplo, podemos citar o que ocorre com a prova testemunhal quando é reduzida a termo para ser inserida nos autos.

Através dessa distinção é fácil perceber que há uma diferenciação entre documento e instrumento, sendo considerado como documento toda a coisa capaz de representar um fato, podendo constituir uma prova documental se estiver apta a indicar de forma direta esse fato, ou prova documentada quando a representação do fato ocorre de forma indireta.

³²MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. op.cit.p.341

2.3.5 PROVA TESTEMUNHAL

A prova testemunhal é obtida por meio das declarações de um indivíduo que não integra a relação processual. Não há limitações à esse meio de prova, somente as trazidas pelo Código de Processo Civil nos seguintes artigos

art. 400. A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre os fatos:

I – já provados por documento ou confissão da parte;

II – que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.

Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.

A requisição para a prova testemunhal deve ser feita na petição inicial do autor e na contestação do réu, não sendo obrigatório a apresentação do rol, ou seja, o pedido pode ser genérico.

Após a admissão desse tipo de prova, o juiz determinará que a parte interessada apresente com antecedência mínima de 10 dias da adata da audiência de instrução e julgamento o rol das testemunhas contendo as suas qualificações.

Art. 407. Incumbe às partes, no prazo que o juiz fixará ao designar a data da audiência, depositar em cartório o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, profissão, residência e o local de trabalho; omitindo-se o juiz, o rol será apresentado até dez dias antes da audiência.

Parágrafo único. É lícito a cada parte oferecer, no máximo, dez testemunhas, quando qualquer das partes oferecer mais de três testemunhas para a prova de cada fato, o juiz poderá dispensar as restantes.

O Código de Processo Civil ainda determina que durante o depoimento

Art.406. A testemunha não é obrigada a depor de fatos:

I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consanguíneos ou afins, linha reta, ou na colateral em segundo grau;

II -a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

O juiz interrogará a testemunha sobre os fatos articulados, podendo as partes formularem perguntas visando o esclarecimento ou a complementação do depoimento, conforme determinado no art. 416 do Código de Processo Civil.

Caso haja divergência entre os depoimentos das testemunhas, ou de testemunha e parte, o juiz poderá determinar a acareação de ambas e ouvi-las em conjunto.

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

2.3.6 PROVA PERICIAL

Esse tipo de prova é admissível quando há a necessidade de informações que depende de informação especial, ou de conhecimento técnico.

O juiz somente indeferirá a prova pericial quando

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

Para que esse tipo de prova seja considerado legítimo, é necessário que as partes participem da sua formação, através da indicação do assistente técnico e apresentando quesitos.

Art.421. O juiz nomeará o perito, fixando de imediato o prazo para a entrega do laudo.
§ 1º Incumbe às partes, dentro de cinco dias, contados da intimação do despacho de nomeação do perito;
I -indicar o assistente técnico;
II -apresentar quesitos.
§ 2º Quando a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência e julgamento a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado

Sobre esse tipo de prova pode-se afirmar que

a elucidação do fato que requer conhecimento técnico não interessa apenas ao juiz, mas fundamentalmente às partes, que têm o direito de discutir de forma adequada a questão técnica, mediante , se for o caso, a indicação de assistentes técnicos.³³

2.3.7 INSPEÇÃO JUDICIAL

A inspeção judicial pode ser realizada a pedido das partes ou determinada de ofício pelo juiz. Através da inspeção judicial o juiz terá contato direto com a fonte da produção da prova e participará ativamente desse processo.

Segundo o Código de Processo Civil

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

Art. 441. Ao realizar a inspeção direta, o juiz poderá ser assistido de um ou mais peritos.

Art.442. O juiz irá ao local, onde se encontre a pessoa ou coisa, quando:

I - julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos ou graves dificuldades;

III – determinar a reconstituição dos fatos.

Parágrafo único. As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que repute de interesse para a causa.

Art. 443. Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa.

Parágrafo único. O auto poderá ser instruído com desenho, gráfico ou fotografia.

