

ELIZABETH DE LOURDES POLACHINI RODRIGUES

**PREJÚÍZO DA AMPLA DEFESA SOB OS VÍCIOS
NA PRODUÇÃO DA PROVA ORAL**

MESTRADO EM DIREITO

UNIFIEO

Osasco - 2011

ELIZABETH DE LOURDES POLACHINI RODRIGUES

**PREJUÍZO DA AMPLA DEFESA SOB OS VÍCIOS
NA PRODUÇÃO DA PROVA ORAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, como exigência para a obtenção do título de Mestre em Direito, inserido na linha de pesquisa n.2 “A efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais”, sob a orientação da Professora Doutora Margareth Anne Leister.

UNIFIEO

Osasco - 2011

POLACHINI RODRIGUES, Elizabeth de Lourdes. Prejuízo da Ampla Defesa sob os Vícios na Produção da Prova Oral / Elizabeth de Lourdes Polachini Rodrigues: orientação Professora Margareth Anne Leister, 2011.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Direito (linha de pesquisa n.2 “A efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais”), do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO.

1. Percepção e Perspectiva do Observador; 2. Vícios na Produção de Prova Oral; 3. Psicologia e Perícia Judicial; 4. Poderes *versus* Capacidade do Juiz; 5. Prejuízo da Ampla Defesa

BANCA EXAMINADORA

Dedico esta obra a meus pais, pelo exemplo de retidão que me proporcionaram e, firmeza para jamais desistir dos meus sonhos.

***Agradeço aos Mestres desta exemplar Fundação,
professores que sem sombra de dúvida, me
inspiraram buscar áreas mais nobres do meu
intelecto e finalmente, à minha orientadora Margareth
Anne Leister, que solidificou o meu desejo de ousar
sempre.***

RESUMO

O presente trabalho visa indicar vícios, num processo jurídico, que ocorrem durante a produção da prova oral, e que obstaculizam a efetivação do Princípio da Ampla Defesa, com fins à motivação dos doutrinadores (que muito contribuem para a interpretação das leis) no sentido de melhor observar o Código Processual Civil, de forma que o magistrado que busque a verdade real tenha a possibilidade e incumbência de socorrer-se de profissional capacitado, tecnicamente, para acompanhar, analisar e avaliar as declarações durante a oitiva testemunhal. Aspecto recente, apresentado como necessário ao viés jurídico, esboça os prováveis processos psicológicos presentes em todos os momentos da atividade lógica do magistrado, bem como indica os caminhos que o cérebro humano percorre ao receber informações, ao avaliá-las e delas se pautar para formar seu convencimento pessoal. E por fim, aponta a necessidade de capacitação especial para filtrar os depoimentos contaminados por interesses pessoais que envolvem o cidadão que se apresenta para auxiliar a Justiça, ao dar seu testemunho.

Palavras-chave: Percepção e Perspectiva do Observador. Vícios na Produção da Prova Oral. Psicologia e Perícia Judicial. Competência *versus* capacidade do Juiz. Prejuízo da Ampla Defesa

ABSTRACT

This work aims to indicate legal proceedings, vices, that occur during the production of oral evidence and which hamper the implementation of the principle of Broad defense, with the purpose to motivation of ideologues (who greatly contribute to the interpretation of laws) in order to better observe the Civil Procedural Code, so that the magistrate who seek the real truth, has the possibility and responsibility to assist sure skilled professional, technically, to monitor, analyse and assess the declarations during the production of oral evidence.

Recent aspect, presented as the necessary legal bias, outlines the likely psychological processes present in every moment of logical activity of the magistrate, and points out the ways the human brain goes through to receive information, to evaluate them and be guided them to form his personal conviction. And finally, points to the need for special training to filter contaminated by personal testimony involving the citizen who has to assist the court in giving his testimony.

Keywords: Perception and Perspective of the Observer. Vices in the production of Oral Evidence. Psychology and forensics. Competence *versus* capacity of judge. Injury of Broad Defense.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. INTERSECÇÃO ENTRE SUJEITO E OBJETO	12
1.1. Do Conhecimento Humano	12
1.1.1. Da Origem e Associação de Idéias e Conexão Necessárias	12
1.1.2. Dos Princípios do Conhecimento Humano	19
1.1.3. Interdisciplinaridade e Revolução do Cérebro	20
1.2. Comunicação e Linguagem	23
1.2.1. Interpretação	25
1.2.2. Textualidade e Discursividade	29
1.3. Perspectiva do Observador	30
1.3.1. Objetividade e Relatividade	30
1.3.2. O Objeto Conhecido	36
1.3.3. Percepção e Experiência como Fontes de Realidade	38
1.3.4. A Observação	41
1.3.5. Reversibilidade <i>versus</i> Irreversibilidade do Tempo	44
2. PSICOLOGIA JURÍDICA	47
2.1. A Personalidade na Observação	49
2.2. Declaração de Verdade e de Vontade	52
2.3. Representação e Relatividade do Fato Representativo	56
2.3.1. Percepção, Registro e Representação	57
2.4. Verdade Material e Verdade Formal	59
2.5. Psicologia do Testemunho	62

3. AMPLA DEFESA, NA PRODUÇÃO E CONHECIMENTO DAS PROVAS, NO PROCESSO CIVIL	66
3.1. Cognição no Processo Civil	67
3.1.1. Componentes de Caráter Não-Intelectual	69
3.1.2. Modalidades de Cognição	72
3.1.2.1. <i>Prova Testemunhal</i>	74
3.1.2.2. <i>Vídeo Conferência</i>	77
3.2. A Prova e o Processo	78
3.2.1. Conceito e Estrutura da Prova	80
3.2.2. Função da Prova	81
3.2.3. Objeto da Prova	84
3.3. A Prova e a Formação do Convencimento Judicial	85
3.3.1. Valoração da Prova	86
3.3.2. Julgamento	88
4. FORMAÇÃO HUMANISTA DOS MAGISTRADOS	97
4.1. Personalidade do Juiz	97
4.2. Capacitação Psicológica	104
4.3. Regras de Experiência e Nexo Causal	108
4.4. Intersecção entre Psicologia e Deliberação Legal	110
4.5. Poderes e Interferência do Juiz na Produção da Prova Oral	120
4.6. Parcialidade <i>versus</i> Imparcialidade	124
CONCLUSÃO	128
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	134

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a intenção de apontar a falibilidade dos mecanismos de recepção das informações, num processo jurídico, tais como observação, captação e avaliação que ocorrem durante a produção de prova oral.

A busca pela verdade real, efetuada por profissional capacitado para reconhecer as dimensões dos interesses correlatos aos declarantes e a conscientização da gama de perspectivas de interpretação, sob as quais as informações vêm a ser recebidas, poderão gerar a pretendida neutralidade da investigação científica (nas Ciências Sociais e no Direito).

Na persecução da verdade real, ainda que presente a conscientização da necessidade de controle dos meios de produção da prova oral é quase impossível esperar que a interpretação se dê de forma unívoca.

Embora renomados autores do Direito Processual Brasileiro admitam, na seara do processo civil, a prevalência da verdade formal, não deveremos aceitar a possibilidade de que a verdade real sucumba, ao contrário, o inconformismo deve garantir colorido e dinamismo ao processo, de forma que ao juiz caiba interceder incansavelmente na direção da verdade real.

Relacionadas inúmeras falhas no processo de comunicação (captação e interpretação dos dados que corroboram para a comprovação do alegado ou negado num processo) entre elas as variáveis espaço e tempo que tornam distantes os fatos e incertas as lembranças (percepções “reconstruídas”), uma mínima parte tende a ser límpida e fielmente repetida ao juiz.

A personalidade humana que testemunha o evento, as características individuais de como o registra, até o mecanismo de reorganização da memória durante o ato de declaração, bem como o histórico de vida do observador - juiz (que induzirá o raciocínio de recepção das informações), tudo deve ser levado em conta durante o processo de formação da convicção do profissional, de maneira que as interferências sejam detectadas e sopesadas as informações no intuito de analisar os dados mais consistentes.

Diversos vícios podem contaminar a Oitiva Testemunhal quando dirigidas pelo juiz, uma vez que jamais cursara qualquer disciplina para proceder à análise das declarações.

Por competência, direciona o depoimento ao iniciar a audiência, "alertando" as testemunhas quanto às conseqüências do Falso Testemunho, e outros crimes (retirando-as imediatamente de uma situação de conforto e naturalidade, de forma a alterar de imediato qualquer postura que seria adotada por elas). Opta por interromper o raciocínio daquele que declara, bem como, descarta questões levantadas pelas partes durante a oitiva, denunciando, de imediato, a posição que previamente escolhera para receber as informações que lhe proporcionarão o convencimento.

Evidente a necessidade de que sejam estabelecidas técnicas específicas e qualificadas por profissionais para a obtenção das informações por meio oral, pois que ao obstaculizar a continuidade das informações oferecidas pela testemunha, o magistrado dá novos rumos ao encaminhamento da "produção da verdade", filtrando a captação de informações que por certo irão direcionar a perspectiva escolhida, de forma que passe apenas a captar o necessário para a sua fundamentação.

Campo com pouca literatura, fala-se todo o tempo na produção de provas, mas jamais questionam sê-las produzidas pelo juiz, como de fato o são.

Se "fazer ciência" é criar mecanismos para o atingimento do conhecimento da verdade real, parece óbvio que somente profissional conhecedor dos mecanismos de observação e análise do comportamento humano poderá satisfazer as expectativas na direção da persecução da verdade, ou de outra forma, não se poderá dizer, do Direito, uma ciência.

1. INTERSECÇÃO ENTRE SUJEITO E OBJETO

1.1. Do Conhecimento Humano

“Pouco conhecimento, faz com que as pessoas se sintam orgulhosas. Muito conhecimento, que se sintam humildes. É assim que as espigas sem grãos erguem desdenhosamente a cabeça para o Céu, enquanto que as cheias, abaixam-se para a Terra, sua mãe.”

Leonardo da Vinci

1.1.1. Da Origem e Associação de Idéias e Conexões Necessárias

Como palco de contraposições entre teorias que procuraram entender as origens do conhecimento humano, a história das civilizações registrara constantes oscilações.

À época de Sócrates, entendia-se o produto da percepção e da observação, como que desatados do indivíduo e esta idéia fora seguida por muitos filósofos do conhecimento, no ocidente. Uma concepção realista de que apenas “se descobre o que sempre existiu.”

Assim, René Descartes¹ compreendia a realidade como que posta, pré-existente, tendo alertado quanto ao fato de que as sensações nos enganam, e que o verdadeiro conhecimento das coisas externas seria atingido pela razão, à evidência verificada. Deveríamos refletir sobre as sensações para não sermos enganados. O paradigma cartesiano fora composto pela fragmentação dos pólos, das posições que existem preliminarmente, mas não interagem entre si. O sujeito que conhece estaria separado do objeto conhecido.

Em contrapartida, George Berkeley², em 1710, publicara “Tratado sobre os Princípios do Conhecimento Humano” defendendo a teoria de que o conhecimento

¹DESCARTES, René. *passim*. **Discurso do Método**. Trad. Maria Ermantina Galvão. Revisão da tradução Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²BERKELEY, George. **Tratado sobre os Princípios do Conhecimento Humano**. Trad. André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, v.48, 2006, p.8. (Grandes Obras do Pensamento Universal).

não seria a descoberta (do já pré-existente), mas uma construção paulatina feita pelo estudioso, “... um conhecimento seguro do universo seria impossível e a razão construiria o conhecimento.” A existência de algo só ocorreria se fosse capaz de provocar a percepção do observador. Preocupado com a objetividade, como instrumento, para alcançar “cientificidade na observação”, dera ao método a responsabilidade de instrumento capaz de filtrar prováveis inferências do observador. Ainda assim, ao definir por “entendimento”³ a percepção de idéias, deixara transparecer sua crença na impossibilidade de afastar do observador, sua característica de humano.

Reforçando tal teoria, Martin Heidegger descrevera o “real” como nada mais que a construção através de uma particular percepção, dizendo: “... os objetos se conformam com nosso conhecimento”.⁴ Assim, um fim de tarde reproduzido numa tela é somente resultado da observação pessoal do pintor, da destreza que possui, bem como comprometido e limitado pelos instrumentos que ele tem ao seu alcance.

Edgar Morin entendera a “razão”, particular e fisiologicamente vinculada ao indivíduo, capaz de direcionar o processo de conhecimento (construído por um viés de interpretação subjetiva), pois que as percepções estariam sempre sujeitas a categorizações, que sofreriam hierarquização das informações obtidas.⁵

Numa posição intermediária e pragmática, Humberto Romesin Maturana, criara a Teoria da Biologia do Conhecer e a Teoria da Autopoiese e, afirmara: “conhecimento é a capacidade de agir adequadamente”.⁶ Desenvolvera seus estudos na área da neurofisiologia, além de contribuir para o entendimento de que as

³BERKELEY, George. **Tratado sobre os Princípios do Conhecimento Humano**. Trad. André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, v.48, 2006, p.51.

⁴HEIDEGGER, Martin. Sobre a Essência da Verdade. In **Conferências e Escritos Filosóficos**. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p.156.(Os Pensadores).

⁵MORIN, Edgar. Cultura e Conhecimento. In **O Olhar do Observador**. (orgs.) Paul Watzlawick e Peter Krieg). Trad Helga Madjderey. São Paulo: Editorial Psi II, 1995, p.78.

⁶MATURANA, Humberto Romesin. Biology of Cognition. In **Biological Computer Laboratory BCL Report N 9.0**, University of Illinois, 1970. Reimpresso em *Autopoiesis and Cognition: the realization of the living*, Boston Studies in the Philosophy of Sciences, v. 42, 1980, p.53.

emoções caminham com o desenvolvimento da espécie humana, bem como da linguagem, seguindo uma filosofia construtivista.

Ainda neste raciocínio, continuara afirmando:

Dizem que nós, seres humanos, somos animais racionais. Nossa crença nessa afirmação, nos leva a menosprezar as emoções e a enaltecer a racionalidade (...) nesse processo, fizemos com que a noção de realidade objetiva, se tornasse referência a algo que supomos ser universal e independente do que fazemos.⁷

O autor acredita na existência de uma realidade externa (a ser descoberta), mas alertou para o fato de que a percepção do mundo externo estaria diretamente comprometida com a personagem do observador (carregado de conceitos e pré-julgamentos pessoais).

Acreditando numa efetiva contribuição da perspectiva pessoal (de quem observa), Ernst Glasersfeld entendera como útil a construção personalíssima do observador ao dizer que “o papel do conhecimento não consiste em refletir realidade objetiva, mas capacitar-nos a agir em nosso universo experiencial e atingir nossos objetivos”,⁸ assim, o objetivo do encontro de uma realidade estaria em capacitar o indivíduo para interagir com o mundo fenomênico.

Intrigado com o caminho percorrido, no intervalo, entre o momento em que o indivíduo testemunha um evento (conhecimento) e aquele em que operacionaliza (no cérebro) as sensações vividas, David Hume concebeu a idéia de que “... existe uma diferença razoável entre as percepções da mente e o momento posterior, quando pela memória, as recordamos”.⁹ E que, além disso, não seria possível, através da razão (juízo analítico), deduzir causa e efeito, havendo necessidade de uma base empírica. Aventou a hipótese de que a mente humana continha apenas percepções, e o grau com que elas se apresentavam seriam chamadas de “impressões” (incluindo as “sensações” e as “emoções”) e “idéias” (ou

⁷MATURANA, Humberto Romesin. *passim*. **A Ontologia da Realidade**. Belo Horizonte: UFMG, 1997.

⁸GLASERSFELD, Ernst. Adeus à Objetividade. In **O Olhar do Observador**. (orgs.) Paul Watzlawick e Peter Krieg. Trad. Helga Madjderoy. São Paulo: Editorial Psy II, 1995, p.24.

⁹HUME, David. **Investigação sobre o Entendimento Humano**. Trad. André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, v. 25, 1999, p.29.

“pensamentos”), nas quais guardaríamos suas respectivas representações, como imagens recordadas.

Em sua teoria: “... o pensamento mais vivo é sempre inferior a mais remota sensação”¹⁰ isto porque, ao fazer parte da classe das idéias, o pensamento perde em grandeza para a classe sensorial em que se encontram as sensações (chamadas pelo autor de impressões). Idéias (memórias perceptivas) seriam imitações das impressões vividas, e só poderíamos construí-las baseadas nas informações que recebêssemos através da nossa própria impressão e conseqüentemente estariam comprometidas com as experiências anteriores. Basta lembrar que um cego, de nascença, jamais conseguirá formar uma idéia das cores, por não possuir nenhuma informação sensorial sobre elas, e conseqüentemente estarão comprometidas pelas experiências anteriores que nos pertencem.

Charles Sanders Peirce desenvolveu conceitos referentes à “Percepção humana” definindo-as como “Categorias do Pensamento”. Chamou por “primeiridade”¹¹ as impressões captadas de imediato (anterior a qualquer processo de raciocínio), como “qualidades” contidas no pequeno espaço de tempo anterior à compreensão, sem qualquer envolvimento com valores pessoais ou experiências, descrevendo-a como “a categoria do sentimento imediato e presente das coisas, sem nenhuma relação com outros fenômenos do mundo”; por “secundidade” a etapa na qual o receptor abstrai a relação entre um signo (que se materializa em índice e seu respectivo objeto), uma relação existencial; “quando um fenômeno primeiro é relacionado a um segundo qualquer”, uma comparação da ação, do fato, da realidade e da experiência no tempo e no espaço; e por fim, “terceiridade” o processo de mediação racional, de interpretação dos fenômenos (tudo aquilo que o homem percebe e dele constrói um símbolo). Apesar de crer que a realidade é independente daquilo que imaginamos, entendeu que nenhum princípio jamais seria absoluto, mas relativo, em função da constante evolução da mente humana.

¹⁰HUME, David. **Investigação sobre o Entendimento Humano**. Trad. André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, v. 25, 1999, p.29.

¹¹PEIRCE, Charles Sanders. *passim*. **Semiótica**. Trad. José Teixeira Coelho Neto. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

Em seu modo de classificar os mecanismos de apreensão do conhecimento, três categorias de pensamento estariam presentes (informação verbal)¹²: ao se vislumbrar uma árvore, por exemplo, ocorreria a qualidade de “primeiridade”, sensação indescritível, enquanto que o resultado provocado pela visão de uma foto da mesma árvore, e sob o mesmo ângulo, ensejaria um pensamento, qualidade de “secundidade”, e finalmente, a palavra “árvore”, provocaria, no leitor, a categoria de um pensamento de “terceiridade”.

Sobre o estudo deste autor, Maria Lucia Santaella Braga escreveu:

Apesar de os signos pertencerem à categoria da terceiridade, já que eles unem um primeiro, a saber, o veículo do signo (representâmen), a um segundo, o objeto representado no signo, em um terceiro, a consciência interpretativa, os aspectos da primeiridade e da secundidade podem, em certos casos, predominar, de maneiras distintas, no signo.¹³

E, em sua obra “O que é Semiótica” indicou a existência de mais de uma possibilidade de conhecimento, que não apenas, através da língua, dizendo:

(...) passamos por um condicionamento histórico que nos levara à crença de que as únicas formas de conhecimento, de saber e de interpretação do mundo são aquelas veiculadas pela língua (...).¹⁴

Seguindo os passos de Charles Sanders Peirce, entendia a filosofia como ciência que pretende descobrir o que é realmente verdadeiro, por ser observativa.

Ainda sobre este tema, David Hume preocupou-se com a abrangência e mecanismo de “recepção das sensações”¹⁵ definindo a existência de três princípios: da semelhança, da contigüidade (no tempo e espaço) e da causa e efeito, que interagiriam, ora prevalecendo uns mais que os outros nas chamadas “conexões necessárias das idéias”.

¹²Nota fornecida por José Teixeira Coelho Neto, na Disciplina: **Semiótica da Poética**. Pós Graduação em História da Arte (USP). São Paulo.1980.

¹³NÖTH, Winfried. BRAGA, Maria Lúcia Santaella. **Imagem: Cognição, Semiótica, Mídia**. São Paulo: Iluminuras, 1998, p.143.

¹⁴BRAGA, Maria Lúcia Santaella. **O que é Semiótica?** 1.ed. São Paulo: Brasiliense, 2001, p.11.