2.3.8 PROVA ILÍCITA

Para Ovídio A. Baptista o processo civil

não é um campo de batalha no qual fosse permitido a cada contendor o emprego de todos os meios úteis e capazes de conduzir ao triunfo sobre o “inimigo”; ao contrário, o processo civil é instrumento destinado a tornar efetiva a observância e aplicação da lei e, em certos casos, é organizado para a solução de conflitos legais, de tal modo que seu emprego deve ser feito segundo padrões juridicamente válidos e legítimos, não sendo admissível que o magistrado – tanto no processo penal quanto no de qualquer outra natureza – se valha de expedientes e métodos ilegais, ou moralmente reprováveis, para assegurar o império da lei e do direito,

³³MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz.op.cit. p.81

movido pelo falso e universalmente recusado princípio de que “ o fim justifica todos os meios”³⁴.

Entretanto para o referido autor a doutrina contemporânea tem tolerado a utilização de provas obtidas por meios ilícitos ou ilegítimos, isso ocorre por causa das tecnologias usadas para a obtenção dessas provas, muitas vezes sem o conhecimento do indivíduo contra a qual será utilizada.

As provas que utilizam métodos violentos ou que invadem a intimidade do indivíduo também pode ser enquadrada nessa situação.

Quando o Código de Processo Civil em seu art.332 determina que todos os meios legais são hábeis para provar os fatos alegados pela parte não faz uma distinção precisa e clara entre o direito e a moral, sendo necessário que a sua aplicação ocorra de forma a não violar o disposto no art. 5º , LVI da Constituição Federal. Este artigo determina que são inadmissíveis , no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, tornando necessário que considere-se moralmente ilegítimos todos os meios que não sejam legítimos para o direito.

A recusa às provas obtidas por meios ilícitos no processo não ocorre de modo absoluto, existindo exceções que admitem o uso dessas provas em determinadas circunstâncias. Entretanto, quando analisamos o procedimento idealizado por Luhmann não podemos admitir essas exceções porque elas poderiam prejudicar o funcionamento do sistema jurídico.

A seguir, faremos uma análise da função do contraditório na teoria sistêmica, de modo a evidenciar a importância da prova como instrumento de participação das partes na construção do procedimento.

³⁴SILVA Ovídio A.Baptista da. op.cit.p.337.

PARTE III

3. O CONTRADITÓRIO NA TEORIA SISTÊMICA

3.1 O PROCEDIMENTO COMO UM SISTEMA SOCIAL

Tércio Sampaio Ferraz Junior diz que

a função legitimadora do procedimento não está em se produzir consenso entre as partes, mas em tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão. Um comportamento contrário é possível, mas a parte que teima em manter sua expectativa decepcionada acaba pagando um preço muito alto, o que a força a ceder. Neste sentido, a função legitimadora do procedimento não está em substituir uma decepção por reconhecimento, mas em imunizar a decisão final contra decepções inevitáveis.³⁵

Para Luhmann os procedimentos

geram não só conhecimentos permanentes, como também ilusões permanentes. A sua função não consiste em impedir desilusões, mas sim em trazer as desilusões inevitáveis para uma forma última de ressentimento particular difuso, que não pode converter-se em instituição.³⁶

E ainda

A função do procedimento é, portanto, a especificação do descontentamento e o fracionamento e absorção dos protestos. A força motriz do procedimento é, porém, a incerteza quanto aos resultados. Esta incerteza constitui a força impulsionadora do procedimento, o fator efetivo de legitimação. Daí que ela tenha de ser tratada e mantida no procedimento com todos os cuidados e através dos meios do protocolo.³⁷

Os indivíduos descontentes são trazidos para um espaço isolado da sociedade, de modo a não corromper todo o sistema, onde é permitido o conflito entre eles. Não podemos esquecer que esse conflito possui regras próprias e

³⁵ LUHMANN, Niklas. A legitimação pelo procedimento, Trad.de Mariada Conceição Côrte-Real. Brasília. Editora Universidade de Brasília. Brasília.1980. p.4

³⁶ LUHMANN, Niklas. op.cit.p.95

³⁷LUHMANN, Niklas.op.cit.pp.97-98

abstratas que podem ser aplicadas a todos os indivíduos em geral, deixando perceptível que não há uma personalização dessas regras.

A estrutura de um sistema de procedimento é, primeiramente, delineada por normas jurídicas gerais, válidas para diversos procedimentos. Estas normas não constituem, porém, o procedimento propriamente dito e uma justificação por recurso a elas não constitui a legitimação pelo procedimento. Contudo, elas reduzem a tal ponto o número ilimitado de formas possíveis de comportamento, que se torna possível, sem incômodas discussões prévias sobre o sentido e finalidade de uma reunião, por procedimentos individuais em movimento como sistema, definir a sua temática e os seus limites e tornar os participantes conscientes disso. Como sistemas corretos de ação, esses procedimentos ocupam um lugar único no espaço e no tempo. Adquirem uma perspectiva que lhes é peculiar quanto ao seu ambiente e quanto ao seu próprio significado, manifestando-se numa conjuntura especial de acontecimento, símbolos e representações e reconhecendo-se como regra geral, com rapidez.

Esse espaço isolado é caracterizado por Luhmann como um procedimento regido pelo direito e que tem como base a comunicação, como acontece com todos os subsistemas que formam o sistema social e, portanto, a ele são aplicados todos os conceitos da teoria sistêmica.

Em seu livro “A legitimação pelo procedimento” Luhmann destaca que uma das características mais surpreendentes do processo é que a ação neles é contraditória, é permitida uma ação dirigida contra os outros.

Ocorre uma “institucionalização dos conflitos” trazendo vantagens para os participantes que a aderem, essa institucionalização é necessária para que os conflitos sem solução sejam substituídos por conflitos com solução, evitando assim a generalização.

A generalização deve ser evitada porque permite conflitos desnecessários, originados pela falta de consenso entre os participantes e por impedimentos interpostos por estes, visando prejudicar-se mutuamente. Com a institucionalização os participantes são direcionados para instituições que através dos procedimentos judiciais não permitem que os interessados interfiram no resultado de modo a conseguir uma decisão favorável para si, prejudicando dessa forma uns aos outros.

Nessas instituições há uma restrição temática para todos os participantes, a diferenciação funcional da posição dos participantes também ocorre considerando essa restrição

Para Luhmann

No conflito institucionalizado, pelo contrário, não há nenhuma luta válida para além do direito à luta e portanto, também nenhuma luta perante a justificabilidade de auto-representações controversas. Desta forma são captadas para a auto-declaração as mais graves conseqüências; isso impedirá que, de disfarces ameaçados ou destruídos, ressuscitem conflitos renovados, determinados por sentimentos cada vez mais fortes, e conseguir-se á manter a situação sobre controle. Os participantes já não podem apresentar o seu direito na pura afirmação, na intensidade da conservação das suas expectativas, têm de moralizá-lo, isto é, vinculá-lo a uma projeção das possibilidades de uma futura convivência social.³⁸

Portanto, podemos observar que o contraditório é o conflito permitido entre as partes, um conflito com regras definidas de modo abstrato e que tem como objetivo evitar que esse descontentamento reflita na vida em sociedade. As regras que regem o contraditório são as que estão presente no Código de Processo Civil.

3.2 A PROVA COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO DAS PARTES NO CONTRADITÓRIO

A participação das partes na construção da decisão é trazida por Luhmann ao dizer que

Um procedimento não pode ser considerado como uma seqüência fixa de ações determinadas. As ritualizações possuem uma função específica, fixam a ação estereotipada e criam assim segurança, independente das conseqüências fáticas que são depois atribuídas a outras forças que não a ação. Não podemos interpretar o procedimento como rito nos atuais sistemas de decisão. Do ponto de vista histórico, os procedimentos de decisão resultam da combinação de procedimentos arcaicos de arbitragem, sem decisões obrigatórias, e rituais coatores para obtenção de uma decisão sobrenatural. Com o decurso inevitável do ritual, é característico para o processo legal, que a incerteza do resultado e suas conseqüências e a sinceridade das alternativas de comportamento no contexto da atuação e da sua estrutura de motivações, entrem em consideração e aí sejam elaboradas. As decisões seletivas dos participantes, que eliminam as alternativas, reduzem a complexidade, absorvem a incerteza ou transformam a complexidade indeterminada de todas as probabilidades em uma problemática determinável e compreensível.³⁹