¹⁵HUME, David. **Investigação sobre o Entendimento Humano**. Trad. André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, v. 25, 1999, p.36.

Pelo “princípio da semelhança”, quando nos deparássemos com um signo (fotografia), seríamos imediatamente remetidos aos registros (informações obtidas) causando recordações.

O “princípio da contigüidade” dar-se-ia quando mencionássemos um evento (num certo período da História) nos deparando com os detalhes que circundaram o acontecimento, no espaço e no tempo.

Quanto ao “princípio de causa e efeito”, poderíamos encontrá-lo ao pensarmos em um ferimento e de imediato imaginarmos as aflições que ele causaria.

Desta forma entendeu que todas as operações do cérebro utilizariam algum tipo de associação de idéias, conexões entre objetos (ou fatos) e impressões agradáveis (ou não), de maneira que seria praticamente impossível evitar que durante uma operação mental, ao buscar um registro na memória, ou um valor, não resgatássemos todas as impressões atreladas à época.

Tais “operações mentais”¹⁶ foram divididas por David Hume, em duas classe: “demonstrativa”, aquela que concerne às relações de idéias denotando que, no momento em que o interlocutor expõe suas idéias, já o faz buscando persuadir o receptor (através dos princípios de causa e efeito que estariam a motivar seu discurso); “moral”, aquela que se refere às questões de fato e existenciais.

Assim, eventos armazenados na memória seriam envolvidos por elementos desencadeados do íntimo do observador e, mais que isto, rotulados e registrados em áreas específicas do cérebro, em função dos seus valores pessoais. Por fim, carregariam observações e estimativas das mais diversas, de forma que o nexos causal encontrado para um determinado registro resultaria diferente aos olhos de outro observador.

Sobre este mecanismo de registro de informações, Friederich Nietzsche em “Humano, demasiado humano”,¹⁷ apresenta a relação que firmamos entre causa e

¹⁶HUME, David. **Investigação sobre o Entendimento Humano**. Trad. André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, v. 25, 1999, p.54.

¹⁷NIETZSCHE, Friederich. **Humano, demasiado Humano**. São Paulo: Companhia das Letras, v. 1, seção 9, 2007, p.483.

efeito, sugerindo que o indivíduo só a conceberia através de experiências vivenciadas e delas retiraria todos os elementos formadores de convicções (motivo pelo qual, que os colocaria em posição de intolerância a qualquer notícia divergente. Criticava os filósofos, adeptos da corrente do Racionalismo, que enxergavam ser a razão a única e verdadeira fonte de conhecimento, desenvolvendo teorias que descrevessem o processo de compreensão e descoberta das leis (físicas) da natureza, baseados nos princípios da busca da certeza e da demonstração, sustentados por um conhecimento a priori (conhecimentos que não vêm da experiência e são elaborados somente pela razão). O filósofo via na convicção um obstáculo a qualquer um que pretendesse fazer ciência. “As convicções são inimigas mais perigosas da verdade do que as mentiras”.¹⁸

Partidário de teoria filosófica oposta, o Empirismo, entendia que o conhecimento seria adquirido pela experiência, através da percepção, pela origem das idéias por onde se percebe as coisas, pela relação de causa-efeito por onde fixamos na mente o que é percebido atribuindo à percepção causas e efeitos.

1.1.2. Dos Princípios do Conhecimento Humano

¹⁸NIETZSCHE, Friederich. **Humano, demasiado Humano**. São Paulo: Companhia das Letras, v. 1, seção 9, 2007, p.483.

“O ser humano é única fonte de validação e de falsificação de contra-factuais, por isso mesmo ignora em excesso, por isso mesmo crê em nada”

Wanderley Guilherme dos Santos

A lógica, como o estudo do raciocínio, deita-se sobre os métodos empregados quando do estudo das maneiras de gerenciar os conhecimentos adquiridos.

George Berkeley concebeu a mente humana como finita e concluiu pela diminuta capacidade humana, descrevendo a necessidade de um grande esforço da mente para emancipar os pensamentos dos objetos particulares, elevando-os a especulações que tratariam de idéias abstratas. Por suas palavras: “... é da natureza do infinito o não poder ser compreendido pelo que é finito...”¹⁹ e, “... ter idéias gerais ou abstratas estabelece a mais drástica diferença no que se refere ao entendimento, entre o homem e a besta.”²⁰

A dificuldade para atingir o conhecimento se encontrava na utilização da linguagem, para ele, responsável pelo turvo encadeamento das idéias, e completara dizendo: “... se quisermos contemplar a formosa árvore da ciência, cujo fruto é excelente e está ao alcance de nossa mão, só precisaremos afastar a cortina das palavras.”²¹

Edgar Morin, compreendendo a cultura²² como co-produtora da realidade que escolhemos viver, esclarecera que alguns circuitos cognitivos seriam preteridos a outros e que no processo de aculturação do indivíduo, mecanismos atuariam direcionando a mente do receptor, isto porque a integração sócio-cultural contribuiria como filtro seletivo no desenvolvimento da capacidade de percepção sensorial do indivíduo.

¹⁹BERKELEY, George. **Tratado sobre os Princípios do Conhecimento Humano**. Trad. André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, v. 48, 2006, p.20.

²⁰BERKELEY, George. **Tratado sobre os Princípios do Conhecimento Humano**. Trad. André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, v. 48, 2006, p.25.

²¹BERKELEY, George. **Tratado sobre os Princípios do Conhecimento Humano**. Trad. André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, v. 48, 2006, p.37.

²²MORIN, Edgar. Cultura e Conhecimento. In **O Olhar do Observador**. (orgs.) Paul Watzlawick e Peter Kriegg. Trad. Helga Madjdrey. São Paulo:Editorial Psy II, 1995, p.78.

O que reforça a idéia de que testemunhas de um único evento, se originárias de culturas diferentes (valores, juízos e conceitos), por certo disponibilizarão declarações diversas, de acordo com seu desenvolvimento e capacidade para avaliar e julgar (durante o registro das circunstâncias presenciadas).

1.1.3. Interdisciplinaridade e Revolução do Cérebro

Preocupado com as distâncias criadas pelos cientistas, cada qual na sua área, Milton Greco²³ dedicou-se a desenvolver um programa que conciliasse conteúdos de disciplinas científicas diversas, de maneira que tal intercâmbio oferecesse soluções mais abrangentes ao conhecimento humano. Verificou que o processo cognoscitivo, produzia suas pesquisas com apenas um olho, fundamentando seus “achados” sob a perspectiva isolada dos conhecimentos internos à sua disciplina.

Reforçando tal entendimento, escrevera Arthur Schopenhauer: “... um erudito tão exclusivo de uma área é análogo ao operário que, ao longo de sua vida não faz nada além de mover determinada alavanca...”²⁴

Neste texto, o autor denuncia a qualidade de estudiosos, “espíritos de categoria inferior”,²⁵ que apenas conquistaram seu saber, sobre uma folha de papel, e continua: “... a verdadeira formação para a humanidade exige universalidade e uma visão geral...”²⁶

Enquanto o século XX desenvolveu-se sobre bases fundadas nas especialidades, alguns estudiosos deram como exemplo as suas vidas, determinados a estudar diferentes áreas do saber. Como Charles Sanders Peirce, matemático,

²³GRECO, Milton. **Interdisciplinaridade e Revolução do Cérebro**. 2.ed. São Paulo: Pancast, 1994, p.13.

²⁴SCHOPENHAUER, Arthur. Sobre a Erudição e os Eruditos. In **A Arte de Escrever**. (org. e trad.) Pedro Sússekind. São Paulo: L&PM Pocket, vol.479, § 11, 2009, p.3.

²⁵SCHOPENHAUER, Arthur. Sobre a Erudição e os Eruditos. In **A Arte de Escrever**. (org. e trad.) Pedro Sússekind. São Paulo: L&PM Pocket, vol.479, § 11, 2009, p.31.

²⁶SCHOPENHAUER, Arthur. Sobre a Erudição e os Eruditos. In **A Arte de Escrever**. (org. e trad.) Pedro Sússekind. São Paulo: L&PM Pocket, vol.479, § 11, 2009, p.31.

astrônomo, químico, físico e filósofo, outros ecléticos estudiosos deixaram para a humanidade uma possibilidade a ser imitada, qual seja, o atingimento de outra dimensão do conhecimento, resultado da interdisciplinaridade das ciências.

Neste mesmo sentido, Thomas Kuhn²⁷ entendeu que o desenvolvimento do conhecimento humano ocorria, em determinados períodos, através das ciências naturais, por exemplo, a física e outras correlatas, pelo gradativo acúmulo de informações e que alternadamente, uma revolução científica dar-se-ia pela quebra repentina de antigos paradigmas.

Como resposta às atividades de alguns cientistas, que criavam interfaces entre as áreas de conhecimento, a Neuro-Psicologia²⁸ (interagindo com a fisiologia do corpo humano) descobriu e descreveu os processos (lógico, intuitivo e prático) do raciocínio no cérebro humano. Foi descoberto que no hemisfério cerebral esquerdo davam-se os mecanismos analíticos e lógicos enquanto que no direito, os processos sintéticos e intuitivos, restando à porção central, os mecanismos relativos à motricidade.

Tal descoberta veio a reforçar a teoria de que as três funções, dispostas em locais específicos e totalmente independentes, poderiam trabalhar isolada ou simultaneamente e que cada indivíduo poderia apresentar, de acordo com as atividades desenvolvidas durante seu crescimento, uma região do cérebro mais desenvolvida do que outra.²⁹ Disto resultaria uma particular e diferenciada percepção de um mesmo evento, para diferentes indivíduos, restando comprovado que jamais uma realidade poderia ser vista como única para observadores distintos.

Antonio Rosa Damásio³⁰ escrevera, entre outros livros, “O Mistério da Consciência” e “O Erro de Descartes”, desenvolvendo uma pesquisa em que concluía pela interação entre emoção e razão, para impulsionar a atividade cerebral (repleta de imagens). Definiu e classificou formas de consciência como oriundas da

²⁷KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 7.ed. São Paulo: Perspectiva, 2003., p.82.

²⁸GRECO, Milton. **Interdisciplinaridade e Revolução do Cérebro**. 2.ed. São Paulo: Pancast, 1994, p.118.

²⁹GRECO, Milton. **Interdisciplinaridade e Revolução do Cérebro**. 2.ed. São Paulo: Pancast, 1994, p.123.

³⁰DAMÁSIO, Antonio Rosa. *passim*. **O Erro de Descartes**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

necessidade de manutenção e adaptação da vida. Critérios de subjetividade e objetividade seriam classificações decorrentes de alguma conveniência. Com as reiteradas exposições aos problemas (motivações), o cérebro desenvolver-se-ia no sentido de desencadear uma série de soluções específicas para cada situação.

Neste mesmo sentido, Francisco Javier Varela Garcia³¹ descrevera a experiência da consciência como processo que emerge do indivíduo (e suas interações), não derivando de dados objetivos, mas como resultado das experiências pessoais.

“Compreender alguma coisa significa subordinar-se a ela para,
assim, promover o seu desenvolvimento.”

Heinz Von Foerster

1.2. Comunicação e Linguagem

A Teoria dos “Atos da Fala”³², resumida pela expressão: “todo dizer é um fazer”, fora desenvolvida por John Langshaw Austin. Descrevera elementos que através do uso da linguagem, interfeririam na interpretação final de um texto de comunicação. Assim, a fala não só comunica como age sobre o receptor. Apresentou uma classificação com três conceitos relativos ao ato de falar e suas mensagens conexas: “Ato Locutório” como todo aquele que enuncia algo; “Ato Ilocutório”, aquele imerso em uma determinada intenção; e finalmente, “Ato Perlocutório”, que, além do

³¹GARCIA, Francisco Javier Varela. *passim*. **El Fenómeno de la Vida**. Santiago: Dolmen, 1999.

³²AUSTIN, John Langshaw. *passim*. **How to do Things with words**. New York: Oxford University Press, 1965.

enunciado, proporciona certos efeitos. Assim, a teatralidade que envolve o texto, é também um elemento a mais, para a interpretação final.

Locuções afirmativas não exigem constatação de sua veracidade para que enunciem algo, apenas compreendemos uma mensagem, mesmo que não tenha qualquer relação com a verdade.

Com uma visão que emprega um novo elemento (relação social), Donald Herbert Davidson³³ afirmara que os fatos do mundo concreto só poderiam ser conhecidos mediante um processo triangular entre duas criaturas e o mundo. Assim, o conceito seria adquirido pela interação entre os objetos e principalmente, decorrente da referência instalada entre eles e o indivíduo, de maneira que se os mesmos elementos fossem mantidos, mas o ângulo de percepção, alterado, o resultado final seria diverso. Quisera dizer que, os valores e interpretação adquiridos de uma experiência estariam intimamente ligados aos conceitos estipulados pelo grupo, de maneira que, nossos juízos seriam formados pela somatória da avaliação dos que também existissem ao nosso redor. Ainda mais, que a experiência poderia ser individual, mas que o ato de valorar a percepção, a representação tornada “idéia”, só se perfaria através de valores pré-estabelecidos pelo grupo de vivência.

Partira do princípio de que durante o ato de comunicação, quando alguém nos revelasse algo que parecesse distinto do compreendido por nós, não estaria a inventar, mentir ou distorcer as suas observações, mas apenas a interpretá-las sob ângulo diverso, fruto da cultura do observador. Assim, o mesmo evento percebido possibilita fatos (percepção registrada) diferentes.

Décio Pignatari³⁴ vai além ao informar que informações podem chegar aos sentidos humanos, porém, nem todas serão percebidas e registradas. A noção de percepção em relação ao grupo pode ser verificada quando escreveu: “Os homens e os grupos humanos só absorvem a informação de que sentem necessidade e/ou que

³³DAVIDSON, Donald Herbert. *passim*. Rational Animals. In **Subjective, Intersubjective, Objective**. New York: Clarendon Press, 1982.

³⁴PIGNATARI, Décio. **Informação. Linguagem. Comunicação**. São Paulo: Perspectiva, v.2, 1968, p.12. (Coleção Debates).

lhes seja inteligível”.³⁵ Conforme observara, os indivíduos filtram o conhecimento que lhes parece útil. O que explica acreditarmos, às vezes, não termos ouvido algo que realmente chegou aos nossos ouvidos, pois não nos interessava naquele instante.

Avram Noam Chomsky³⁶ desenvolvera a chamada “Gramática Generativa Transformacional”, teoria que concebe as expressões da linguagem como originárias de dois mundos de representação, de forma a declarem de imediato “a que vieram” (sua forma racional) e subliminarmente carreguem uma diversidade de mensagens (através da fonética). O que explicaria o leque de interpretações possíveis quando do estudo de um único texto. Definiu a linguagem como nascida de um jogo de possibilidades entre os termos e os parâmetros utilizados pelo indivíduo. Sua obra “Linguística Cartesiana” dera fundamento à Ciência da Computação, bem como à Psicologia.

Edwin Guthrie³⁷ dera nova conotação ao termo “fato”, qual seja, a de que não pode ser considerado sinônimo de “evento”, pois: “... objetos e eventos só passam a ser fatos depois de serem descritos por pessoas”.³⁸ Assim, a palavra “evento” está a designar o ocorrido, no mundo da matéria, e se, possível de observação, testemunhado por indivíduo que possa declarar haver presenciado, e “fato”, a versão declarada pelo observador.

1.2.1. Interpretação

³⁵PIGNATARI, Décio. **Informação. Linguagem. Comunicação**. São Paulo: Perspectiva, v.2, 1968, p.12.

³⁶CHOMSKY, Noam. **Linguagem e Mente**. Trad. Lúcia Lobato. Revisão Mark Ridd. Brasília: UNB, 1998, p.83.

³⁷GUTHRIE, Edwin Ray. SMITH, Stevenson. *passim*. **General Psychology in Terms of Behavior**. Califórnia: Applenton, 1921. Digitalizado em 29 de julho de 2008, p.270. Disponível em < books.google.com/.../General_psychology_in_terms_of_behavior.html?> Acesso em 8 de janeiro de 2012.

³⁸GUTHRIE, Edwin Ray. SMITH, Stevenson. *passim*. **General Psychology in Terms of Behavior**. Califórnia: Applenton, 1921. Digitalizado em 29 de julho de 2008, p.270. Disponível em < books.google.com/.../General_psychology_in_terms_of_behavior.html?> Acesso em 8 de janeiro de 2012.

“Não há texto de lei que não deixe campo à interpretação. A lei é morta. O magistrado vivo. É uma grande vantagem que ele tem sobre ela”

Jacques Anatole François Thibault

Diversas correntes surgiram socorrendo-se de métodos específicos para o desenvolvimento de interpretação de um texto (literal, histórica, teleológica, e outras), tudo indicando a presença de perspectivas diversas e possibilidade de escolha pelo intérprete. O que vem a reforçar a teoria de que o homem é capaz de enxergar, mas declara somente o que lho convém.

Sobre a intenção de revelar, Eni Pulcinelli Orlandi definiu “Discurso”³⁹ como a materialidade da ideologia, e a “Língua”, a materialidade do discurso. O interlocutor, encontrando-se em uma posição única, qual seja, de um referencial próprio, no ato de pronunciar-se delataria a sua forma de enxergar a realidade observada.

De fato, esta escolha não se dá no plano da consciência, pois que as palavras quando encadeadas, já vêm carregadas de sentidos e ordem de materialização que foram filtradas no inconsciente. No processo de comunicação, o emissor transmite uma informação ao receptor, e o faz através de um código previamente escolhido, referindo-se a algum elemento da realidade da qual participou.⁴⁰ Como um “referente”, a transmissão de informação não se dará de forma pura e objetivamente reproduzida, ao contrário, o que for verbalizado, estará impregnado por interpretações particulares escolhidas pelo emissor, e certamente com viés de memória seletiva.⁴¹

³⁹ORLANDI, Eni Pulcinelli. **Análise de Discurso: Princípios e Procedimentos**. 9.ed. Campinas: Pontes Editores, 2010, p.17.

⁴⁰ORLANDI, Eni Pulcinelli. **Análise de Discurso: Princípios e Procedimentos**. 9.ed. Campinas: Pontes Editores, 2010, p.21.

⁴¹ORLANDI, Eni Pulcinelli. **Análise de Discurso: Princípios e Procedimentos**. 9.ed. Campinas: Pontes Editores, 2010, p.10.

Propôs uma distinção⁴² entre “Inteligibilidade”, “Interpretação” e “Compreensão”, de forma que: “inteligibilidade” compreenderia a capacidade de captar o texto pelo sentido da língua conhecida dos interlocutores; “interpretação” dar-se-ia pela sobreposição do conhecimento da circunstância relativa ao texto; e finalmente a “compreensão”, ocorreria pela percepção de outros sentidos, somando informação à comunicação.

Sob o prisma do receptor, também entendera que as palavras encadeadas não carregariam a possibilidade de uma única compreensão, mas produziriam efeitos diversos, inclusive em função do encadeamento escolhido pelo interlocutor.

Arthur Schopenhauer⁴³, em sua obra “Sobre a Linguagem e as Palavras” manifestara-se dizendo: “... todas as traduções são imperfeitas...”, diz serem “obras mortas” se houve esforço, e “falsas”, se livre para traduzir. Convicto de que é impossível descrever ou repetir o momento em que se dá, seja qual for, o ato.

Como o mecanismo que leva à informação está ligado à idéia de seleção, o resultado final a ser alcançado será sempre produto de uma opção frente a um número, não pequeno, de variáveis.

Isto nos faz pensar que o procedimento da produção de prova oral, certamente está envolto por um sem número de momentos decisivos, para o magistrado, que se vê impulsionado a selecionar, para registrar, as informações que lhes são apresentadas.

Sempre sujeitos à linguagem e comprometidos com os sentidos, não conseguimos evitar a imediata interpretação de tudo o que nos cerca. Porém, existem formas de controle da interpretação, e estas são delegadas a poucos peritos (juízes, professores, teólogos). Estes irão analisar um discurso pretérito, enquanto um psicólogo pode, durante um depoimento, avaliar a linguagem utilizada pelo homem e como ele se relaciona com a realidade. Tal técnica pode e deveria ser empregada

⁴²ORLANDI, Eni Pulcinelli. **Análise de Discurso: Princípios e Procedimentos**. 9.ed. Campinas: Pontes Editores, 2010, p.26.