³⁸ LUHMANN, Niklas. Op. Cit. p.88

³⁹LUHMANN, Niklas.op.cit.37-38

No entanto, essa participação das partes no procedimento deve ser regida por normas jurídicas pré-estabelecidas que determinem os momentos no qual cada parte se manifestará durante o contraditório como visto anteriormente. Podemos observar essa necessidade de normas quando Luhmann define o conceito de autonomia

A autonomia dos processos judiciais se verifica quando os pontos de vista vão se aprofundando no procedimento, pontos de vista esses que determinam a atuação seguinte no processo e que determinam sobretudo o resultado. Pode-se estender às informações que se podem inferir quanto às normas ou aos fatos e pode-se estender também ao comportamento próprio dos sistema, que se pode escolher perante essas informações. Cada seleção é um exercício de autonomia, como é também a seleção da lei, que se pode utilizar numa conjuntura de fatos que adquiriram força no procedimento. E todos os participantes podem de acordo com as possibilidades que o seu papel lhes dá, participar nesta autonomia.⁴⁰

Para que ocorra a autonomia do procedimento é necessário que tenhamos a diferenciação. Segundo Luhmann

Diferenciação não quer dizer isolamento causal ou comunicativo, trata-se de construir um ambiente intelectual, de forma a que os processos seletivos de elaboração de informações do meio ambiente possam ser orientados por regras e decisões próprias do sistema. Portanto, que estruturas e acontecimentos do meio ambiente não sejam automaticamente válidas no sistema, mas sim que só possam ser reconhecidas após filtragem de informações. A diferenciação só pode ser realizada pelo estabelecimento autônomo do procedimento judicial e avança tanto, quanto as possibilidades de decisão do sistema.

Em todas as sociedades com uma certa complexidade, os procedimentos têm de ser instruídos de forma a poupar tempo, por meio da escolha de um modelo pré-constituído. 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. A diferenciação de procedimentos jurídicos refere-se ao processo de absorção desta incerteza e menciona que este processo é dirigido por critérios internos do procedimento e não por critérios externos.⁴¹

A diferenciação é na teoria sistêmica a transformação da prova pelo código binário, a prova proveniente do meio ambiente é convertida em jurídico ou antijurídico, ou seja, legal ou ilegal. Desse modo, não há uma contaminação do

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. Op.cit. p. 61

⁴¹LUHMANN, Niklas. op.cit.pp.53-54

subsistema jurídico por elementos estranhos, prejudicando dessa maneira o seu funcionamento e conseqüentemente a sua auto-reprodução.

É importante observar que para que a autonomia seja alcançada os sistemas de forma geral, em especial os processos jurídicos dependem de uma perspectiva temporal, objetiva e social. Na dimensão temporal os sistemas precisam de um certo intervalo de tempo para colocar em funcionamento seus métodos de elaboração de informação, viabilizando dessa forma a ocorrência da diferenciação. Pode-se observar que os processos judiciais precisam que o ambiente social, a sociedade representada pelas partes, conceda-lhes um tempo de aprofundamento para que possa desenvolver uma decisão baseada no contraditório e nas provas trazidas como fundamentação das alegações.

Na decisão resultante do contraditório, a condição da autonomia pode ser observada através da separação rígida entre problemas de direito e problemas de fato, na qual a correlação depende de cada caso particular. Podemos usar como exemplo dessa separação a atuação do Supremo Tribunal Federal, que somente examina os fatos de direito, é importante observar que essa separação também evita a demora na tramitação dos processos nas instâncias superiores.

A diferenciação é importante porque evita a interferência de provas provenientes de outros sistemas no contraditório. Com a transformação pelo código binário das provas, o subsistema jurídico não trabalhará com questões que não sejam referentes à situação abarcada pelo procedimento. Caso venha ocorrer o ingresso desse tipo de prova no procedimento o juiz pode providenciar a sua exclusão do processo e punir a má fé da parte que a viabilizou. Podemos observar que a autonomia do subsistema jurídico não é apenas importante para garantir o funcionamento dele como um todo, mas também para evitar que as decisões sejam formadas com base em informações erradas ou distorcidas pelas partes.