⁴³SCHOPENHAUER, Arthur. Sobre a Linguagem e as Palavras. In **A Arte de Escrever**. (org. e trad.) Pedro Süsskind. São Paulo: L&PM Pocket, 2009, p.150.

com fins a um melhor aproveitamento das “declarações de vontade” manifestadas pelas testemunhas, numa audiência de instrução, por exemplo.

Sobre este tema, acreditava Friederich Nietzsche que somente a relatividade predominasse, não havendo verdade ou falsidade, mas interpretação. Exemplo vivo da impossibilidade da absoluta garantia de distanciamento entre teoria e experiência pessoal, adepto da Teoria do Relativismo e do respeito às individualidades, caía em contradição ao julgar o comportamento feminino, bastando ler qualquer uma de suas famosas frases sobre as mulheres, para percebermos que se achava certo quanto à feroz e perturbada discriminação que fazia a elas.

Também Charles Sanders Peirce desenvolveu teoria acerca da recepção dos eventos e registros na memória, indicando ao final, individual e particular percepção possível para cada indivíduo.⁴⁴ Colocara a questão sobre a essência do Juízo, dizendo: “... é ato mental pelo qual o julgador procura impor-se à verdade de uma proposição”,⁴⁵ e ao reportar-se ao conceito de pré-julgamento, observara a preocupação com a derivação (sempre imperfeita) de um signo, em especial o “índice”, capaz de indicar, sugerir algum significado decorrente da imagem, por correlacioná-los, informando-nos de que apenas a única maneira de comunicar diretamente uma idéia dar-se-ia através de um ícone.⁴⁶

Seu entendimento de signos levou-o a classificá-los em virtude daquilo que podem denotar. Assim, enquanto o “Ícone” se refere ao objeto que denota apenas em virtude de seus caracteres próprios⁴⁷, o “Índice” diz respeito ao objeto que denota em virtude de ser realmente afetado por ele. Quisera nos informar da constante e provável mudança no objeto e no índice, a indicar que, com a alteração do objeto, seu índice também mudaria.

⁴⁴PEIRCE, Charles Sanders. *passim*. **Semiótica**. Trad. José Coelho Teixeira Neto. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

⁴⁵PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Trad. José Coelho Teixeira Neto. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 1999, p.53.

⁴⁶PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Trad. José Coelho Teixeira Neto. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 1999., p.64.

⁴⁷PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Trad. José Coelho Teixeira Neto. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 1999, p.52.

Heinz Von Foerster⁴⁸ afirmara que as características apresentadas nas coisas mostram-se como características do observador. Assim, o indivíduo somente compreende quando está apto a reconhecer, no objeto observável, algo que já faça parte de suas experiências. A realidade ou o ambiente que percebemos é nossa invenção, visto ser a codificação do mundo externo algo exclusivamente subjetivo.

1.2.2. Textualidade e Discursividade

Segundo Eni Pulcinelli Orlandi: “Texto é uma extensão de palavras que possua algum significado”.⁴⁹ À disciplina “Gramática” interessa a organização das palavras, enquanto “a Análise do Discurso”, a maneira como se dá a materialização do texto, indicando os interesses subliminares que irão desencadear a relação daquela língua com o interlocutor.

Tal articulação de natureza lingüístico-histórica, realizada pelo sujeito (com suas experiências técnicas ou emotivas) pode ser facilmente percebida pelo receptor da mensagem.

⁴⁸FOERSTER, Heinz Von. *passim*. **Wissen und Gewissen**. (org. e ed.) Siegfried J. Schmidt. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994.

⁴⁹ORLANDI, Eni Pulcinelli. **Análise de Discurso: Princípios e Procedimentos**. 9.ed. Campinas:Pontes Editores, 2010, p.69.

Uma terceira disciplina de interesse ao presente estudo, a “Linguística” parte do pressuposto de que a linguagem não é unívoca ou absolutamente transparente, e por tanto deve estudar a relação entre o pensamento, a linguagem e o mundo que cerca o interlocutor.⁵⁰

A autora apresenta mais uma perspectiva que atua nos mecanismos de compreensão humano, o meio que envolve aquele que comunica e que recebe informações também interage com os dois momentos iniciais (recepção e verbalização).

Neste sentido, a Psicanálise, desde o século XIX, vem fortalecendo a idéia de que a língua não é somente uma estrutura, mas um acontecimento que se dá entre o sujeito e a história que o afeta,⁵¹ que forma símbolos, indicadores de sentidos guardados nas mais variadas zonas do cérebro humano (do inconsciente ao consciente).

O estudo do “Discurso” irá se distinguir da “Hermenêutica”, por não procurar tão somente um sentido verdadeiro, por meio de algum mecanismo de interpretação por detrás do texto, mas levando em conta também a relação entre quem diz e o sentido declarado verbalizado e finalmente, a interação “emissor - receptor” e as conseqüentes respostas de comportamento e verbalização.

Acrescenta: “... o discurso é produto de sentido entre locutores”.⁵² Assim, teremos que repensar o momento em que se dá a comunicação entre dois indivíduos e conscientizarmo-nos de que à menor modificação da interlocução (de postura ou questionamento), o produto final será, sempre e apenas, uma entre as várias possibilidades alcançadas.

Também se deve levar em conta que a formulação das questões, particulares a cada observador, a escolhas de quais questões serão efetuadas e a

⁵⁰ORLANDI, Eni Pulcinelli. **Análise de Discurso: Princípios e Procedimentos**. 9.ed. Campinas:Pontes Editores, 2010, p.19.

⁵¹ORLANDI, Eni Pulcinelli. **Análise de Discurso: Princípios e Procedimentos**. 9.ed. Campinas:Pontes Editores, 2010, p.19.

⁵²ORLANDI, Eni Pulcinelli. **Análise de Discurso: Princípios e Procedimentos**. 9.ed. Campinas:Pontes Editores, 2010, p.21.

organização de como serão dispostas, irão interferir e, por certo, construir declarações que poderiam não ocorrer se as circunstâncias fossem outras.

1.3. Perspectiva do Observador

1.3.1. Objetividade e Relatividade

Aristóteles definira:

Chamamos uma coisa de “relativa” quando desta se diz que é o que é por dependência de alguma outra coisa ou, se não, por estar relacionada a alguma coisa de alguma outra forma. (...) Entre outros termos relativos encontramos o estado, a disposição, a percepção, o conhecimento, a posição ou postura.⁵³

Demonstrando total consciência da particular posição daquele que acredita observar algo, legara, à humanidade, a maior produção intelectual de alta tecnicidade, preocupado como sempre esteve com as desavenças que a língua, as classificações e os termos, mal empregados, poderiam provocar num discurso qualquer.

É fato, na história das ciências, que o homem sempre procurou alcançar imparcialidade no ato de observar e avaliar os fatos ao seu redor. A busca da “não-interferência” proporcionou diversas teorias e métodos para as tomadas de postura, de forma a alcançar distanciamento entre o objeto avaliado e o observador.

De acordo com Paul Watzlawick “... um universo de onde se banisse todas as subjetividades não seria mais observável”.⁵⁴ Convicto de que o processo de entendimento dos eventos presenciados carregaria elementos da individualidade do observador.

⁵³ARISTÓTELES. **Órganon**. Trad. Edson Bini. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2010, p.54.

⁵⁴WATZLAWICK, Paul. Introdução. In **O Olhar do Observador**. (orgs.) Paul Watzlawick e Peter Krieg. Trad. Helga Madjderey. São Paulo: Editorial PSY II, 1995, p.9.

Reforçando tal teoria, George Berkeley afirmara sobre a relativização do ponto de vista ao expor que:

(...) o grande e o pequeno, o rápido e o lento não existem em nenhuma parte fora da mente, pois são inteiramente relativos e mudam segundo as variações de estrutura ou de posição dos órgãos dos sentidos,⁵⁵ pois (...) um mesmo corpo que é frio a uma mão, à outra, lhe parece quente⁵⁶; A dureza ou a brandura, a cor, o sabor, a temperatura e diversas outras qualidades existe apenas na mente que as percebe.⁵⁷

Como dois corpos não poderiam ocupar simultaneamente o mesmo espaço, também dois observadores, em posições diversas, não poderiam captar informações sob ângulos idênticos. Exemplo disto: duas pessoas observando uma mesma cadeira terão idéias diversas sobre ela.

Para o autor, nada é real, tão capaz de existir fora da mente. Nossa realidade é apenas “noção da materialidade”, pois que a matéria não existe.⁵⁸ Fora ainda mais longe ao negar a realidade da matéria, substância corpórea (como chamam os filósofos), afirmando que: “... os nossos sentidos dão forma e existência à matéria somente em nossa mente”.⁵⁹

Compreendera Luz e Cor como os únicos objetos imediatos da vista, meras sensações que só existiriam se percebidas.

Também David Hume dissera: “... idéias são representações das impressões na mente...”.⁶⁰ Classificara as idéias em três modalidades: “Relações”

⁵⁵BERKELEY, George. **Tratado sobre os Princípios do Conhecimento Humano**. Trad. André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, v.48, 2006, p.44.

⁵⁶BERKELEY, George. **Tratado sobre os Princípios do Conhecimento Humano**. Trad. André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, v.48, 2006, p.45.

⁵⁷BERKELEY, George. **Tratado sobre os Princípios do Conhecimento Humano**. Trad. André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, v.48, 2006, p.57.

⁵⁸BERKELEY, George. **Tratado sobre os Princípios do Conhecimento Humano**. Trad. André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, v.48, 2006, p.55.

⁵⁹BERKELEY, George. **Tratado sobre os Princípios do Conhecimento Humano**. Trad. André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, v.48, 2006, p.62.

⁶⁰BERKELEY, George. **Tratado sobre os Princípios do Conhecimento Humano**. Trad. André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, v.48, 2006, p.10.

(associações susceptíveis de comparação: semelhança, identidade, relação de lugar e tempo, quantidade, graus de qualidade em comum para dois objetos, oposição e relação causa-efeito); “Modos” e “Substâncias” (agrupamentos de idéias simples que a imaginação une e às quais se lhes pode atribuir um nome diferenciador).

Sustentou o Princípio do Empirismo, por acreditar que qualquer pensamento em nossa mente procederia da experiência, uma vez que toda idéia provém de uma impressão.⁶¹ Como soma de informações, o pensamento por certo seria resultante da singularidade do indivíduo.

Em relação à substância, contrariamente ao que definira Aristóteles, acreditava que não resultaria de uma impressão concreta, mas de uma coleção de idéias unidas pela imaginação.

Ponto pacífico para a área da física, a propagação de ondas (refração e reflexão) segue Leis Naturais sendo que seus resultados podem ser diversos em função da superfície que recebe o feixe luminoso. Também desta forma, a informação declarada por um emissor há de gerar resultado diverso sobre receptores desiguais.

Fazendo um paralelo das definições, a Propagação da Luz ⁶² sobre um determinado corpo pode resultar em “Reflexão” (quando não puder atravessá-la), ou “Refração” (quando conseguir romper a barreira de suas moléculas). Podendo ocorrer “Reflexão Especular” (quando se der total rebatimento da luz, por conseqüência da impossibilidade de atravessar a superfície) e “Reflexão Difusa” (quando a superfície intransponível e irregular enviar o retorno da luz com distorções decorrentes da sua composição).

Adequando tais classificações aos fenômenos presentes à comunicação, se o juiz - receptor (ao receber a mensagem do emissor) se mantiver de forma que seja impossível tocá-lo, a mensagem poderá ser devolvida como se nada tivesse recebido (Reflexão Especular). No entanto, se posicionar-se como superfície capaz receber alguma informação, duas situações serão encontradas: se, totalmente aberto

⁶¹HUME, David. **Investigação Sobre o Entendimento Humano**. Trad. André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, v.25, 2006, p.11.

⁶²SILVA, Marco Aurélio. **Reflexão e Refração da Luz**. Disponível em <<http://www.alunosonline.com.br/fisica/reflexao-e-refracao-da-luz.html>> Acesso em 2 dez. 2011.

à compreensão, dar-se-á a Refração (todas as informações serão levadas a termo, proporcionando a oportunidade de exercício do Princípio da Ampla Defesa e igualdade no Contraditório); se, aberto, mas inconscientemente contaminar as declarações, filtrando-as conforme seu “livre convencimento”, encontraremos outras duas possibilidades: a Reflexão Total das informações (barreira intransponível), de maneira que sejam devolvidas ao declarante (momento do indeferimento das perguntas ou da imediata intromissão por parte do magistrado que ao reperguntar, deixa transparecer seu raciocínio) passando a caracterizar a interferência entre emissor e receptor, e conseqüente reconstrução da oitiva testemunhal; e, por último, a simultaneidade dos fenômenos: Reflexão parcial (devolução ou indeferimento de algumas informações) e Refração (pela recepção de algumas das informações obtidas, mas definitivamente levadas a termo somente algumas delas).

Neste campo, “Objetividade” (metodologia com vistas à não-interferência do observador) e “Relatividade (interação do observador através da interferência de seus juízos de valores ao registrar o observado) podem ser comparadas aos fenômenos de Refração e Reflexão da luz, de forma que o magistrado tomado como a superfície capaz de receber a propagação da luz (as informações que recebe) irá permitir ou não (em função da postura que estabelecer) maior passagem de luz, (informação).

É pertinente dizer que deve o magistrado policiar-se para jamais interagir com os declarantes, pois que se o fizer estará reproduzindo as sessões de psicanálise freudianas, notoriamente direcionadas. E se na seara do direito processual civil, a objetividade também deve ser aplicada, ainda que o magistrado tivesse que promover pessoalmente a oitiva, deveria fazê-lo seguindo a linha de Carl Jung, na qual em hipótese alguma devesse o inquisidor, interagir com o paciente.

Segundo Heinz von Foerster, em sua obra “Perspectiva e Visão” ⁶³, sobre a Teoria do Conhecimento comenta que o que é observado é instituído pelo observador. A realidade é construída por ele, interferindo no processo de captação. O observador, durante a percepção, simultaneamente cria sua realidade. Como

⁶³FOERSTER, Heinz Von. **Sicht und Einsicht. Versuche zu einer operativen Erkenntnistheorie.** Braunschweig/Wiesbaden: Friedr. Vieweg & Sohn, 1985, f.25.

resultado paralelo, sob um recurso de circularidade infinita, de maneira que, aquilo que não consegue explicar, não é compreendido.

Utilizando os conceitos das mesmas ciências às quais o autor se dedicara poderemos criar um paralelo mais fácil de ser compreendido.

O organismo humano possui aparelhos sensoriais aptos à captura de pelo menos cinco tipos de informações (sinais) denominados: “Sentidos”. Tais captadores são: visão, audição, olfato, tato e paladar. Tais medidores (captadores de informação) são biológica e fisiologicamente semelhantes nos seres humanos, mas não podemos deixar de lembrar que, nenhum corpo humano é idêntico aos demais. Assim, os desempenhos destes captadores serão distintos.

Valendo-nos das “ciências elétricas” um conceito pode ser útil, qual seja a “Transdução”. Transdutor é um dispositivo que recebe um determinado sinal e o retransmite, podendo, por exemplo, receber um sinal elétrico e o converter a sinal mecânico. Tal mecanismo ocorre em duas etapas: “sensores” (captam as informações de entrada) e “atuadores” (executam as ações de saída, as informações de resposta). O sensor pode traduzir informação não elétrica (velocidade, posição, temperatura, pH) em informação elétrica (corrente, tensão, resistência).

Se entendermos a “interpretação” como resultado de uma leitura sobre algo, teremos compreendido Heinz Von Foerster ao mencionar que o mundo externo transmite intensidades de energia que são transformadas em Calor ou Cor (pelos nossos sensores).

Ocorre que, além das características fisiológicas que determinam nossos aparelhos de recepção, na etapa de processamento das informações, reorganização, registro e até mesmo, a etapa em que se busca pela memória para responder a qualquer questão ventilada, o indivíduo o fará sob as suas especiais circunstâncias, de forma que seu desenvolvimento intelectual terá interferido na captação, compreensão e reorganização dos eventos que fora testemunha. Os padrões de aprendizagem, bem como seus interesses e conveniências históricas irão dar colorido único à sua percepção dos eventos, objeto da produção de prova, no processo.

Assim, tanto testemunhas como juiz, serão transdutores de realidade ao produzirem suas verdades particulares, quais sejam, os fatos.

1.3.2. O Objeto Conhecido

“Não me procurarias se já não me tivesses encontrado”

Blaise Pascal

Immanuel Kant⁶⁴ atentou para o fato de que nada poderíamos imaginar sobre um objeto que não tivéssemos anteriormente feito uma relação espontânea e muito pessoal. Assim, “relação, como conjunto” significa listar tudo que o raciocínio possa captar e a razão só admite o que ela cria segundo suas próprias convicções. O conhecimento não é descoberta de realidade, já formatada, e a razão reconhece aquilo que ela mesma cria, diferindo a razão de um à de outrem, uma vez que as experiências não são idênticas. Não pretendia alcançar a verdade, mas através da objetividade, conseguir apenas uma representação correta da realidade.

⁶⁴KANT, Immanuel. *passim*. **Crítica da Razão Pura**. 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

Ainda numa visão bastante cética, só poderíamos afirmar sobre a aparência das coisas, mas nada sobre sua essência.

O mesmo entendimento expressado, no século XVII, por Giambattista Vico para quem: "... o homem só reconhece aquilo que ele mesmo realiza",⁶⁵ havendo por tanto um filtro disposto sobre o aparato cognitivo específico.

Entendia também que a linguagem era uma resposta criativa às sensações vividas, como necessidade de expressão das percepções.⁶⁶

Também discorrera sobre o tema Ernst Glasersfeld, convicto de que o observador tende a direcionar seus interesses e armazenar preferencialmente certos estímulos a outros,⁶⁷ assim, a percepção sensorial seria conduzida pelo observador, de tal sorte que sensações ou idéias só existiram na mente que as percebesse. Acrescentara o autor: "Ter uma idéia é o mesmo que perceber".⁶⁸

A reflexão sobre os graus de percepção e interpretação que diferentes seres humanos podem ter sobre um mesmo evento, têm sido objeto da psicologia, há várias décadas. Carl Gustav Jung classificara, na obra "Tipos Psicológicos"⁶⁹ (as dimensões de interação dos seres humanos) padrões que em suas observações eram evidentes em alguns indivíduos, de maneira que apresentavam respostas comportamentais sempre semelhantes, a certos estímulos, e idêntica visão do mundo.

⁶⁵VICO, Giambattista. **De Antiqüíssima Italarum Sapientia**. Nápoles: Stamperia de'Classici Latini, 1858. Disponível em www.ispf.cnr.it/ispf-lab Acesso em 28 mai. 2010

⁶⁶VICO, Giambattista. **La Scienza Nuova**. Disponível em <http://www.Liberliber.it/biblioteca/v/Vico/index.htm> Acesso em 18 mar. 2011.

⁶⁷GLASERSFELD, Ernest Von. Adeus à Objetividade. In **O Olhar do Observador**. (orgs.) Paul Watzlawick e Peter Krieg. Trad. Helga Madjderey. São Paulo: Editorial PSY II, 1995, p.26.

⁶⁸GLASERSFELD, Ernest Von. Adeus à Objetividade. In **O Olhar do Observador**. (orgs.) Paul Watzlawick e Peter Krieg. Trad. Helga Madjderey. São Paulo: Editorial PSY II, 1995, p.42.

⁶⁹JUNG, Carl Gustav. *passim*. **Tipos Psicológicos**. Trad. Rascher Verlag. 4.ed. Rio de Janeiro Zahar, 1981.

Optara por utilizar o termo “Tipo” ao invés de “Personalidade” definindo-a como: “... tipo geral de disposição, distinta pela direção dada aos seus interesses...”⁷⁰

Identificara uma interação entre os pólos da percepção (observador e objeto percebido) dizendo: “... a relação entre sujeito e objeto é biologicamente considerada uma relação de ajustamento, uma vez que toda a relação entre sujeito e objeto pressupõe sempre efeitos modificadores de um sobre o outro”.⁷¹

Assim, personalidades distintas recebem informações de forma particular e diversa, de maneira que para cada juiz, uma sentença diversa. Não sendo caminho para o encontro da justiça a menor quantidade de processos (que constroem os juizes a prolatar centenas de sentenças em pouco tempo), nem garantia para melhores decisões, pois a subjetividade continuará presente em seus julgamentos.

1.3.3. Percepção e Experiência como Fontes de Realidade

Em sua obra “Na Construção de uma Realidade”,⁷² Heinz Von Foerster desenvolveu a teoria pela qual as percepções dão oportunidade à aparição das idéias somente no campo das experiências pessoais, ocorrendo certa reorganização dos eventos apreendidos. Criador da Biocibernética (estudando os fenômenos biológicos) entendeu a vida sob o prisma de uma interação entre informações e energia auto-organizadora. Como a Cibernética avalia os processos mentais e não as substâncias,⁷³ os estudos desta disciplina proporcionaram as bases para a criação de um novo paradigma, qual seja, não mais a pesquisa sobre a substância mas os mecanismos desencadeadores do conhecimento. Desta forma, ao invés de

⁷⁰JUNG, Carl Gustav. **Tipos Psicológicos**. Trad. Rascher Verlag. 4.ed. Rio de Janeiro Zahar, 1981, p.386.

⁷¹JUNG, Carl Gustav. **Tipos Psicológicos**. Trad. Rascher Verlag. 4.ed. Rio de Janeiro Zahar, 1981, p.387.

⁷²FOERSTER, Heinz Von. On Constructing a Reality. In **F. E. Preiser**. Stroudsburg: Dowden, Hutchinson & Ross, v.2, p.38, 1973.

⁷³BENNATON, Jocelyn. **O que é Cibernética?** São Paulo: Brasiliense, 1984, p.45.

preocuparmo-nos com o afastamento do observador, ele o incorporou, como mais uma variável, num universo de observação.

Nesta mesma valorização do procedimento e não da análise do objeto, Humberto Romesin Maturana afirmou que a aprendizagem seria estabelecida pelos "atos de linguagem",⁷⁴ dos movimentos do corpo e que deles resultaria o nosso conhecimento. Em parceria com Francisco Javier Varela, desenvolveu uma teoria denominada "Biologia do Conhecimento"⁷⁵ compreendendo inseparáveis o ser, o fazer, o conhecer e o falar, de tal forma que interagiriam contidos num único sistema, o observador e o observável.

Sob tal perspectiva, a lógica para compreender os eventos não ocorreria sob o reconhecimento de causas e efeitos, mas passaria a ser construída através das interações entre observador e observado.

Humberto Maturana e Francisco Javier Varela Garcia conceberam um organismo fechado capaz de construir seu conhecimento, de forma que o ato fosse capaz de gerar conhecimento, e simultaneamente, estaria capacitado a fazer. A realidade não seria algo a ser "des-coberta", apenas organizada e construída pela atividade humana em conjunto com seu objeto de estudo.

Sob outro prisma, Décio Pignatari definiu: "... grupos humanos, bem como os animais, só absorvem a informação de que sentem necessidade...".⁷⁶ Para ele, o ouvinte é capaz de filtrar, em função de interesses momentâneos, sua atenção, indo de um estímulo a outro, contrariando a teoria de que a percepção é conduzida pelas circunstâncias do meio.

Mauro Cerutti⁷⁷, adepto da teoria que desmistifica o observador objetivo, buscara em Ernst Glasersfeld a constatação das variações neurofisiológicas em

⁷⁴MATURANA, Humberto Romesin. **Transformación**. Santiago: Dolmen, 1999, p.47.

⁷⁵MATURANA, Humberto Romesin; VARELA, Francisco Javier. **El Árbol del Conocimiento**. Santiago: Hachette, 1991, p.52.

⁷⁶PIGNATARI, Décio. **Informação, Linguagem e Comunicação**. São Paulo: Perspectiva, v.2, 1968, p.12.

⁷⁷CERUTTI, Mauro. O Mito da Onisciência e o Olhar do Observador. In **O Olhar do Observador**. (orgs.) Paul Watzlawick e Peter Krieg. Trad. Helga Madjderey. São Paulo: Editorial PSY II, 1995, p.40.

relação à audição e o tato, como caminho para o desenvolvimento de um modelo que delimite a objetividade a ser preservada no momento de uma observação, de forma que o ato de apropriação de um novo conhecimento geraria imediata consciência do desconhecido circunvizinho, e como tal, não se pode esperar que o registro das mesmas informações seja armazenado de igual maneira por diferentes indivíduos receptores, durante uma interlocução.

Desmorona, sob os olhos do século XX, a clássica idéia de que a racionalidade e conhecimento sejam mecanismo e resultado de um controle sempre lógico e universal, passíveis de serem centralizados. Ao invés de síntese, como expostos às observações, passamos a entender as informações como complementares da construção do universo discursivo.⁷⁸

Neste sentido, Humberto Maturana apresentara o conceito de descentralização⁷⁹ levando em conta duas realidades: a divulgação do real em seus diversos planos (e esferas de realidade) e, a consciência de que tal divulgação fora traduzida em linguagem e formas de comunicação escolhidas pelo observador.

Neste entendimento, afiguram-se dois possíveis intercâmbios: uma relação simétrica entre os observadores (quando todos possuírem as mesmas limitações naturais, culturais e gramaticais, bem como os limites cognitivos) e uma relação assimétrica entre os observadores (quando o conhecimento originar-se de histórias singulares, ocorrências irrepetíveis, aversões pessoais, e outras).⁸⁰

São diversos os estudos que, nos últimos anos, apresentam convictos a existência de uma interdependência entre objeto e o sistema que o envolve, bem como a realidade da interação entre a observação e o sujeito observado.

Neste compasso, Wanderley Guilherme dos Santos declara:

⁷⁸CERUTTI, Mauro. O Mito da Onisciência e o Olhar do Observador. In **O Olhar do Observador**. (orgs.) Paul Watzlawick e Peter Krieg. Trad. Helga Madjderey. São Paulo: Editorial PSY II, 1995, p.42.

⁷⁹MATURANA, Humberto Romesin. *passin*. Ciência e Cotidiano: a Ontologia das Explicações Científicas. In **O Olhar do Observador**. (orgs.) Paul Watzlawick e Peter Krieg. Trad. Helga Madjderey. São Paulo: Editorial PSY II, 1995.

⁸⁰MATURANA, Humberto Romesin. *passin*. Ciência e Cotidiano: a Ontologia das Explicações Científicas. In **O Olhar do Observador**. (orgs.) Paul Watzlawick e Peter Krieg. Trad. Helga Madjderey. São Paulo: Editorial PSY II, 1995.

O ser humano é única fonte de validação e de falsificação de factuais, por isso mesmo ignora em excesso, por isso mesmo crê em nada⁸¹ (...) a lição da experiência se resume a um registro do precário.

Ingenuidade pensar que as observações detectadas formem um conjunto desprovido de valores pessoais, desde o momento da captação da informação até a reorganização (que se dá durante o processo de reconhecimento, apreensão, compreensão e, finalmente registro devidamente alocado na mente do observador). Enquanto teóricos reducionistas preferem negar variáveis de inferência, procedendo a raciocínios que isolam apenas elementos de seu interesse, como que a sugerir controle objetivo de determinadas circunstâncias, o mundo sucumbe à presença da subjetividade.

“A multiplicidade de dialetos, é ao mesmo tempo responsável por erros de juízos e, em consequência, erros de comportamento”.⁸² O autor indica a fragilidade e imperfeição dos métodos que pretendem exaurir o sistema de recepção humana.

De forma geral, “ruídos” (elementos que contaminam ou diminuem a capacidade de compreensão) durante a comunicação geram interceptações que ativamente desencadeiam falhas no resultado final. A própria variabilidade de conotação dada a um único termo (em qualquer língua) leva às distorções de sentido que ganham as interpretações diversas, podendo inclusive alterar os comportamentos desejados ou aguardados.

1.3.4. A Observação

Nesta seara, de percepção e objetividade do relato, em que se busca na memória os acontecimentos registrados, diversos autores durante os dois últimos séculos, deram suas contribuições.

A análise psicológica do entendimento, operada por David Hume, partira do princípio de que todas as nossas "idéias" seriam cópias das nossas "impressões",

⁸¹SANTOS, Wanderley Guilherme. **Discurso sobre o Objeto: uma Poética do Social**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria de Estado da Cultura, 1990, p.11.

⁸²SANTOS, Wanderley Guilherme. **Discurso sobre o Objeto: uma Poética do Social**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria de Estado da Cultura, 1990, p.98.

isto é, dos dados empíricos: impressões de sensação, mas também, impressões de reflexão (emoções e paixões). Este é o ponto de vista tradicional do empirismo que vê na experiência a fonte de todo saber. De fato não existe, na idéia de causalidade, senão o peso do hábito e da expectativa, de onde concluímos que não podemos acreditar na atuação do magistrado sob uma perspectiva totalmente objetiva pois que sob qualquer ótica que se suponha, sempre ocorrerá sob o domínio de uma relação.

Assim também, a Gestalt, uma das teorias da psicologia, preocupava-se com a percepção da forma.⁸³ O cérebro, ao receber informações, não pode deixar de criar interação entre os novos elementos apreendidos e os já registrados, de maneira que se auto-organiza, reforçando as afirmações de Immanuel Kant de que, os elementos por nós percebidos são organizados de forma a fazerem sentido e não apenas através de associações com o que conhecemos anteriormente, ao que ele chamou “dimensões aparentes da realidade”.⁸⁴

Diferentes formas de organização da percepção nos levam à realidade. Podemos encontrar uma divisão da percepção sensorial, qual seja, a sensação (o formato do próprio objeto percebido) e a representação (um processo de excitação da percepção). A sensação consiste num mecanismo fisiológico no interior do cérebro resultante de recepção dos estímulos externos, enquanto a percepção, é processamento capaz de utilizar-se da memória e do raciocínio para interpretar a informação sensorial. Ocorre que temos capacidade para filtrarmos e nos concentrarmos, após uma escolha, sobre as informações do nosso interesse, posto que as experiências somadas às expectativas haverão direcionado a capacidade de compreender a realidade. Tal percepção requer prévio conhecimento do objeto observado, para que seja possível distingui-lo entre tantas outras informações.

Assim, o mecanismo estudado pela Psicologia da Gestalt fortalece a convicção de que somente através das informações que já possuímos, acabamos por filtrar as demais recebidas, inclusive sendo reorganizadas em nossa mente em função de algum interesse, consciente ou não. O observador de um texto, de uma linguagem falada ou mesmo de uma cena, irá guardar uma informação através da

⁸³KOHLER, Wolfgang. *passim*. **Psicologia da Gestalt**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1980.

⁸⁴KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 2.ed. São Paulo:Martin Claret, 2008, p.177.

sua especial e singular lente de captação, de forma que, durante uma conversa cordial, emissor e receptor poderão concretizar uma comunicação, longe de ser a que pretendiam efetivar.

Neste sentido, além da necessidade da consciência, o observador deverá policiar-se quanto às teses decorrentes de sua experiência pessoal.

Durante o Renascimento científico, o arquiteto italiano Filipo Brunelleschi⁸⁵ criou a técnica chamada “Perspectiva” que sugeria ao observador a realidade através da representação gráfica. Baseado em regras matemáticas, solucionara a representação do mundo tridimensional, através de uma “Perspectiva Uni-Ocular”. Assim, o ser humano fora ensinado a conceber como verdadeira, a reprodução das imagens tridimensionais, apenas pela representação bidimensional, provocada pela perspectiva de um único olho, uma sugestão.

Parte do que o indivíduo acredita enxergar é estimativa das imagens refletidas. Exemplo disto: objetos apenas podem ser vistos, se iluminados. Assim, são criadas as impressões (ilusões) derivadas dos julgamentos ocorridos durante uma análise (que ocorre no cérebro que acredita ver algo) da cena. Isto porque a retina humana registra uma imagem bidimensional, enquanto outras áreas do cérebro completam a resolução tridimensional. Como consequência, o cérebro obtém resultados de imagens intimamente relacionados à maneira como fora organizado, não sendo exagero afirmar que a percepção do mundo está relacionada e é produto de uma soma de capacidades intelectuais e fisiológicas.

A percepção dos objetos somente ganha viés de tridimensionalidade pela resultante de mecanismos ocorridos no cérebro.

Nas ciências exatas, o método é o instrumento capaz de purificar a pesquisa, filtrando qualquer inferência do observador.

Acreditando nesta possibilidade, Michel Serres definiu o observador como um ponto não-observável.⁸⁶ Químicos, biólogos, físicos e outros de áreas “exatas”, inclinam-se a acreditar num possível distanciamento e instauração da objetividade no

⁸⁵GOMBRICH, Ernst Hans. **A História da Arte**. 4.ed., São Paulo: Zahar Editores, 1985, pp.168-169.

⁸⁶SERRES, Michel. **Der Parasit**. Frankfurt: Am Main Suhrkamp, 1981, p.365.

controle das estratégias, dos mecanismos avaliáveis. A conduta para atingir o distanciamento (capaz de possibilitar uma observação objetiva) se concretiza quando são estipulados os objetivos e a conscientização de quais elementos serão detectados. Sendo consideradas “Distinções”, os pontos cegos que devam ficar à margem da observação.

1.3.5. Reversibilidade versus Irreversibilidade do Tempo

Kurt Lewin afirma que: “Se não houvesse registros mnêmicos, cada ato seria realizado sempre como se fosse pela primeira vez”,⁸⁷ se referindo à condição que se estabelece nos registros da memória que possibilitam ao indivíduo tornar contínuo seu aprendizado, seu processo de interação com o mundo físico, do qual angaria informações para que se lhe possibilite a adaptação necessária ao meio.

Jean Piaget nos falou da noção de conservação e da capacidade de abstração do pensamento:

Resultam de um jogo de operações, coordenadas entre si em sistemas de conjuntos, e cuja propriedade mais notável, em oposição

⁸⁷LEWIN, Kurt. **Problemas de Dinâmica de Grupo**. São Paulo: Cultrix, 1970, p.10.

ao pensamento intuitivo da primeira infância, é a de serem reversíveis⁸⁸

Constatou que o desenvolvimento, psicológico e fisiológico, torna o indivíduo capaz de reorganizar as experiências e, ao realocá-las, dar novos sentidos aos fatos pretéritos e destes, criar novos juízos de valores sobre os mesmos fatos que lhe proporcionavam significados que não os atuais.

Em seu campo de pesquisa, comprovava o fato de que um evento observado e posteriormente comentado poderia ganhar nova interpretação e registro deturpado, em função do incremento de novos dados, a reconstruírem as imagens já registradas, denotando absoluta fragilidade durante a exteriorização do evento presenciado.

No mesmo entendimento, Jô Gondar encontrou a fundamentação para novas perspectivas sobre fatos pretéritos. Ao estudar os rearranjos descrevera:

A cada instante que os traços mnêmicos se rearranjam, produz-se um novo sentido, e esse sentido é irreversível - não porque não possa ser produzido outro que o modifique, mas porque não há possibilidade de retorno ao instante anterior. Esse sentido só pode ser destituído ou ultrapassado pela criação de outro, que também se apresentará como diferente com relação aos que o precederam: qualquer produção nova é por si só suficiente para impedir a simetria entre um antes e um depois."⁸⁹ e "se o inconsciente implica um tempo, este não deve ser entendido como grandeza e quantificabilidade preexistentes por si mesmas, e tampouco um tempo neutro onde se poderia dar indiferentemente este ou aquele evento."⁹⁰

Seu entendimento firmara-se na convicção de irreversibilidade no tempo, porém, somadas à reorganização dos conhecimentos já apreendidos.

Na física, encontramos através das contribuições de Isaac Newton, a compreensão do tempo como fator de abstração, reversibilidade e evolução. Se

⁸⁸PIAGET, Jean. Gênese e Estrutura na Psicologia da Inteligência. In **Seis Estudos de Psicologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.49.

⁸⁹GONDAR, Jô. **Estrutura e Tempo: Reversibilidade versus Irreversibilidade**. Rio de Janeiro: Revinter, 1995, p.65.

⁹⁰GONDAR, Jô. **Estrutura e Tempo: Reversibilidade versus Irreversibilidade**. Rio de Janeiro: Revinter, 1995, p.66.

reversível, por tanto, capaz de caminhar em qualquer direção (numa continuidade infinita) redirecionando-se ao passado, e por resultado, reconstruindo o futuro já vivenciado. Neste sentido, será possível, através de vetores de força e movimento, reproduzir e rearranjar os acontecimentos.⁹¹

Teoria oposta, a Psicanálise concebera o Tempo como irreversível, intrínseco ao indivíduo e às suas experiências, não sendo abstrato, mas um tempo construído (pois do seu inconsciente) e criado por ele. Teoria que entende o meio, como circunstâncias que permitem sejam agregados, ao sujeito, os valores e juízos. Assim, torna-se impossível voltar no tempo, não se podendo apagar os fatos vividos, nem desfazendo as características estruturais da personalidade do indivíduo.

Depreende-se que entre o evento presenciado e o fato narrado diversos elementos de integração podem estar presentes de forma que o produto final (a narração) resulte em uma versão completamente distinta da experiência vivida.

Verifica-se assim, uma tendência humana que não podemos controlar, qual seja, o preenchimento de lacunas, quando dos eventos presenciados, alguns não tenham tido tempo de serem observados e registrados. O depoimento, como resposta às questões durante a audiência será resultado da memória que irá reconstruir trechos imprecisos. Neste sentido, eventos que tenham sido registrados na memória do observador, poderão sofrer modificações pela necessidade de uma narrativa mais congruente.

De acordo com a síntese de Melvin Marx e William Hillix⁹², o caminho mais curto à segurança de que um determinado evento seja descrito rigorosamente e resulte num fato verdadeiro encontra-se no “Controle da Observação”, que só poderá ocorrer mediante a presença de um “observador ideal”, definido pelos autores como:

Um ideal matemático-abstrato na teoria da detecção; o comportamento desse ideal define o comportamento ideal realizável, dentro de situações especificadas e suscetíveis do necessário tratamento matemático.

⁹¹PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. *passim*. **A Nova Aliança**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

⁹²MARX, H. Melvin, HILLIX, William A. **Sistemas e Teorias em Psicologia**. Trad. Álvaro Cabral. 3.ed. São Paulo: Cultrix, 1978, p.748.

Tal controle é uma tentativa para identificar as fontes das variações durante as observações,⁹³ quando não utilizado, quaisquer levantamentos de dados, de informações, ensejaram um feixe infinito de teorias, com explicações diversas sobre um único evento observado.

Do exame minucioso de um evento pode-se obter um entendimento e decorrente dele, um enunciado (fato). Porém, se uma nova avaliação sobre o mesmo evento resultar em compreensão diversa, estaremos diante de um “novo fato”. Desta permissibilidade às oscilações de raciocínio nascem as teorias, que fundamentadas em elementos “parciais” (filtrados pela conveniência de um determinado enfoque) estarão aptas a persuadir seus seguidores.

Assim também, a possibilidade dada ao magistrado para que direcione a produção das provas poderá impedir a declaração de determinados “fatos” (enunciados explicativos sobre um evento) resultando benefícios para uma das partes além de possibilitar a prevalência de uma das “versões” levadas aos autos.

2. PSICOLOGIA JURÍDICA

O termo Psicologia quisera originariamente significar “estudo da mente ou da alma”, hoje se entende por “ciência do comportamento e dos processos mentais”.

A Psicologia Jurídica é ramo pouco desenvolvido como instrumento capaz de auxiliar o convencimento do magistrado, durante a oitiva testemunhal. Subdividida em psicologia forense e criminal, pode trazer contribuição pericial, não se reduzindo a mero meio de prova.⁹⁴

⁹³MARX, H. Melvin, HILLIX, William A. **Sistemas e Teorias em Psicologia**. Trad. Álvaro Cabral. 3.ed. São Paulo: Cultrix, 1978, p.23.

⁹⁴CAIRES, Maria Adelaide de Freitas. **Psicologia Jurídica: Implicações Conceituais e Aplicações Práticas**. São Paulo: Vetor, 2003, p.205.

Maria Adelaide Caires⁹⁵ relata que os operadores do Direito reconhecem a importância de uma avaliação mais apurada, uma análise psicológica sobre a interação entre o indivíduo e o judiciário.

É essencial àquele que pretende ouvir as declarações produzidas em audiência, o conhecimento e observância dos princípios que regem os caminhos e instrumentos capazes de garantir maior análise de correspondência entre o declarado e a efetiva veracidade. Na seara da instrução judicial, durante a oitiva testemunhal, pouco se tem visto sobre o aparelhamento, ou mesmo melhorar a qualidade da busca da verdade no processo.