Para que ocorra a legitimação pelo procedimento é necessário que a autonomia e a diferenciação criem um espaço de manobra visando permitir que os participantes atuem de forma a assimilar seus desapontamentos através das alternativas presentes nesse ambiente, reduzindo dessa maneira a complexidade criada em razão desses desapontamentos. Essas alternativas devem motivar os participantes a assumir o risco de sua ação e a cooperarem na absorção desses desapontamentos.

Pode-se observar que a participação das partes é importante para o desenvolvimento do procedimento, porque somente através dessa participação os desapontamentos gerados por suas expectativas poderão ser trabalhados de forma a serem assimilados quando a decisão resultar do procedimento. Quando o Direito Processual Civil determina que as partes tragam não apenas as suas alegações, mas também as provas que as fundamentam ao procedimento, está motivando que elas assumam os riscos da sua ação e também absorvendo as incertezas que forma geradas pelos desapontamentos.

3.3 A PROVA COMO INSTRUMENTO DE CONVENCIMENTO DO JUIZ

Para que ocorra a aceitação da decisão, do resultado do procedimento é necessário que ela seja proferida por um juiz imparcial. A imparcialidade permite a apreciação das provas que fundamentam as alegações trazidas pelas partes ao procedimento sem que haja um juízo de valor prévio.

O juiz retira o seu parecer do direito escrito

onde se definem quais são os fatos e qual o sentido em que são relevantes para a decisão e não ja diretamente da idéia do verdadeiro e do justo que lhe forem impostas numa organização visualizada da vida social. Assim ele pode operar com um afastamento maior e não está obrigado, em todos os assuntos muito diversificados sobre os quais tem de deicidir, a poder adivinhar os princípios morais do parecer que sejam susceptíveis de consenso. Ele pode e deve decidir como um estranho.⁴²

Para Luhmann a pessoa do decisor tem de ser desligada da declaração, pois a decisão deve aparecer como uma conseqüência de normas e fatos

É importante em todos os procedimentos determinados para a utilização do poder de decisão do governo, uma separação clara e inconfundível entre os decisores e os que recebem a decisão. Ambos os papéis tem de produzir, de acordo com a sua posição diferente no processo jurídico, realizações distintas de declarações. Ambas as realizações têm de se completar completamente para o processo ser bem sucedido, tendo, portanto, de se ocupar reciprocamente dos “papéis implícitos”. A aplicação impessoal e rotineira do “caso” é uma parte integrante do processo jurídico e da sua exposição, pois a decisão tem de ser apresentada como uma conseqüência

⁴²LUHMANN, Niklas.op.cit.p.56

dos fatos e das normas. Tem de ser organizada em conformidade com isso e os participantes têm de ser preparados para ela. Daí só poderem ser relevantes as informações que estão previstas no programa de decisão. Os receptores da decisão serão tratados como portadores de informações, ou como fontes de erros, e não como pessoas, como o outro eu, como fonte originária de sentido e direito.⁴³

Os contatos entre as partes e o juiz devem ocorrer de forma esporádica e não deve ocorrer durante esses contatos uma interação entre eles que não sejam ligadas ao caso concreto, significa dizer que para a decisão seja livre de interferências externas que não sejam relacionadas ao que está sendo discutido deve ser respeitada a imparcialidade do juiz conforme determinado pelo Processo Civil.

Esses contatos ocorrem geralmente durante as audiências, na audiência preliminar onde o juiz admitirá as provas que sustentam as alegações das partes, ou deferindo a sua produção, na audiência de instrução e julgamento, mesmo quando ocorre o diálogo entre o juiz e a parte através da colheita do seu depoimento esse contato deverá ocorrer de forma a não comprometer a imparcialidade do juiz.

Caso o juiz não esteja convencido de alguma alegação apresentada por uma das partes, as provas trazidas por ela não o convençam, ele poderá solicitar novas provas visando à fundamentação da sua decisão. Esse fato geralmente ocorre durante a fase de instrução, como já visto anteriormente, através das provas de ofício ou simplesmente determinando que a parte esclareça de forma clara e objetiva os fatos alegados trazendo novas provas ao procedimento ou submetendo-se ao interrogatório livre.