Segundo Denise Maria Perissini Silva⁹⁶, a Psicologia Jurídica pode contribuir ao colocar à disposição do Juiz os aspectos relevantes à interpretação e de cunho mais profundo do que a mera literalidade dos fatos expostos, trazendo à tona (para informação do magistrado) interesses inseridos nas declarações bem como elementos do inconsciente ou do consciente que estejam sendo omitidos. Em sua obra “Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro”,⁹⁷ a autora explana sobre os benefícios que o profissional “Psi” (como são apelidados) traz para o processo, através da Perícia Psicológica.

E declara:

Este tipo de perícia se destaca devido à crescente preocupação, tanto do poder Judiciário como da própria população, em se buscar os aspectos subjetivos e emocionais da personalidade humana, que estão além da letra fria, racional e objetiva da Lei.⁹⁸

Psicologia Jurídica deve ser considerada como o gênero das ciências que estuda a aplicação do conhecimento na área da psicologia de interesse às práticas

⁹⁵CAIRES, Maria Adelaide de Freitas. **Psicologia Jurídica: Implicações Conceituais e Aplicações Práticas**. São Paulo: Vetor, 2003, p.3.

⁹⁶SILVA, Denise Maria Perissini. Psicologia Jurídica. Uma Ciência em Expansão. **Psique Especial Ciência & Vida**. São Paulo, ano I, no. 5, 2007, pp. 6-7.

⁹⁷SILVA, Denise Maria Perissini. *passim*. **Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro**. 1.ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.

⁹⁸SILVA, Denise Maria Perissini. **Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro**. 1.ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003, p.3.

jurídicas do Direito. Por espécies temos a Psicologia Criminal (relacionada à psique do criminoso), Psicologia Forense (relacionada à psique do criminoso) e Psicologia Judiciária (relacionada às práticas periciais, a mando e a serviço da justiça).

A Psicologia Forense abrange, por sua vez, uma gama de possibilidade de atuação dos conhecimentos da disciplina da psicologia, que sejam do interesse ao convencimento judicial.

A Psicologia Criminal, subdivisão da Psicologia Forense, além de estudar fatores psíquicos do indiciado abrangerá também o estudo do comportamento das testemunhas (Psicologia das testemunhas). A Psicologia do Testemunho⁹⁹ (ou Psicologia Judicial) surgiu como a preocupação de verificar a veracidade do depoimento. Desde a valoração e análise da quantidade de tempo em que a testemunha esteve presente aos acontecimentos narrados, grau de cultura, idade, emotividade, posicionamento de interesses ocultos, contaminação de versões dadas pela imprensa, tudo deve ser levado em conta.

A expectativa é a de que o psicólogo judiciário possa contribuir para a decisão do juiz, protegendo o direito das pessoas envolvidas. A perícia psicológica deve abordar os aspectos sociais (do comportamento humano, das relações) bem como a fisiologia humana, não só para atingir uma valoração mais justa, como também avaliar as testemunhas, o que declaram (sob perspectivas muito particulares) e suas interpretações pessoais sobre os eventos presenciados.

Por indicação de Moacyr Benedicto de Souza¹⁰⁰, a entrevista forense facilitaria de forma qualificada o recolhimento de evidências através das declarações da vítima bem como das testemunhas.

2.1. A Personalidade na Observação

⁹⁹ALTOÉ, Sonia. **Atualidade da Psicologia Jurídica**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/psicologia_juridica.pdf> Acesso em: 17 out 2009.

¹⁰⁰SOUZA, Moacyr Benedicto. *passim*. **Mentira e Simulação em Psicologia Judiciária Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

Emílio Mira y Lopez¹⁰¹ apresentara uma classificação acerca dos fatores que interferem diretamente no testemunho, por entender que situações desagradáveis, ao serem exteriorizadas, são desfiguradas (como por exemplo, a amnésia emocional). Constatou certa ordem mental, que se daria da seguinte forma: o modo como percebeu o fato; como sua memória reteve a informação; como é capaz de evocá-lo; como pretende expressá-lo; e finalmente, como consegue verbalizar.

Processos da percepção se dão através de esquemas, sensoriais subjetivos e pessoais, além de sofrerem interferências de fatores como: fadiga, tendências afetivas (como desejamos enxergar) que distorcem o registro dos fatos presenciados, a influência do hábito na percepção (pré-julgamentos, antecipação), enfim, distorções da lembrança. Assim, influências psicológicas irão definitivamente interferir no momento da evocação da memória sobre o testemunho.

Outro fator particular se refere à reconstrução que o ser humano efetua quando compelido a completar lacunas formadas pela ausência de registro durante a percepção. Assim, registros descontínuos chegam a ser totalmente reorganizados sem que o observador tenha consciência disto. A reorganização destes registros, somada a associações inteiramente subjetivas poderão completar lacunas da memória, criando versões distintas sobre o mesmo evento.

Segundo relata Alfredo Naffah Neto¹⁰², a subjetividade representaria as “diferentes expressões de como somos afetados pelo mundo”. Dizendo mais: “... uma espécie de envergadura interior, de vazio capaz de acolher, dar abrigo e morada às experiências da vida: percepções, pensamentos, fantasias, sentimentos”.

Fator que não deve ser preterido, a subjetividade, complexo particular e personalíssimo, dá colorido e tamanho peculiar à percepção humana.

¹⁰¹MIRA Y LOPEZ, Emílio. *passim*. **Manual de Psicologia Jurídica**. 2.ed. São Paulo: Impactus, 2008.

¹⁰²NAFFAH NETO, Alfredo. A Subjetividade enquanto Éthos. **Cadernos de Subjetividade**. São Paulo: PUC Publicações, v.3, 1995, p.19.

A obra “Psicologia Jurídica no Brasil”, de Eduardo Ponte Brandão e Hebe Signorini Gonçalves,¹⁰³ oferece um caminho interativo ao proporcionar o conhecimento relativo aos fenômenos psicológicos (só conhecidos pelos psicólogos) podendo trazer aos operadores do direito grande contribuição.

Erik Homburger Erickson ao apresentar uma teoria psicossocial chegara ao entendimento de que o desenvolvimento, psicológico bem como o físico, dar-se-iam como resultado de uma adequação (após superação de crises do ego) entre indivíduo e seu meio social. Um ganho psicológico, emocional ou social, viria a somar-se à personalidade de forma a adensar suas experiências e conhecimentos.

Apresentou-nos diversos temas tais como: confiança, autonomia, iniciativa, habilidade, identidade, intimidade, produtividade, integridade.¹⁰⁴ Assim, processos biológicos, psíquicos e sociais interagiriam de forma a contribuir, a cada momento (uns mais que outros), durante todo o desenvolvimento do ser humano.

Gregory Bateson¹⁰⁵ incluía a presença de outro fator a contribuir, nesta distributiva de elementos e interações, ao definir a Psicologia Social como:

O estudo das relações dos indivíduos às reações de outros indivíduos. Temos que considerar não só as reações de A ao comportamento de B, mas também de que modo elas afetam o comportamento posterior de B e o efeito disso sobre A” ,¹⁰⁶ e “Quebre o padrão que liga os itens do aprendizado e você necessariamente destrói toda a qualidade.

Sob um ângulo novo de conhecimento do mundo, acreditava que somente através da inter-relação das disciplinas científicas seria possível alcançar a verdade sobre o mundo fenomênico.

¹⁰³BRANDÃO, Eduardo Ponte; GONÇALVES, Hebe Signorini. **Psicologia Jurídica no Brasil**. Rio de Janeiro: Nau, 2004, p.46.

¹⁰⁴ERICKSON, Erik Homburger. **Infância e Sociedade**. São Paulo: Zahar, 1974, p.34.

¹⁰⁵BATESON, Gregory. **Mente e Natureza: a unidade necessária**. São Paulo: Francisco Alves, 1986, p.68.

¹⁰⁶BATESON, Gregory. **Mente e Natureza: a unidade necessária**. São Paulo: Francisco Alves, 1986, p.68.

Ainda sobre a Personalidade¹⁰⁷ Carl Gustav Jung definira-a como uma identidade individual, composta por “sistemas” diferentes, mas que se correlacionariam, de forma que o ego (consciência da mente consciente) seria o resultado da somatória das percepções, pensamentos e sentimentos e finalmente pelo registro das experiências pessoais (as memórias). O Inconsciente Individual, outro sistema, guardaria registros que poderiam ser trazido ao consciente quando necessário enquanto que o Inconsciente Coletivo formar-se-ia pelos registros desde a memória dos ancestrais do homem, que passados pelos elementos genéticos comporiam a evolução do homem. Desviou os rumos da psicanálise freudiana ao apresentar tal conceito, situando-o no limiar da consciência (percepções, pensamentos e sentimentos). Criara também o conceito de “Persona” (um mecanismo de adaptação que o indivíduo utiliza para tomar posições no dia-a-dia, como pai, filho, profissional), conforme o papel que ele tenha que personificar.

Aventara a possibilidade de que o ser humano seria constituído pelo intercâmbio de dois pólos, presentes e simultaneamente atuantes, imagens psíquicas¹⁰⁸. Àquela que carregasse elementos femininos, chamara “*anima*” e aos elementos masculinos, “*animus*”.

Não será exagero concluir que, durante séculos, estudiosos debruçaram-se sobre o complexo mecanismo que compõe o raciocínio humano, concluindo pela presença e interação de diferentes elementos, que ao se distribuírem de forma distinta produziram resultados muito diversos, no que se refere à atuação do cérebro (carregado de informações adquiridas ao longo dos anos) de um indivíduo.

Teorias e concepções modernas sugerem que o juiz possa introjetar os sentimentos das partes de forma que atinja a melhor justiça ao caso em concreto, quando na verdade, somente a mais absoluta objetividade e análise dos relatos poderia levar à verdade real.

¹⁰⁷JUNG, Carl G. *passim*. **O Desenvolvimento da Personalidade**. São Paulo: Vozes, 1988.

¹⁰⁸SAMUELS, Andrews. **Dicionário Crítico de Análise Junguiana**. Disponível em <www.rubedo.psc.br/dicjung/verbetes/animamus.htm> Acesso em 20 dez. 2011.

2.2. Declaração de Verdade como Representação da Vontade

Arthur Schopenhauer apresentou uma perspectiva em especial, a do indivíduo que, constrangido, se vê às voltas com a necessidade primária de defesa de seus interesses, de tal forma que encontra na mentira o único mecanismo protetor do seu universo particular:

(...) o direito à mentira vai ainda mais longe. Aparece por ocasião de qualquer pergunta totalmente indevida que se refira à minha situação pessoal ou à de meus negócios, que é indiscreta, e quando não apenas a sua resposta, mas também a recusa dela através do "nada quero dizer" me levassem ao perigo, ao levantar suspeita. Aqui a mentira é a própria defesa contra a curiosidade indiscreta, cujos motivos, na sua maioria, não são benévolos¹⁰⁹. "Ask me no questions, and I tell you no lies" (não me faça perguntas e não te direi mentiras).
110

Neste sentido, as circunstâncias que envolverão o indivíduo, questionado, serão de grande importância para o resultado final, qual seja, as declarações obtidas durante o "questionário". Não haverá exagero em afirmar que "o andar da carruagem e o caminho desenvolvido estão diretamente relacionados às pedras e intempéries sofridas durante a jornada".

Francesco Carnelutti escreveu sobre a Representação¹¹¹ (mecanismo de exteriorização de registros guardados na memória, decorrente de observações), e dissera: "... o conceito puro de representação é independente da verdade do fato representado",¹¹² acentuando a possibilidade de que o depoimento não venha a garantir o conhecimento de um evento, pois que tanto o falso como o verdadeiro podem ser representados (podemos representar entidades divinas jamais vistas). A representação de um falso testemunho, no processo, pode induzir ao convencimento da ocorrência de um evento jamais ocorrido. Motivo que vem desencadeando uma

¹⁰⁹SCHOPENHAUER, Arthur. **Sobre o Fundamento da Moral**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p.147.

¹¹⁰Tradução nossa.

¹¹¹CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.170.

¹¹²CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.170.

avalanche de insatisfação às partes que buscam o Poder Judiciário para alcançar a justiça no caso concreto.

Já, a Representação Documental é imediata, permanente, pré-constituída; a Testemunhal, mediata, (e o meio é a memória humana, transeunte, constituintes, formadas durante o processo, ou mesmo fora dele, num depoimento privado) ¹¹³, e sendo assim, a testemunha se recorda e reconstrói buscando na memória seus registros.

Neste sentido ainda diz:

(...) o depoimento da testemunha é ato que busca representar um fato através da manifestação da idéia que tem do próprio fato, não podendo ser considerada representação analítica objetiva, pois carregada de definições e julgamentos particulares. ¹¹⁴

Certamente o fruto de um processo de raciocínio que busca recordar acontecimentos está sujeito aos mais diversos componentes fisiológicos e psicológicos do indivíduo.

E complementara expondo: "... a Declaração Testemunhal (de fato pretérito) é declaração representativa dirigida a determinar o fato declarado"¹¹⁵, pronunciamentos estes, comprometidos com os interesses das pessoas chamadas ao processo (ironicamente vistas como não-suspeitas), têm contribuído como variáveis determinantes no encontro das soluções das lides.

Sobre este tema, Piero Calamandrei afirma que as provas conseguidas durante o processo não são verdades encontradas, mas verossimilitudes.¹¹⁶ O jurista aborda a tema da aparência, e como tal, distanciada da verdade absoluta, mas que, por resposta às exigências de brevidade e custas processuais, passa a ser tomada como que verdade suficiente.

¹¹³CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.150.

¹¹⁴CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.163.

¹¹⁵CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.173.

¹¹⁶CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1999, p.271.

Com relação aos “Vícios da Oitiva Testemunhal” recordou a visão de Marcel Planiol que entende como frágeis as declarações de eventos passados: “testemunhas fornecem lembranças”¹¹⁷, a ata que fica depois que a testemunha foi embora, não é o depoimento, mas o documento do mesmo, o fato representativo do que foi e já não é”.¹¹⁸

Não olvidou notar que “a qualidade da pessoa que escuta, que recebe ou assume o depoimento, pode variar seu valor, podendo induzir ou desviar o narrador da inclinação, ao narrar coisas não verdadeiras.”¹¹⁹

Disse mais: “... testemunha é a pessoa em ato e o depoimento é o ato da pessoa, (...) o que se opõe à prova testemunhal não é a documental, mas a prova escrita”¹²⁰, não se dando desta forma o resultado que percebemos nos processos, vez que muitos magistrados, no âmbito civil (optam por dar maior peso aos documentos, provas escritas) enquanto no âmbito trabalhista (valor maior é dado às exposições orais das testemunhas). Em reforço a esta situação, nos diz Francesco Carnelutti: “A excelência da representação documental sobre a testemunhal se dá por dois caracteres assinalados: imediatividade e permanência”.¹²¹

Seguindo suas palavras, “documento (derivação da expressão do pensamento) só se dá quando da fiel representação de um fato”. Enfatiza ainda o autor:

(...) somente quando o documento ou o depoimento tenham por objeto um indício, haverá dedução do fato a provar referente a um fato distinto (...) uma incongruência, ocorrendo uma confusão entre função representativa e probatória do documento ou do depoimento.¹²²

¹¹⁷ PLANIOL, Marcel. **Traité Élémentaire de Droit Civil**, 4.ed. Paris: Marchal et Billard, 1902, p 7.

¹¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.235.

¹¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.184.

¹²⁰ CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.225 e 234.

¹²¹ CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.151.

¹²² CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.229-230.

Para o autor: “Depoimento, Documento e Indício são três fontes de prova”¹²³ por tanto, objetos da percepção por parte daquele que capta as informações, fatos dos quais o juiz deduz, mediante a regra de experiência, o fato a provar. Ocorre, no entanto, que através das regras de experiências, o magistrado derivará os argumentos que considerar necessários para valorar as informações, bem como as questões de existência ou não do fato a provar.

2.3. Representação e Relatividade do Fato Representativo

Francesco Carnelutti entende que:

A representação é um sucedâneo da percepção, serve para despertar, mediante um equivalente sensível, a idéia que viria primariamente pela percepção de um fato¹²⁴, (...) uma manifestação do pensamento com objetivo de determinar a idéia de um fato observado.¹²⁵

Edwin Ray Guthrie conceitua:

Os objetos e eventos não são fatos; eles são, meramente, objetos e eventos. Só passam a ser fatos depois de serem descritos por

¹²³CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.231.

¹²⁴CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.133.

¹²⁵CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.135.

peças. Só quando um evento recebe um gênero muito específico de descrição é que se converte num fato.¹²⁶

Emprega o termo “fato” como sinônimo de “evento”. Para o autor, fatos são enunciados, verdadeiros ou falsos, a respeito de um evento, verbais e como tais, a maneira pela qual expressamo-los pode ser arbitrária.

Melvin H. Marx e William A. Hillix, citando Edwin Guthrie concluíram: “Como utilizamos o termo ‘fato’ análogo a ‘se fato, então verdadeiro’ por tanto, ‘se fatos são arbitrários, verdades também’.¹²⁷

Concluem os autores pela arbitrariedade das descrições dos eventos testemunhados, pois carregada de subjetividade a testemunha irá narrar os eventos da maneira que os tiver percebido, mas não necessariamente isentos de juízos e valorações pessoais.

Da interação entre a percepção do juiz e a representação feita pela testemunha irá resultar uma reconstrução de uma verdade no processo, como fruto final de um entendimento jamais absoluto e certamente desvinculado de qualquer certeza jurídica, porém, fundamentado numa dedução necessária.

2.3.1. Percepção, Registro e Representação

Diversos são os elementos externos que contribuem para o amadurecimento dos processos psíquicos do indivíduo.

¹²⁶GUTHRIE, Edwin Ray. Psychological Facts and Psychological theories. **Psychological Bulletin**, n.43, 1946, p.1.

¹²⁷MARX, H. Melvin, HILLIX, William A. **Sistemas e Teorias em Psicologia**. Trad. Álvaro Cabral. 3.ed. São Paulo: Cultrix, 1978, p.18.

O estudo do comportamento humano como consequência da fisiologia de cada corpo, destacou que, um observador cansado não registraria as mesmas informações que outro, descansado; ocorrendo um filtro para o registro das informações, fundamentado nos interesses pessoais de quem observa. Não sendo demais lembrar que, em geral, as mulheres captam mais detalhes que os homens.

Outro dado também importante nos revela que o tempo é percebido de forma diferente para cada indivíduo, posto que o grau de ansiedade varia, e com ele, a impressão do tempo oscila.

A tudo isto, Sonia Liane Reichert Rovinski chamou “Tendência Afetiva”, enfatizando que as experiências pretéritas desencadeiam percepções desvirtuadas, pois que ao cérebro são levadas com o que se imaginou ter visto. Acredita que o processo responsável pela captação dos fatos seja de características fundamentalmente orgânicas, enquanto que no ato de buscar na memória tais dados, venham à superfície da consciência de forma interligada aos interesses daquele momento.¹²⁸

A ocorrência de mecanismos latentes durante a retomada de um registro na memória pode agir como filtro seletivo. Também o intervalo de tempo entre o fato observado e o momento da declaração irá provocar a perda de detalhes, restando grandes lacunas, que por óbvio serão preenchidas em função dos efetivos valores sociais do indivíduo.

O desenvolvimento dos processos do conhecimento, bem como fatores sociais experimentados pelo indivíduo capacitar-lhe-ão de forma ímpar, de maneira que não será possível esperar que tanto testemunha, como o juiz no ato da recepção das informações (audiência de instrução) atuem de forma imparcial e objetiva, por fim, isenta de valoração pessoal. Assim, o processo de deliberação legal, estará intimamente ligado aos efetivos fatores emocionais e cognitivos psicossociais carreados ao processo por seus atores.

¹²⁸ROVINSKI, Sonia Liane Reichert; CRUZ, Roberto Moraes. **Psicologia Jurídica: Perspectivas Teóricas e Processos de Intervenção**. São Paulo: Vetor, 2009, p.25.

Há que se ter em vista o fato de que alguns indivíduos possuem maior capacidade para captar e manter retidos os acontecimentos em sua memória, bem como reproduzir fielmente, através da linguagem, as circunstâncias presenciadas. Desta forma, Perícia Psicológica certamente seria bem vinda, ao processo, para avaliar o valor dos testemunhos dados em juízos, em função das personalidades e interesses percebidos durante os depoimentos. Um perito da área da Psicologia Jurídica, certamente estará melhor capacitado para verificar as intenções que levaram as testemunhas até o ambiente jurídico, de forma a valorar as declarações levadas a termo.

Tudo que se diz sobre os fatores que influenciam as declarações das testemunhas por óbvio ocorrerão também com o magistrado, que em função de sua personalidade irá receber as informações da maneira mais própria que lhe convier.

A prática do exame psicológico forense deve ser subordinada aos Princípios da imparcialidade, da responsabilidade e da capacidade profissional, da proporcionalidade, da confidencialidade e, de um modo geral, da honestidade e do respeito pela pessoa.

2.4. Verdade Material e Formal

“A verdade é como a água, ou é pura ou não é verdade”

Francesco Carnelutti

Michel Foucault, com a obra “A Verdade e as Formas Jurídicas”¹²⁹ quisera demonstrar as práticas utilizadas pelo Poder Judiciário, para obtenção da verdade mediante diversos momentos da história. Como resultado de seu estudo, concluíra

¹²⁹FOUCAULT, Michel. *passim*. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Trarepa, 2001.

que em tempo algum a imparcialidade fora registrada nos processos, posto que a própria produção de provas, declarações e testemunhos, eram valoradas em função de argumentos de autoridade. Testemunhos de maior valor estariam relacionados a pessoas com status elevado, vinculados a alguma espécie de poder, fosse econômico, político ou social.

Assim, fica demonstrado que o elo mais fraco de qualquer corrente, neste caso, a Produção da Prova Oral, encontra-se submetida à proporcionalidade do grau de veracidade das declarações das testemunhas, não sendo possível esperar que a Justiça seja alcançada, sem que se sejam avaliadas por profissional capacitado, as versões apresentadas nos autos.

A absoluta certeza é sempre sujeita à interpretação individual, assim, segundo Francesco Carnelutti, não será real, apenas consagrada nos autos, tão somente, formalizada. Qualquer limitação a procedimentos que visem o encontro da verdade material deve ser entendido como sucumbência aos ditames da formalização.

A verdade buscada no processo é a verdade mais próxima possível da real, como resultado da livre apreciação dos meios de prova. Isto ocorre porque a busca se dá mediante leis jurídicas e não somente mediante leis lógicas.

Por ser a atividade do juiz encaminhada, não ao conhecimento do fato controvertido, senão à sua determinação formal (fixação formal),¹³⁰ sob um conjunto de regras relativas à percepção e à dedução dos fatos, ocorre uma “antítese metafórica” entre verdade material e verdade formal¹³¹, pois que o conceito de verdade formal não implica um menor grau de verossimilhança em comparação com o de verdade material, atinge-se apenas a satisfação da ordem jurídica pelo resultado conseguido com o emprego dos meios estabelecidos.”¹³² A mínima liberdade dada ao magistrado, quando da busca pela verdade, pode desvirtuar os elementos que

¹³⁰CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.49.

¹³¹CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.50.

¹³²CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.54.

caracterizam a verdade formal, “... a medida do limite é indiferente para a natureza do processo.”¹³³

Não ocorrendo absoluta similaridade entre identidade e equivalência, deve-se interpretar com cautela “... o equivalente judicial (processual) e equivalente material, porque a equivalência limita estritamente seus efeitos no campo processual: o haver confessado somente equivale ao haver acontecido quando o fato se apresente na sentença e se converta em motivo dela...”¹³⁴

Interpretar a confissão como prova da existência de um fato é macular o esforço feito por profissionais que tentam elevar o Direito ao status de ciência.

O autor declara não acreditar na busca pela verdade material na área do Direito Civil, quando se tem por regulamentados alguns impedimentos e completa:

(...) não se pode dizer que o conhecimento da verdade seja o objeto jurídico da prova testemunhal civil, se a proibição da audição de uma testemunha incapaz ou de outro não indicado a tempo na lista, pode tirar do juiz o meio de conhecer a verdade que somente mediante o depoimento de dita testemunha poderia conhecer-se.¹³⁵

Em que pese evidente natureza, pode-se distinguir durante o evento processual, duas lides presentes, uma processual (envolvendo inclusive o magistrado) e uma lide sociológica (situação que abrange os aspectos psicológicos, os interesses subliminares e subjacentes das partes).

Todo o processo em que haja observação do Princípio do Contraditório dar-se-á em condições de paridade, diante de um juiz isento e imparcial se, e somente se, houver garantia da ausência de interferência dos elementos subjetivos particulares ao magistrado.

¹³³CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.52.

¹³⁴CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.55.

¹³⁵CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.52.

Michael Lowy ¹³⁶afirmara:

(...) a verdade absoluta jamais será conhecida, todo o processo de conhecimento é um processo de acercamento, de aproximação à verdade. Dentro do conhecimento científico há níveis maiores ou menores de aproximação da verdade.

2.5. Psicologia do Testemunho

Luiz Guilherme Marinoni¹³⁷ declarou que a reconstrução de um evento pretérito carrega aspectos subjetivos, pois de acordo com suas impressões particulares. E afirmou que a verdade, no processo, deixa de ter a pretensão de ser a absoluta e se transforma em verdade imaginária, que contemple as partes, mas que será impossível confirmá-la.¹³⁸

Emílio Mira y Lopez elencou e classificou uma série de perguntas formuladas com vistas à obtenção de respostas isentas de interferências causadas pelo inquisidor: “Determinantes”, imparciais (pronomes interrogativos como, quando,

¹³⁶LÖWY, Michael. **Ideologias e Ciência Social: elementos para uma análise marxista**. São Paulo: Cortez, 2008, p.56.

¹³⁷MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2007, p.252.

¹³⁸MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2007, p.255.

por que); “Disjuntivas Completas” (formuladas pela possibilidade de duas situações: era assim, ou não?); “Diferenciais”, as parciais (induzindo mais facilmente a resposta à confirmação do conteúdo da pergunta formulada: era preto o casaco?); “Condicionadoras, Afirmativas ou Negativas” (predispõem sugestão de decidir apenas entre o sim e o não, condicionando a resposta ao desejado); “Disjuntivas Parciais” (induzindo a resposta a duas opções, mesmo que a verdadeira estivesse numa terceira possibilidade); “Afirmativas por Presunção” (suposição da lembrança da testemunha, induzindo-a ao sugestionamento e possibilidade de erro).¹³⁹ Estudos como este comprovam a conscientização da responsabilidade que o inquisidor deve possuir durante o angariar de informações.

O profissional que formula as questões e avalia as respostas, deve estar capacitado para analisar: a sinceridade do testemunho, a consciência moral, a estrutura da personalidade, por fim, qual a relação afetiva que a testemunha mantém com uma (empatia) ou com as duas partes (amizade por uma e revanchismo pela outra), e mais ainda, inquirindo-as da forma mais objetiva e imparcial, com vistas à isenção de efeitos psicológicos que venham a induzir o interrogado (réu ou testemunha).

Francesco Carnelutti indica em sua obra “A Prova Civil”:

Pode ser oportuno e até necessário fazer intervir a pessoa distinta do juiz na percepção dos fatos, quando o julgador não tenha aptidão ou preparo suficiente para a percepção direta dos próprios fatos ou para a dedução destes dos fatos a provar.¹⁴⁰

Não há porque repudiar o auxílio de profissional capacitado à Oitiva Testemunhal, muito menos fundamentar-se no perigo que o distanciamento do juiz (em relação às testemunhas) poderia causar, visto que em segunda instância, e se devemos crer a efetiva reavaliação dos autos, de igual forma não se dá.

Assim, Emílio Mira y Lopez afirma, sobre a participação da testemunha no processo:

¹³⁹MIRA Y LOPEZ, Emílio. *passim*. **Manual de Psicologia Jurídica**. São Paulo: Impactus, 2008.

¹⁴⁰CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.101.

(...) deve o profissional ser capaz de, analisar, na presença de parcialidade, os motivos que a teriam determinado (razão moral, motivo nobre ou características egoístas).¹⁴¹

Todo aquele que comunica tem uma ligação emocional com seu discurso, podendo certamente, os aspectos cognitivos e afetivos (referentes às idéias pessoais, seus valores, e outros mais), interferirem no processo de comunicação. Comunicar, do Latim, *communicare* (por em comum), troca de informações entre os indivíduos envolvidos.¹⁴²

Segundo Gilles Amado, o comportamento não verbal informa sobre os afetos e evidencia a atitude emocional, motivacional e cognitiva¹⁴³, sendo mais fácil captar tais elementos em atividade quando presente um profissional especializado na área de Psicologia Comportamental.

Superando incertezas, e sob uma expressão fiel e coerente Moacyr Benedicto de Souza esclarece:

Os depoimentos estão sujeitos a imperfeições, como erros, falhas, excessos e outros riscos, decorrentes de defeitos na fixação, conservação e evocação da percepção, e também fatores específicos ligados à idade, sexo, nível mental, condições sociais e familiares.¹⁴⁴

O autor elenca diversos fatores que podem ser decisivos na produção da prova oral. Inicialmente pela fixação dos pontos a serem provados (determinados pelo juiz) em função da sua compreensão sobre os autos; num segundo momento, aponta duas situações: evocação da percepção (alertando para as circunstâncias que estarão presentes no momento em que se der a busca pelo registro dos fatos ocorridos, no cérebro do inquirido, bem como situações comportamentais presentes; conservação da percepção (personalíssima, por decorrer de processos fisiológicos do

¹⁴¹MIRA y LOPEZ, Emílio. **Manual de Psicologia Jurídica**. São Paulo: Impactus, 2008, p.180.

¹⁴²PENTEADO, José Roberto Whitaker. **A Técnica da Comunicação Humana**. 6.ed.São Paulo: Pioneira, 1977, p.45.

¹⁴³AMADO, Gilles; GUITTET, André. *passim*. **A Dinâmica da Comunicação nos Grupos**. Trad. Analúcia T. Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

¹⁴⁴SOUZA, Moacyr Benedicto. *passim*. **Mentira e Simulação em Psicologia Judiciária Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

indivíduo que presenciou o fato e que o registrou em sua memória); e finalmente, quando num terceiro momento, interagirem todas as características individuais da declarante (genéticas, comportamentais, históricas e sociais).

Alcione Aparecida MESSA define “Memória” como: “... a capacidade de registrar, manter e evocar os fatos já ocorridos...”,¹⁴⁵ e considera-a diretamente ligada ao nível da consciência e interesse do observador. Menciona que tal interesse está relacionado ao fator de afetividade. Acrescenta outros elementos que podem atuar durante a evocação dos fatos registrados, sendo do interesse deste presente estudo, as alterações classificadas como “ilusões mnêmicas” que se referem ao acréscimo de elementos falsos a uma lembrança verdadeira da memória.¹⁴⁶

O discernimento entre verdade e erro, pela autora definido como “juízo de realidade”,¹⁴⁷ como um julgamento, que em parte é subjetivo e noutra, carrega valores apreendidos pela participação do indivíduo numa determinada sociedade e cultura em especial.

Segundo Fátima França¹⁴⁸, a Psicologia Jurídica como ramo da ciência psicológica, irá auxiliar nas decisões judiciais. Exame feito por especialista de assunto específico atua o perito em psicologia jurídica como transdutor dos conhecimentos de sua área com vistas a acrescentar ao magistrado informações que por ele próprio não seria capaz de conhecer.

Da mesma forma que uma avaliação psicológica deve ocorrer por meio de procedimentos e mediante métodos específicos com propósito final de identificar as forças que atuam sobre o indivíduo, também a oitiva testemunhal deveria efetuar-se em ambiente com orientação de profissional especializado para avaliar: comportamento, entonação de voz e interesses correlatos.

¹⁴⁵MESSA, Alcione Aparecida. **Psicologia Jurídica**. São Paulo: Atlas, v.20, 2010, p.29. (Coleção Concursos Jurídicos).

¹⁴⁶MESSA, Alcione Aparecida. **Psicologia Jurídica**. São Paulo: Atlas, v.20, 2010, p.29.

¹⁴⁷MESSA, Alcione Aparecida. **Psicologia Jurídica**. São Paulo: Atlas, v.20, 2010, p.31.

¹⁴⁸FRANÇA, Fátima. Reflexões sobre Psicologia Jurídica e seu panorama no Brasil. **Psicologia - Teoria e prática**. ano 1, n.6, 2004, p.73.

Para Humberto Theodoro Junior¹⁴⁹: “Laudo Pericial é o relato das impressões captadas pelo técnico, em torno do fato litigioso, por meio dos conhecimentos especiais de quem o examinou.”

A Perícia Psicológica surge para os casos de avaliação da saúde mental, através do “exame médico-legal” (art. 149¹⁵⁰ do Código de Processo Penal). Nas Medidas de Segurança (art. 775, II,¹⁵¹ do mesmo código), um laudo psiquiátrico é exigido. Na área cível o Código de Processo Civil define a atuação do perito em psicologia pelo art. 145.¹⁵² Nota-se uma diferença entre as exigências quanto à qualificação profissional do perito na área penal e na área cível.

3. AMPLA DEFESA, NA PRODUÇÃO E CONHECIMENTO DAS PROVAS, NO PROCESSO CIVIL

A Súmula Vinculante de n.14,¹⁵³ editada pelo Supremo Tribunal Federal dispôs:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

¹⁴⁹THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 46.ed. Rio de Janeiro: Forense, v.1, 2007, p.532.

¹⁵⁰BRASIL. **Código de Processo Penal**. Lei n.3.689, de 3 de outubro de 1941 (Atualizado até a Lei n. 11.900, de 8 de janeiro de 2009). São Paulo: AASP, 2009, p.133

¹⁵¹BRASIL. **Código de Processo Penal**. Lei n.3.689, de 3 de outubro de 1941 (Atualizado até a Lei n. 11.900, de 8 de janeiro de 2009). São Paulo: AASP, 2009, p.242.

¹⁵²BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. (Atualizado até a Lei n, 11.694, de 12 de junho de 2008). 2ª impressão. São Paulo: AASP, 2009, p.22

¹⁵³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula Vinculante n.14**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_1.pdf> Acesso em 14 jan.2012.

Pretendera pacificar a interpretação de que tal princípio proporcionaria absoluta ciência das informações contidas nos autos, bem como todos os documentos e, principalmente em tempo suficiente para a efetiva atuação em favor da parte requerida de tal sorte que pudesse o julgador, apreciar o raciocínio da defesa.

Assim, deve-se entender o Princípio da Ampla Defesa (direito fundamental do homem) como resultado da dinâmica da interação entre o pólo que produz as provas (de defesa) relativas à versão declarada e, o outro (o Juiz), que as conhece após análise lógica.

Segundo Carlos Eduardo Barroso:

(...) a ampla defesa visa justamente assegurar a utilização pelas partes de todos os meios legais à obtenção de uma sentença favorável, passando rigorosamente pela produção das provas necessárias à consecução desse fim.¹⁵⁴

Não só o cerceamento da prova, mas também, a inferência maculadora, durante a produção da prova oral, devem ser considerados vícios impeditivos da efetivação do Princípio da Ampla Defesa. A própria negativa de perguntas às testemunhas compromete a produção das provas ensejando o cerceamento da defesa.

3.1. Cognição no Processo Civil

“Muitos homens cometem o erro de substituir o conhecimento pela afirmação de que é verdade aquilo que eles desejam”.

Bertrand Arthur William Russell

¹⁵⁴BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.158.

Gottfried Wilhelm Leibniz, no século XVII, seguindo as teorias de Descartes entre as idéias claras e as obscuras, adaptara os conceitos por um entendimento diverso, pois as complementara com a compreensão de que um outro mecanismo levaria informações do plano obscuro à nitidez. É nesse sentido que, em “A Monadologia”,¹⁵⁵ escreve:

(...) é absolutamente necessário havê-las tido imediatamente antes, embora despercebidas na ocasião, pois uma percepção não proviria naturalmente a não ser de outra percepção (...)

Para o autor, “Percepção” é o estado passageiro em que "o espírito é em geral puramente passivo, não podendo deixar de perceber o que percebe atualmente".¹⁵⁶ Para ele, pensamento significava: "... a operação do espírito sobre as suas próprias idéias, quando age e considera uma coisa com um certo grau de atenção voluntária".¹⁵⁷

Wilhelm Wundt desenvolveu a chamada "Psicologia Experimental",¹⁵⁸ instalando o primeiro laboratório de Psicologia em Leipzig, no ano de 1879 e estabelecendo o método experimental para o estudo dos processos mentais. De tradição racionalista definira um leque de diferentes graus de percepções. Idealizara outro método, para a pesquisa da mente quanto aos mecanismos do inconsciente, chamando-o por “Investigativo de Caráter Social”. Influenciado por Gottfried Leibniz, mente (inconsciente) e consciência não poderiam ser consideradas uma só. Definiu o mecanismo no campo subjetivo (o experimento com o taquitoscópio): "... uma região circundando um ponto de fixação, que se torna gradualmente mais obscura na direção da periferia..."¹⁵⁹. Vislumbrou o campo subjetivo como uma área que abrangeria os conteúdos com diferentes graus de nitidez (decorrente do interesse

¹⁵⁵LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **A Monadologia**. Trad. Marilena de Souza Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p.107.

¹⁵⁶LEIBNIZ, Gottfrid Wilhelm. **Novos Ensaios sobre o Entendimento Humano**. Trad. J. L. Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p.84.

¹⁵⁷LEIBNIZ, Gottfrid Wilhelm. **Novos Ensaios sobre o Entendimento Humano**. Trad. J. L. Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p.84.

¹⁵⁸WUNDT, Wilhelm. *passim*. **An introduction to psychology**. New York: Arno Press, 1973

¹⁵⁹WUNDT, Wilhelm. **An Introduction to Psychology**. New York: Arno Press, 1973, p.15.

focado). Chamou de “Apreensão”, a captação da região periférica obscura, e “Apercepção”, o mecanismo que retira informações da zona escura (inconsciente) e os transfere para o consciente.¹⁶⁰

Jacob Levy Moreno¹⁶¹, criador do Psicodrama, introduziu o termo “papel” para indicar a “posição” tomada pelo indivíduo em relação a cada pessoa com quem se relaciona.¹⁶² Cada papel representado seleciona determinadas características comportamentais. Assim, uma mesma pessoa, diante de seu filho assumirá um papel diferente daquele dramatizado diante de seu chefe, no trabalho.

Alexander Romanovich Luria¹⁶³ concebeu a “linguagem” como instrumento de importância decisiva para a reorganização da atividade consciente do ser humano. Fator fundamental de formação da consciência, de forma que três mudanças essenciais ocorressem: a linguagem permitiu discriminar objetos, dirigir a atenção para eles e conservá-los na memória (duplicara o mundo perceptível ao conservar a informação recebida, criando o mundo das imagens interiores, lembranças); a criação das palavras (que além de indicar coisas também abstraem propriedades essenciais destas coisas, categorias e esta possibilidade de assegurar o processo de abstração e generalização) capacitou o cérebro humano a analisar e classificar; deram à linguagem, além de meio de comunicação, o veículo do pensamento que asseguraria a transição do sensorial ao racional na representação do mundo; e finalmente, a linguagem ao criar uma terceira fonte de evolução dos processos psíquicos, permitira a assimilação das experiências, o domínio dos conhecimentos e a determinação da escolha de comportamento.

3.1.1. Componentes de Caráter Não-Intelectual

Segundo Fernando Soares:

¹⁶⁰WUNDT, Wilhelm. **An Introduction to Psychology**. New York: Arno Press, 1973, p.36.

¹⁶¹MORENO, Jacob Levy. *passim*. **Psicodrama**. São Paulo: Cultrix, 1975.

¹⁶²WUNDT, Wilhelm. **An Introduction to Psychology**. New York: Arno Press, 1973, p.47.

¹⁶³LURIA, Alexander Romanovich. **Curso de Psicologia Geral**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, v.1, 1979, p.60.