A inspeção judicial também é um tipo de prova que o juiz poderá utilizar quando houver dúvida sobre determinado fato alegado pela parte, nessa situação há uma participação mais ativa do juiz na produção dessa forma. Entretanto, não é um dos tipos de provas mais utilizados pelo juiz, sendo muitas vezes substituído por uma perícia que deve considerar não apenas as dúvidas do juiz, mas também os quesitos apresentados pelas partes conforme determina o Código de Processo Civil.

⁴³ LUHMANN, Niklas. op.cit.p. 91

Conforme podemos observar anteriormente a participação das partes através da prova é fundamental para a construção do procedimento, mas para que ele cumpra a sua função é essencial que a necessidade de legitimação seja suprida conforme veremos a seguir.

PARTE IV

4. A NECESSIDADE DE LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO

4.1 A NECESSIDADE DE LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO PARA AS PARTES

A função do direito, nesse aspecto como subsistema jurídico que forma o sistema da sociedade na teoria de Luhmann, como visto anteriormente é a redução da complexidade através da generalização das expectativas. As partes trazem para o procedimento seu descontentamento de forma a ter as suas expectativas atendidas ou não. O direito trabalha com as expectativas normativas, o que significa dizer que ao proferir uma decisão o juiz considera não a satisfação pessoal das partes, mas somente a aplicação da norma jurídica ao caso concreto visando a solução do conflito.

Esse conflito permitido é um espaço que o direito cria para que as partes dialoguem entre si, sustentem as suas alegações e as comprovem através das provas permitidas pelo subsistema jurídico.

Ao ter as suas alegações e provas apreciadas pelo juiz de modo imparcial, as partes não podem argumentar que não tiveram participação na construção do resultado, da decisão judicial. Participação essa ocorrida de modo igualitário, em uma ambiente livre das intervenções de terceiros que visem prejudicar o procedimento.

O juiz deve garantir essa participação de modo igualitário tendo como objetivo evitar que as partes ajam de má-fé, ou de forma a prejudicar a outra visando apenas a sua satisfação pessoal.

A legitimação da decisão ocorre porque as partes através do contraditório puderam participar da decisão, trazendo para o procedimento além das suas alegações fatos que as fundamentavam de modo concreto e foram ouvidas durante as audiências pelo juiz.

Desse modo não existirão desapontamentos que não foram estabilizados e assimilados pelo sistema social, o que não colocará em risco o sistema social e a sua manutenção.

4.2 A NECESSIDADE DE LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO PARA A SOCIEDADE

A necessidade de legitimação para a sociedade não é baseada apenas na garantia de que o procedimento terá como resultado decisões justas para as partes, mas também é baseada em como esse resultado influenciará a vida em sociedade dos indivíduos que participaram do procedimento.

Significa que o isolamento dos indivíduos em um procedimento que rege o conflito permitido é importante para a preservação da sociedade como sistema social, porque ao serem isolados durante o procedimento, os indivíduos não corromperão todo o sistema social através de seus desapontamentos. Entretanto, esse isolamento não compromete o indivíduo na sua vida em sociedade, mas garante através do anonimato obtido com a adoção de papéis que ao fim do procedimento ele continue a ocupar o seu lugar dentro da sociedade.

A legitimação pelo procedimento permite que a sociedade resolva através do procedimento os conflitos oriundos da sua evolução utilizando o direito, representado pelo subsistema jurídico, como um redutor de complexidade que impõem de forma coercitiva a assimilação dos seus desapontamentos.

Luhmann na sua teoria social converte a incerteza gerada pela complexidade em certeza, viabilizando dessa forma a convivência humana, essa complexidade trabalhada nessa teoria é um excesso de possibilidades. O direito ao impor muitas vezes uma decisão à uma parte, exclui as demais, diminuindo dessa forma as possibilidades que geram a complexidade.

A complexidade social exige escolhas dentro de possibilidades, a tarefa do direito que - através de uma decisão jurídica - exclui as demais possibilidades precisa fazer o que é denominado por Luhmann de uma generalização congruente que é reduzir sensivelmente o risco das expectativas, o que concretizaria uma eficiência seletiva. Sendo observado que o fator tempo passa a ser considerado como importante. Por causa desse fator a decisão se torna fundamental para a sociedade, porque ela perdura no tempo. Não permitindo que os indivíduos envolvidos nesse procedimento após algum tempo, alegando os fatos já discutidos

anteriormente sob as normas estabelecidas pelo direito, entrem em conflito novamente. Prejudicando a manutenção do equilíbrio da sociedade.

CONCLUSÃO

Ao permitir que as partes utilizem a prova como instrumento de participação na construção do procedimento, o direito assegura a aceitação da decisão resultante sem a necessidade de sua imposição por meios coercitivos.

O contraditório é o meio de assegurar que partes durante o procedimento possuam uma participação ativa na construção da decisão resultante, é somente através da prova que as partes poderão comprovar que os fatos alegados por elas merecem uma análise e conseqüentemente uma proteção de seus direitos por parte do Estado.

Proteção nesse sentido é assegurar que a decisão resultante do procedimento será aplicada, independente da aceitação ou não da parte que foi prejudicada. É importante observarmos que ao possibilitar o conflito permitido o direito consegue que a decisão resultante do procedimento em questão obtenha apoio da sociedade de forma tácita, através do consenso conforme visto anteriormente.

A legitimidade obtida pelo procedimento é conseqüência da aceitação pelos participantes de que a decisão será baseada, construída nas alegações e nas provas trazidas por eles ao juiz, que as analisará de forma imparcial e com base nelas decidirá o caso.

A participação das partes através da prova na construção do procedimento somente é possível por causa dos tipos de provas existentes, o Código de Processo Civil ao permitir que as partes utilizem todos os meios legais para comprovar as suas alegações fornece o respaldo necessário para essa participação, e conseqüentemente supre a necessidade de legitimação que o procedimento precisa.

É importante observar que as partes e o juiz participam de forma ativa na produção das provas, principalmente durante as audiências que permitem um contato direto entre todos os envolvidos. As provas produzidas durante esses encontros são obtidas principalmente durante os interrogatórios livres e os depoimentos. As audiências ao permitirem o contato direto entre as partes proporcionam um espaço no qual elas podem confrontar-se “cara-a-cara”, seja através das suas testemunhas que apresentam em juízo os seus conhecimentos dos fatos alegados pelas partes, ou pelos depoimentos pessoais de cada parte.

Ao não permitir que as partes introduzam provas ilícitas no procedimento, que ajam com o intuito de prejudicar a outra em benefício próprio, punindo esse tipo de comportamento, ou seja a má-fé, o Código de Processo Civil proporciona a aceitação da decisão resultante desse procedimento para as partes e conseqüentemente para a sociedade.

Finalmente podemos observar que a legitimação pelo procedimento ocorre tanto por causa da segurança jurídica gerada pelo fator temporal presente nas decisões judiciais, como também pelo fator social presente nelas.

Fator temporal nesse aspecto é a permanência da decisão através do tempo, ou seja, a validade da decisão será refletida na sociedade de forma permanente mesmo com o decorrer do tempo.

O fator social é caracterizado pela aceitação, e principalmente pela garantia do cumprimento da decisão pelos indivíduos que compõem a sociedade em questão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrino; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 28 ed.rev e atual. São Paulo. Malheiros Edirores, 2012.

LUHMANN,Niklas. Sociologia do Direito I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____ O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. BuscaLegis.cc.j.ufsc.br, Santa Catarina, 28, p.15-29, 1994.

_____ A legitimação pelo procedimento, Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília. Editora Universidade de Brasília. Brasília.1980.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil.v.2. Processo de conhecimento. 7.ed. rev.e atual.2tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____ Prova. 2.ed.rev.e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. Niklas Luhmann: a sociedade como sistema. Porto Alegre. EDIPUCRS, 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil.v.1. Processo de conhecimento. 7.ed.rev. e atual. Rio de Janeiro, 2006.

_____ Curso de Processo Civil: v.1: Processo de Conhecimento. 5.ed.rev.e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

VILLA BÔAS FILHO, Orlando. O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. São Paulo. Edirora Max Limonad, 2006.