A personalidade é somatória das crenças dos indivíduos, resultado final do armazenamento das percepções, conceitos e crenças advindas do meio ambiente, ajustadas à programação genética, estado anímico, conceitos e crenças já armazenadas ¹⁶⁴

Disciplina que desde o século XIX luta para conquistar o título de ciência, durante o século XX, através de tantos métodos desenvolvidos para o conhecimento e previsibilidade do comportamento humano, a Psicologia contribuiu para que o indivíduo fosse percebido em sua essência ímpar, e respeitado em sua pessoal e subjetiva existência. Surgiram classificações que vieram apenas enfatizar a existência de um leque de personalidades, decorrentes de elementos internos bem como externos ao indivíduo, que lhe permitiriam buscar “um lugar ao sol” quando do respeito à sua dignidade humana.

Neste contexto, as Ciências Humanas passaram a enveredar por caminhos que elencassem todos os possíveis mecanismos às voltas com os cinco sentidos que inter-relacionados desencadeariam os mais variados modos de recepção.

Ivan Petrovich Pavlov em sua obra "Conditioned Reflexes",¹⁶⁵ apresentou seus experimentos que foram confirmados mais tarde, através da bioquímica e microscopia eletrônica, a presença de fenômenos inibitórios no Sistema Nervoso Central do cérebro, em que dois tipos de terminações neurais, excitatórias e inibitórias caminhariam de forma complementar e compensatória. Assim, quando um organismo estivesse fortemente motivado por um desejo (quase instintivo), ainda que o cérebro recebesse qualquer informação auditiva, não o perceberia, devido ao efeito inibitório nas células nervosas.

Daí entendermos que há uma filtragem de estímulos decorrente de interesses pré-determinados, antes que cheguem ao cérebro, para efetivo registro das informações. Lembremos do exemplo de pessoas que em meio a uma discussão, só ouvem o que lhes interessa, não registrando qualquer nova informação que venha de encontro às suas convicções defendidas.

¹⁶⁴SOARES, Fernando C. Prólogo. In **Psicologia sem Cérebro**. (autor) Alfredo Correia Soeiro. São Paulo: Natura, 1980, p.12.

¹⁶⁵PAVLOV, Ivan Petrovich. *passim*. **Reflexos Condicionados, Inibição e Outros Textos**. Lisboa: Editorial Estampa, 1971.

Segundo Alfredo Soeiro,¹⁶⁶ de um diálogo resultará a melhor compreensão se as duas partes estiverem motivadas pelo tema, isto porque o cérebro utiliza uma espécie de filtro capaz de selecionar os impulsos que interessam (indução negativa) à consecução de um objetivo a ser alcançado.

O autor da obra “Da Cognição no Processo Civil”,¹⁶⁷ Kazuo Watanabe, divide em dois planos de sistematização da cognição: horizontal (podendo ser plena ou limitada em função de sua amplitude) e vertical (exauriente – completa ou sumária – incompleta em função de sua profundidade). Sendo certo que para garantir maior índice de segurança no que se refere à busca da definição do direito controvertido.

Assim, quanto à possibilidade de tutelar efetivamente os direitos, através do processo, demonstrou a importância do plano da cognição, como instrumento capaz de projetar o magistrado na esfera virtual do fato pretérito.

Preocupado com a constante cautela que deveriam ter, os juízes, quando enveredassem pelos caminhos que levassem à verdade real, Wanderley Guilherme Santos, em sua obra que trata do enfoque dado ao objeto, pelo observador, dispõe:

O sujeito de conhecimento das interações sociais é mais sábio do que o sujeito de conhecimento das interações físicas, ou estritamente lógicas, pela razão elementar de que ignora mais¹⁶⁸, e sábio é aquele que sabe porque não sabe ; (...) porque sabem que não sabem a extensão de tudo o que não sabem.

Segundo Peter Hejl as Teorias do Conhecimento, da Percepção, da Comunicação e da Semiose, que implicam um acesso direto à realidade em si, “não têm alcance devido à inevitável dependência de cada percepção, do sistema perceptor”.¹⁶⁹ Experiências são comparadas a realidades construídas e ficção passa a ser entendida como imaginação não apoiada por nenhuma percepção.

¹⁶⁶SOEIRO, Alfredo Correia. **Psicologia sem Cérebro**. São Paulo: Natura, 1980, p.40.

¹⁶⁷WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas, 1999, p.111.

¹⁶⁸SANTOS, Wanderley Guilherme. **Discurso sobre o Objeto: uma Poética do Social**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria de Estado da Cultura, 1990, p.81.

¹⁶⁹HEJL, Peter. Ficção e Construção da Realidade sobre a Distinção entre Ficções no Direito e na Literatura. In **O Olhar do Observador**. (orgs.) Paul Watzlawick e Peter Krieg. Trad. Helga Madjdrey. São Paulo: Editorial Psy II, 1995, p.98.

Ocorre que desde o final do século XIX tornou-se presente um pacto de ficção quanto à construção de significações uniformes, de maneira que Jurisprudência e Súmulas Vinculantes passaram a ter seu lugar ao sol.

Gottfried Leibniz não acreditava que o conhecimento fosse oriundo de experiências, mas da apercepção (ato reflexivo decorrente de nossos sentidos), de maneira que as impressões fossem responsáveis por nossas idéias.¹⁷⁰

Segundo Luiz Guilherme Marinoni:

(...) o juiz pode errar e, até mesmo, a obviedade de que possua valores pessoais e vontade inconsciente, que na maioria das vezes não consegue desvendar¹⁷¹

Demonstra a preocupação quanto à impossibilidade de auto-policimento do magistrado, durante a persecução da verdade, uma vez que se não tem a consciência dos mecanismos de interferência pessoal, como pode estar capacitado para deixar suas convicções particulares à margem do processo?

Pode o magistrado formar sua convicção, baseando-se em impressões pessoais, extraídas do comportamento das partes.¹⁷²

Mesmo pautando-se nos critérios de racionalidade, da argumentação estará o magistrado adstrito ao senso comum (como um conjunto de conhecimentos e critérios de julgamento, de raciocínio e de interpretação) uma vez que caberá somente a ele utilizar os elementos percebidos durante a oitiva.

3.1.2. Modalidades de Cognição

¹⁷⁰LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Novos Ensaios**. São Paulo: Nova Cultura, 1996, p.543.

¹⁷¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4.ed. São Paulo:Malheiros, 1996, p.43.

¹⁷²SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de Processo Civil: Processo do Conhecimento**. 3.ed. Porto Alegre: Fabris, 1996, p.347.

Em "A ciência e a verdade",¹⁷³ Jacques-Marie Émile Lacan descreve que a medida daquilo que se sabe reside exatamente na consciência do não saber algo, e vê como uma das características da ciência, o fato de não ter memória. "Ela esquece as peripécias em que nasce uma vez constituída...".¹⁷⁴

Para Mônica Unterberger o Discurso Científico propõe uma coletivização quanto à forma de apresentação da subjetividade, da individualidade frente ao meio social¹⁷⁵, recomendando limites às expectativas pessoais.

Desta forma o homem que sugere significado às coisas e fenômenos no seu universo, cria teorias com a finalidade de imprimir certa segurança frente ao desconhecido, apresentando limites, desenhando contornos capazes de normatizar condutas e juízos. É pertinente dizer que neste ato de disposição das idéias não se pode garantir idêntica interpretação pelos receptores. Ainda assim, o resultado não se dará de igual maneira para todos.

Alfredo Jerusalinsky entende que na esfera da subjetividade, fica impossível padronizar ou universalizar a assimilação do que o discurso científico tenta impingir aos que dele se socorrem, e nos diz:

(...) um discurso alude a uma fantasmática coletiva, e isto torna permissível que, nesta práxis discursiva, os significantes não signifiquem a mesma coisa para todo mundo.¹⁷⁶

Um incessante debate que busca regularidade e distanciamento do ser frente ao texto que lê. Todos os sentidos e experiências pessoais encontram-se presentes no processo de conhecimento. A atitude, o posicionamento do receptor da mensagem, bem como sua bagagem de informações, certamente definirão a qualidade do resultado da percepção.

¹⁷³LACAN, Jacques-Marie Emile. **A Ciência e a Verdade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p.869-892.

¹⁷⁴LACAN, Jacques-Marie Emile. **A Ciência e a Verdade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p.884.

¹⁷⁵UNTERBERGER, Monica. **Estatuto del "yo soy" en la Toxicomanía y el Alcoholismo**. Argentina: Atuel-Tya, 1999, p. 61-68.

¹⁷⁶JERUSALINSKY, Alfredo. **Psicanálise: Intuição – Transmissão**. Porto Alegre: APPOA, 1993, p.3.

Neste sentido posicionou-se Dante Alighieri: “Abre a mente ao que eu te revelo e retém bem o que eu te digo, pois não é ciência ouvir sem reter o que se escuta”. Em “Divina Comédia - Paraíso”¹⁷⁷ apontou para a superficialidade do saber de quem escuta, mas não ouve (não se aproxima das verdades fundantes daquilo que fora dito).

Também a relação entre emissor e receptor poderá contaminar a comunicação visto que interferências diversas poderão inibir, constranger ou simplesmente macular as declarações.

Neste sentido, Francesco Guicciardini dissera: “Ninguém conhece tão mal os servos como o amo”.¹⁷⁸ Enxergara a fragilidade do conhecimento daquele que mantém relação de subalternidade com os indivíduos, assim também, erram os defensores da corrente ideológica que vêem na hierarquia instalada entre Juiz e depoente, ou testemunhas, a probabilidade de que o temor as faça mentir menos.

Bertrand Russel utilizou a Matemática de maneira a dar elucidação lógica à estrutura das relações humanas, através de uma reciprocidade dos elementos constitutivos dos seres. Reafirmando a linha da Psiquiatria Freudiana, pela qual a personalidade humana é fruto das relações entre o homem biológico e as experiências apresentadas a ele (por meio de seu meio de convívio social), o autor entendeu que das infinitas tangentes proporcionadas pelas derivadas (nos cálculos diferenciais), encontrar-se-ia o perímetro que circunscreveria o indivíduo (como fruto de suas relações com o meio). Uma figura resultante de infinitos vetores direcionados do centro (identidade do indivíduo) para a extremidade (exterioridade do meio) definindo os limites finais.

Em posição diametralmente oposta, a Psicologia, e o conhecimento do cálculo infinitesimal, a construção da estrutura do ser humano dar-se-ia de fora para dentro, iniciando por uma circunferência (os pontos mais externos ao indivíduo) em direção ao centro (caminho plausível para o entendimento da personalidade

¹⁷⁷ALIGHIERI, Dante. **Divina Comédia**. Trad. José Pedro Xavier Pinheiro. São Paulo: Atena, 2003, p.23.

¹⁷⁸GUICCIARDINI, Francesco. **Pensamentos**. Disponível em <http://pensador.uol.com.br/autor/francesco_guicciardini/> Acesso em 12 jan. 2011.

construída) como que destrinchando cada ponto até atingir a região central, o foco, o ponto auge da identidade pessoal.

3.1.2.1. Prova Testemunhal

João Batista Lopes¹⁷⁹ define: “Testemunha é a pessoa física estranha ao processo que comparece perante o juiz para relatar fatos de que tem conhecimento e que interessam à solução da lide”.

Durante toda a História das Provas, nos processos, ficara evidente o questionamento sobre a veracidade das declarações, tanto que, já na Idade Antiga e Média, “provas de fogo”, “provas de serpentes” e outras, eram efetuadas com o intuito de atingir a segurança esperada¹⁸⁰.

Somente após a Revolução Francesa o Princípio do Livre Convencimento dera espaço para que o juiz apreciasse as provas da maneira que as recepcionasse, e não como dantes, em que apenas assistia ao réu sucumbir entre picadas de cobra, ou morrer afogado.

Segundo José Frederico Marques¹⁸¹: “Prova testemunhal é aquela que se obtém com o depoimento oral de testemunhas, sobre fatos constantes do litígio (...) narrando suas percepções sensoriais.”

Para Fernando Capez, testemunha é:

(...) todo homem, estranho ao processo e equidistante das partes, chamado ao processo para falar sobre os fatos perceptíveis e seus sentidos e relativos ao objeto do litígio.¹⁸²

¹⁷⁹LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.143.

¹⁸⁰LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.19.

¹⁸¹MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual**. 9.ed. Campinas: Millenium, 2003, p.439.

¹⁸²CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.290.

Para dar fé à veracidade de um fato (versão declarada), a testemunha é pessoa que comunica ao juiz e somente diante dele, suas percepções (registradas na memória) sobre evento presenciado. Tem-se expectativas quanto à sua idoneidade, sua objetividade (ao relatar o que presenciara) de forma que evite ao máximo carrear às suas declarações, valores de juízo.

Não esqueceremos que aos motivos que orientam os seres humanos em suas interações dá-se o nome de “interesses”,¹⁸³ e o valor probatório da oitiva testemunhal tem sido discutido posto que é sabido que os sentidos humanos podem não registrar os fatos sob a melhor ótica da imparcialidade.

Quanto à exigência de que não haja interesse das testemunhas no processo deve-se questionar tal ficção posto que impossível garantir que a todo fato ocorrido terceiras pessoas “estranhas” (eqüidistantes das partes) possam ter presenciado, de maneira que reste evidente um provável vínculo entre todos os partícipes da atividade probatória.

Segundo Marco Antônio de Barros:

Vários são os aspectos que influenciam negativamente a colheita da prova oral. O mais comum condiz com o transcurso do tempo operando como fator de enfraquecimento da memória, da qual pouco a pouco vão se apagando os detalhes que caracterizam o fato delituoso.¹⁸⁴

Não sendo demais mencionar que a força de interpretação direcionada que a mídia exerce sobre as reconstruções dos registros da memória das testemunhas, pelo menos nos casos bastante veiculados, irá macular suas declarações, de maneira que ao juiz, pouca garantia reste ao captar as informações apresentadas oralmente. Assim, analisará as declarações de forma a encontrar uma correspondência com o que se pretende provar como verdade.

Também para o juiz, ouvinte dos meios de comunicação, será impossível evitar uma sedimentação antecipada de juízos. A alteração da ordem de recepção

¹⁸³SANTOS, Wanderley G. **Discurso sobre o Objeto: uma Poética do Social**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p.49.

¹⁸⁴BARROS, Marco Antônio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.199.

das informações certamente viciará o produto final de ser raciocínio lógico, pois estará antecipando sua íntima convicção.

Para o alcance da certeza absoluta, sempre sujeita à interpretação pessoal, a Prova Testemunhal pode decidir a opção, dentre várias versões, escolhida pelo julgador. Assim, um meio indireto, poderá sustentar o convencimento de uma determinada circunstância, apta a direcionar seu raciocínio.

3.1.2.2. Vídeo- Conferência

Sistema audiovisual que permite a coleta de provas a distância, adotado pela Alemanha, Espanha, Portugal, Itália e Brasil, a videoconferência tem causado celeuma. Pelo advento do Código Processual Civil, de 1973, reforçou-se a exigência de aproximação entre o Juiz e as partes. De forma que, parece aos contrários à utilização da moderna técnica, a possibilidade de faltar sensibilidade durante a colheita de informações, feita à distância.

A preocupação com as garantias básicas do imputado, sujeito de direitos não vão de encontro às novas técnicas de vídeo-conferência, (que permitem interrogar o acusado, ou tomar depoimentos de testemunhas e do ofendido).

O que realmente deve ser posto em pauta refere-se à qualidade da técnica, que pode facilmente proporcionar ao juiz, inclusive se com a gravação de mais câmaras (sob ângulos diferentes), um levantamento psicológico ao final de melhor qualidade.

O que diremos então quanto às testemunhas que certamente poderiam ser ouvidas pelos peritos, durante as gravações? Devendo ser lembrado que no caso de

interrogatório ou oitiva testemunhal gravadas, o reexame trará benefícios à primeira e à segunda instância.¹⁸⁵

A Convenção de Mérida promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687, de 01/02/2006 em seus artigos 32, § 2º e 46, § 18, autoriza a vídeo-conferência para obter depoimentos de réus, vítimas, testemunhas e peritos.

Ainda de acordo com a Convenção de Palermo, promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12/03/ 2004, dispõe em seu artigo 18 a autorização para a oitiva de testemunhos transnacionais, por meio de vídeo-conferência.

Deve-se assinalar inclusive que um testemunho por Carta Precatória restará mais distanciada do magistrado que prolatará a sentença do que por meio de vídeo-conferência.

Aqui, nos interessa reforçar que, se existe a possibilidade tecnológica defendida por alguns, quanto à captação de informações pertinentes ao processo, o que dirá se elas forem produzidas por profissionais qualificados, como psicólogos e psiquiatras?

Como a questão circunda ao redor da figura do réu, não nos parece agressivo tomar distanciamento entre juiz e testemunha. Nada mais frio do que os testemunhos levados a termo, pelo juiz de primeira instância, e apenas interpretados gramaticalmente pelos desembargadores.

O que diremos da presença real das testemunhas, perante o juiz, que pouco conhece as técnicas necessárias para avaliar os depoimentos e relativos comportamentos?

¹⁸⁵GOMES, Luís Flávio. Era Digital, Justiça Informatizada. In **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, ano 3, n. 17, dez-jan, 2003. p.41.

3.2. A Prova e o Processo

“As leis são sempre úteis aos que possuem e nocivas aos que nada têm”

Jean-Jacques Rousseau

Bertrand Arthur William Russell expressou a preocupação que os teóricos deveriam ter com a ausência de humildade durante o posicionamento de suas idéias. Convictos e prepotentes, os cientistas estariam fadados ao erro quando optassem por caminhos mais fáceis a comprovar suas crenças particulares.

Francesco Carnelutti analisou e elencou os componentes intrínsecos à busca da verdade real. Admitiu que somente pela perspectiva externa ao Direito, poderíamos encontrar o caminho do observador descontaminado.¹⁸⁶

Se para o autor, a prova seria o coração do problema do julgamento¹⁸⁷ e provar significaria demonstrar a verdade de uma proposição afirmada¹⁸⁸, pode-se inferir que reconheceu a necessidade de mecanismos capazes para o alcance da Verdade Real. Compreendeu que ocorrera um distanciamento, posto que a produção de provas abandonara o objetivo de demonstrar a verdade dos fatos discutidos, para apenas determiná-la formalmente mediante legais procedimentos.¹⁸⁹

A instrução probatória fora considerada o momento mais importante do processo, quando as partes têm o direito de produzir provas, exercitando os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.

¹⁸⁶CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.19.

¹⁸⁷CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.16.

¹⁸⁸CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.71.

¹⁸⁹CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.72.

3.2.1. Conceito e Estrutura da Prova

Pela definição de C. J. A. Mittermayer: "Prova é o complexo dos motivos produtores da certeza", ¹⁹⁰ pode-se inferir que ao conceituar e estudar os elementos que contribuem para a formação da convicção do juiz, o autor acreditou ter encontrado os alicerces para a fundamentação judicial.

Segundo Nicola Malatesta: "... constatando que a natureza de toda relação é determinada pela natureza dos seus limites, e, na consideração dos dois limites daquela relação temos a prova". ¹⁹¹

Por conseguinte, é relação particular e definida entre a verdade e o convencimento do juiz.

Francesco Carnelutti classificara a Prova, de tal maneira que seu objeto determinasse as espécies: Direta (quando incidisse sobre os próprios fatos relevantes para o julgamento); Indireta (quando a prova de fatos que em si mesma não teriam

¹⁹⁰MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. Trad. Hebert Wüntzel Heirinch 3.ed.Campinas: Bookseller, 1996, p.75.

¹⁹¹MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001, p.91.

relevância para o julgamento, mas valessem como indicação de que o fato relevante deveria ter ocorrido).¹⁹²

Merece comentário a definição dada por Carlos Giorgis:

A prova é a soma dos elementos produtores da convicção judicial; segundo uma imagem muito apropriada é a ponte que liga uma alegação presente aos acontecimentos pretéritos.¹⁹³

Neste contexto, nos ensina que entre a alegação e a verdade pretérita, seja qual for o elemento que proporcione nexos causal decorrente de raciocínio dedutivo ou indutivo será visto como prova.

Michele Taruffo afirmou:

O processo, seja civil ou penal, deve pretender a verdade, ainda que essa possa não ser alcançada, pois a legitimidade de uma decisão judicial pressupõe que as pessoas creiam seja ela baseada na verdade dos fatos. Não bastaria, portanto, a simples observância do devido processo legal, se ao final a sentença não retratasse a verdade.¹⁹⁴

A entender não ser legítima uma decisão que não tenha encontrado a Justiça ao caso concreto.

Três elementos formam a estrutura do processo probatório: um “fato a provar” (objeto de prova); uma “atividade do juiz” (percepção, dedução, o meio de prova); um “fato exterior” (que serve para a dedução – fonte de prova). Para Francesco Carnelutti: “objeto mediato é o fato, e imediato, é a afirmação”¹⁹⁵. Entre “b” e “c” ocorre uma relação instrumental.

¹⁹²CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.81.

¹⁹³GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A Prova Dinâmica no Direito de Família**. Disponível em <http://www.ambito-Juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6106>. Acesso em 02 nov. 2011.

¹⁹⁴TARUFFO, Michele. **A Verdade no Processo Civil**. São Paulo: Unesp, 1996, p.67.

¹⁹⁵CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.267.

3.2.2. Função da Prova

Michelle Taruffo dividira em dois modelos: “Prova”, como argumento persuasivo, capaz de disponibilizar uma versão da realidade¹⁹⁶; e outra, como instrumento demonstrativo da realidade (apto a esclarecer circunstâncias relevantes).¹⁹⁷

Não economizou ao apresentar situações nas quais a argumentação, a retórica e a persuasão seriam capazes de reconstruir idéias derivadas das prováveis versões (perspectivas sobre um único fato). Variáveis tais que desenvolveriam um movimento de oscilação, somente solucionado, quando da escolha das opções apresentadas.

Ao diferenciar Meio de Prova de Fonte de Prova constatamos, em Francesco Carnelutti, a preocupação de situar o nascedouro e o processo de convicção do magistrado, ao dizer:

Meio de prova: a atividade do juiz mediante a qual busca a verdade do fato a provar; a percepção do juiz e Fonte de prova: ao fato do qual se sirva para juntar as declarações e a percepção direta dos fatos a provar.¹⁹⁸

Utiliza o termo “percepção” além de defini-lo no depoimento.

O mecanismo da prova é idêntico para o indício e para o depoimento: ambos são fatos dos quais o juiz extrai o fato a provar (deduz) e por tanto são fontes de prova.¹⁹⁹

Fontes de Prova são pessoas (de onde se retiram as informações) ou coisas de onde provém a prova, enquanto Meios de Prova são os instrumentos que permitem levar ao juiz, os elementos que o ajudarão a formar seu entendimento acerca do caso.

¹⁹⁶TARUFFO, Michelle. Modelli di Prova e di Procedimento Probatório. **Rivista di Diritto Procesuale**. Padova, vol. 45, n 2, abril/junho 1990, p.421.

¹⁹⁷TARUFFO, Michelle. Modelli di Prova e di Procedimento Probatório. **Rivista di Diritto Procesuale**. Padova, v. 45, n 2, abril/junho 1990, p.421.

¹⁹⁸CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.99.

¹⁹⁹CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.231.

O Código de Processo Civil enumera como meios de prova o depoimento pessoal (artigos 342 a 347), a exibição de documentos ou coisa (artigos 355 a 363), a prova documental (artigos. 364 a 399), a confissão (artigos 348 a 354), a prova testemunhal (artigos 400 a 419), a inspeção judicial (artigos 440 a 443) e a prova pericial (artigos 420 a 439).

O artigo 130 concedeu ao juiz o poder/dever de determinar a produção de todas as provas que entender necessárias à instrução do processo.

Segundo Rossana Teresa Mergulhão:

Presunção é um processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa.²⁰⁰

O que nos remete à tese de que a “presunção” é obstáculo à produção completa de prova no processo.

Neste sentido, o código italiano considera suspeito tanto o testemunho como a presunção.²⁰¹ Conforme Francesco Carnelutti, a presunção constitui apenas um processo de raciocínio dedutivo, que impede o direito de acesso às fontes de prova (elementos externos ao processo, como pessoas e coisas) bem como aos meios de prova (técnicas apropriadas a atuar sobre as fontes para a devida informação e conseqüente informação sobre os fatos relevantes).

Em outras palavras, crenças são conceitos carregados culturalmente de uma qualidade²⁰², criando no cérebro um efeito de “reverberação” como nos computadores (apreensão de informações erradas).²⁰³

Segundo Luiz Rodrigues Wambier²⁰⁴: “... Documento é todo objeto capaz de “cristalizar” um fato transeunte, tornando-o, sob certo aspecto, permanente.”

²⁰⁰MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **A Produção da Prova no Direito Processual. O Alcance e os Limites do Ativismo Judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.78.

²⁰¹CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.128.

²⁰²SOEIRO, Alfredo Correa. **Psicologia sem Cérebro**. São Paulo: Natura, 1980, p.77.

²⁰³SOEIRO, Alfredo Correa. **Psicologia sem Cérebro**. São Paulo: Natura, 1980, p.77.

Assim, papel escrito ou fotografia, qualquer material que tenha gravado caracteres suficientes para atestar que o fato ocorrera.

3.2.3. Objeto da Prova

Para Luiz Guilherme Marinoni²⁰⁵:

(...) o objeto da prova não se destina a provar os fatos mas sim, afirmações de fatos. É, com efeito, a alegação e não o fato que pode corresponder ou não à realidade daquilo que se passou fora do processo.

Para Francesco Carnelutti: "... as afirmações não se conhecem, mas se comprovam e os fatos não se comprovam, são conhecidos, ao final."²⁰⁶ Assim as afirmações são o objeto de prova, sendo certo que apenas serão confirmadas ou não. Quanto aos fatos, poderá o juiz apenas conhecer, acreditados pela final convicção judicial.

²⁰⁴WAMBIER, Luiz Rodrigues. (coord.) **Curso Avançado de Processo Civil**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.439.

²⁰⁵MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005., p.262.

²⁰⁶CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.68.

Hugo Von Hofmannsthl, em “O Livro dos Amigos” relatou: “Não se pode pretender que alguém conheça tudo, mas sim que, conhecendo alguma coisa, tenha conhecimento de tudo”.²⁰⁷

Por certo se referira aos vícios do mecanismo do raciocínio indutivo. Tentara sugerir que por meio de parcas declarações obtidas entre quatro paredes, durante a oitiva testemunhal, o magistrado tornar-se-ia convicto a ponto de interferir na vida de tantas pessoas. Reportamo-nos à situação em que uma micro-empresa sofra falência quando obrigada a honrar com dívida trabalhista que não suporte.

3.3. A Prova e a Formação do Convencimento Judicial

”A solução eu já encontrei, agora preciso descobrir somente os caminhos pelos quais lá cheguei.”

Carl Friederich Gauss

Oferecendo verdadeiras diretrizes ao juiz, dois princípios foram elencados por Francesco Carnelutti:

(...) o juiz não pode servir-se mais que de percepções obtidas de determinado modo e (...) o juiz não pode servir-se livremente dos fatos assim percebidos para suas deduções, senão que deve utilizá-los de acordo com determinadas regras.²⁰⁸

²⁰⁷HOFMANNSTHL, Hugo Von. **O Livro dos Amigos.** Disponível em <http://www.citador.pt/frases/citacoes/a/hugo-von-hofmannsthal> Acesso em 23 fev. 2011.

²⁰⁸CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil.** Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.45.

Trabalhara a consciência dos limites sobre o alcance parcial e derivado das declarações trazidas ao processo.

Segundo as palavras de Décio Pignatari: “toda relação estabelece um vínculo que é expresso em termos de linguagem”.²⁰⁹

Diversos autores quando se referem ao processo de captação das declarações, ou produção de prova oral utilizam o termo “percepção”, o que denota evidente conscientização de que o processo se perfaz por via sensorial.

Para Carl Gustav Jung, a “Percepção”²¹⁰ pode ser dividida em “Sensorial”, aquela que se dá através dos órgãos dos sentidos e do “sentido do corpo” e “Estética”, na medida em que isola-se de todas as interferências diferenciais do objeto percebido, assim como das intromissões subjetivas de sentimentos e pensamentos.

3.3.1. Valoração da Prova

Definido por Octacílio Paula e Silva, “Valor” é a eleição, consciente ou inconsciente do ser humano, a certas aspirações.²¹¹ E continua: “Os valores se submetem a graus de expectativa de parte do homem...”.²¹²

A classificação dos valores está sujeita a implicações subjetivas, por variarem em tempo e espaço. Assim, dito por Luís Recasens Siches:

Os valores se dão como objetos de uma intenção essencial, que se impõem necessariamente ao reconhecimento, com igual evidência às leis lógicas e às conexões matemáticas.²¹³

²⁰⁹ PIGNATARI, Décio. **Informação. Linguagem. Comunicação.** São Paulo: Perspectiva, 1968, p.16.

²¹⁰ JUNG, Carl Gustav. **Tipos Psicológicos.** Tradução Rascher Verlag. 4.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981, p.535.

²¹¹ SILVA, Octacílio Paula. **Ética dos Magistrados à Luz do Direito Comparado.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994, p.47.

²¹² SILVA, Octacílio Paula. **Ética dos Magistrados à Luz do Direito Comparado.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994, p.47.

Ainda neste sentido, Octacílio Paula e Silva entende que:

Há profissão ou atividade cujo êxito acha-se ligado a atitudes intimamente relacionadas a valores éticos, como por exemplo, a caridade para o sacerdote, a isenção para o magistrado, a honestidade para o servidor público em geral.²¹⁴

De todo o exposto, pode-se perceber um juízo unívoco, nestes autores, o de que a valoração não poderá ocorrer sem que estejam presentes elementos subjetivos.

Como “Valoração da Prova” é análise e encadeamento hierárquico das provas no que se refere à capacidade de convencimento nos autos’, as diretrizes para o procedimento da audiência com fins à produção de provas orais, o selecionar das consideradas aproveitáveis ao convencimento do juiz, a condução das perguntas e reperguntas (escolhidas pelo julgador), bem como a convicção final, estarão todos contaminados por princípios pessoais, juízos de valores e tantos outros componentes adjuntos à esfera subjetiva do magistrado.

Conforme José Roberto Neves Amorin:

O juiz, ao proferir a sentença no processo, deverá apontar o valor dado às provas produzidas, o que ficará evidenciado na sua própria fundamentação, ao basear seu convencimento nessa ou naquela prova.²¹⁵

E segue dizendo:

O critério da persuasão racional é o adotado pelo sistema brasileiro, inclusive como exigência constitucional, porque o juiz deve sempre fundamentar ou motivar suas decisões.²¹⁶

²¹³SICHES, Luís Recasens. **Tratado General de Filosofia Del Derecho**. 5.ed. México: Porrúa, 1975, p. 59.

²¹⁴SILVA, Octacílio Paula. **Ética dos Magistrados à Luz do Direito Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.51.

²¹⁵AMORIN, José Roberto Neves. **Fundamentos atuais do processo civil: processo de conhecimento**. São Paulo: Manole, 2004, p.283.

²¹⁶AMORIN, José Roberto Neves. **Fundamentos Atuais do Processo Civil: Processo de Conhecimento**. São Paulo: Manole, 2004, p.283.

O Princípio do Livre Convencimento, deixa sob o poder do juiz o direcionamento, e a produção em si das provas. Após produzi-las, ainda irá reexaminá-las, como que a confirmar o quebra-cabeças já previamente montado, de forma que possa dar racionalidade à escolha da verdade apresentada nos autos.

Pela disposição do art. 145 do Código de Processo Civil²¹⁷, segundo o qual "quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito", deveria ser aqui aplicada também para a produção da prova oral, uma vez que não tem o magistrado formação técnica suficiente para apreciar o texto em conformidade com os nuances de comportamento das testemunhas durante a oitiva.

O magistrado passa a utilizar suas máximas de experiência, a apreciar os testemunhos apenas baseando-se naquilo em que está convencido ser de interesse. Interrompe as declarações de acordo com o que lhe parece necessário, dando novos rumos às reperguntas.

No Código de Processo Civil, o artigo 131²¹⁸ permite ao juiz apreciar livremente a prova, com a indicação das razões do seu convencimento.

O convencimento do juiz, racional (que deve ser atingido pela ponderação dos mecanismos do intelecto e não por suas máximas de experiência), deve estar fundamentado nos elementos colhidos durante o processo, de forma que possa, ao final, justificar a decisão totalmente amparada pelos dados obtidos nos autos.

3.3.2. Julgamento

²¹⁷BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. (Atualizado até a Lei n, 11.694, de 12 de junho de 2008). 2ª impressão. São Paulo: AASP, 2009, p.22.

²¹⁸BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. (Atualizado até a Lei n, 11.694, de 12 de junho de 2008). 2ª impressão. São Paulo: AASP, 2009, p. 19.

“Não busquemos, pois, segurança e firmeza.
Nossa razão está sempre caída pela inconstância das aparências;
nada pode fixar o finito entre os infinitos que a encerram e a evitam”.

Blaise Pascal

Legara à civilização, além de inúmeros avanços na Física e na Matemática, o exemplo do homem que quanto mais conhece, mais admite as incertezas e inseguranças frente às aparências. Em sua obra “A Justiça e a Razão dos efeitos”, dissera: “É possível saber que se ignora, e também que se ignora algo em particular, mas não é possível saber tudo que se ignora”.²¹⁹

Inefável pesar que obriga o homem a dirimir litígios, sobre os quais tenha o mais frágil conhecimento. Carga imensurável, que distende os ligamentos, aniquila a tranqüilidade e desgasta a existência.

Renée Descartes apostara na idéia de que, ainda que o fim não fosse o esperado, se os meios fossem lógicos, valeria o resultado:

(...) imitando viajantes que, perdidos em alguma floresta, não devem ficar perambulando de um lado para outro, mas andar sempre o mais reto que puderem na mesma direção pois se não vão exatamente onde desejam, ao menos acabarão chegando a algum lugar.
e mais, (...) é uma verdade muito certa que, quando não está em nosso poder discernir as opiniões verdadeiras, devemos seguir as mais prováveis(...)²²⁰

Michel Montaigne preocupado com o comportamento humano debruçou-se sobre a abordagem da realidade no ensaio “Da loucura de opinar acerca do verdadeiro e do falso unicamente de acordo com a razão”²²¹

Wanderley Guilherme Santos se referiu às mesmas preocupações dizendo:

Verdades particulares necessitam integrar-se umas às outras como condição para que a verdade total possa ser captada e expressa (...)

²¹⁹PASCAL, Blaise. **Submissão e Uso da Razão.** Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/pascal.html>> Acesso em 13 jun. 2011

²²⁰DESCARTES, René. **Discurso do Método.** Trad. Maria Ermantina Galvão. Revisão da tradução Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.29.

²²¹MONTAIGNE, Michel Eyquem. *Ensaíos.* Trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Abril Cultural, 1972, p.93. (Os Pensadores).

e (...) somente na medida em que um sistema de verdades parciais é ele próprio verdadeiro é que a verdade de cada proposição particular estará garantida.²²²

Para o autor, a verdade se perfaz como um sistema, um conjunto de proposições, e como tal devem manter entre si uma relação para a sua manutenção. Ao tentar alcançar o conhecimento destas particulares verdades, encontrar-se-á, o magistrado, diante de uma infinidade de especulações e que somente através de uma articulação sistemática poderá validá-las por oportuna pertinência ao caso concreto.

Neste mesmo sentido, Gottfried Leibniz acreditava que a reflexão seria a única forma capaz de crescer o conhecimento, pela intensidade e não pela novidade.²²³ E pela identidade dos indiscerníveis, dois seres jamais serão idênticos.²²⁴

O tema “Intuição”, como processo pelo qual se atinge o conhecimento sem a interferência da razão,²²⁵ fora analisado e indicado por Virgínia Burden, como caminho para o magistrado, na busca da verdade. Ao discorrer sobre o assunto, afirmara: “Não podemos raciocinar a respeito da intuição simplesmente porque a faculdade intuitiva transcende a razão e a torna obsoleta como autoridade final.”²²⁶

Seguindo tal trilha, um sem número de escritores acredita solucionar o impasse que se apodera do juiz. Permitir a ele, que seus mecanismos do inconsciente, suas experiências pessoais, seus valores adquiridos venham a fazer parte do raciocínio lógico e objetivos que se quer alcançar é contrariar todos os ditames e quesitos necessários ao exercício da ciência. E se é esperado, do Direito,

²²²SANTOS, Wanderley Guilherme. **Discurso sobre o Objeto: uma Poética do Social**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria de Estado da Cultura, 1990, p.39.

²²³LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Escritos filosóficos. A profissão de fé**. Trad. Roberto Torretti, Tomás E. Zwanck e Ezequiel de Olaso. Edição Ezequiel de Olaso. Buenos Aires: Editorial Charcas, 1982, p.131.

²²⁴LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Discursos de Metafísica**. Monadologia, §9, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.132.

²²⁵SILVA, Adalberto Prado. (coord.) **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos. 1975, p.983.

²²⁶BURDEN, Virgínia. **O Processo da Intuição. Uma Psicologia da Criatividade**. Trad. Daniel Camarinha da Silva. São Paulo: Pensamento, 1975, p.31.

uma ciência (busca da verdade), tal universo jurídico estaria a se esfacelar pela conduta personalíssima do julgador.

Francesco Carmelutti nos fala sobre “função inventiva do julgamento” (julgamento é invenção de um ligame entre o passado e o futuro) ²²⁷ ao acreditar que ao encontrar o futuro de um passado estaria a construir uma verdade difícil de ser descoberta por si só. Que o julgamento é ato fundamental não só para o Direito, mas para o pensamento.

Porto seguro do juiz encontra-se na certeza de haver compreendido os fatos e ter reconstituído as circunstâncias que o envolveram.²²⁸ “O juiz elabora a base dos fatos para forjar a premissa menor da sentença, isolando os elementos para sua decisão” ²²⁹

Entende Francesco Carnelutti que a atividade do Juiz com o objetivo de alcançar a sentença, bem como fundamentá-la, se divide em duas: posição da norma jurídica (questão de direito) e posição da situação de fato (questão de fato, na qual deverá acomodar-se às afirmações das partes).²³⁰ O objetivo do julgamento está na comprovação da idêntica ou diversa situação suposta pela norma jurídica. Acredita que o processo (sistema de precauções contra o erro²³¹) não servirá para o conhecimento do juiz, mas para que aponte a posição da norma jurídica existente. E esta, indica ao juiz, o dever de não esquecer uma norma que exista, ainda que as partes não a afirmem no processo (*iura novit iura*).²³²

²²⁷CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, pp.16 e 268.

²²⁸CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 24.

²²⁹CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 24.

²³⁰CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.31.

²³¹CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.17.

²³²CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.31.

O caminho percorrido entre o mandado hipotético até o mandado real se perfaz na identificação e comprovação de uma circunstância que enseja a transformação do mandado abstrato em concreto.

Para Aroldo Plínio Gonçalves, o modelo de relação jurídica,²³³ pela ótica da sujeição, contaminaria a avaliação dos fatos, de certo pela presunção de que quem primeiro dera o passo, no sentido de exigir, provavelmente estaria envolto por motivos suficientes.

Ainda sob sua ótica, o contraditório não é o dizer e o contradizer sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, mas a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de idêntico tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei.²³⁴

Tanto o Código de Processo Civil como o Código Civil, brasileiros, têm fornecido amplos poderes ao julgador, sob o pretexto de resolução rápida e efetividade. Não devendo haver qualquer caminho para que a atuação jurisdicional se dê sob mecanismos evadidos de subjetividade.²³⁵

Mediante o Princípio do Contraditório serão as partes a construir o processo, não como mero instrumento jurisdicional, mas como caminho para o alcance dos interesses das partes envolvidas. E por isto, não se pode imaginar, uma das partes sem advogado simplesmente porque seja o valor da causa de pequena quantia. Apenas a presença do juiz não garantirá às partes igual oportunidade, a menos que posicione-se no sentido de proteger uma delas, para contrabalançar. Momento então que não teremos mais o que se espera do magistrado.²³⁶

A decisão final tem origem em consensos subjetivos (oriundos da percepção do julgador), em consensos objetivos (decorrentes de uma ponderação dos interesses presentes, com conseqüente aceitação ou rejeição ao pedido). Uma

²³³GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.74.

²³⁴GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.127.

²³⁵LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.41.

²³⁶LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.40.

fundamentação coerente dar-se-á através de um processo lógico que procure evitar erros de raciocínio.

Peter Hejl expôs um de seus trabalhos num Workshop, na seção de Direito da Sociedade Alemã para Semiótica em 1989. Ao se referir à construção da realidade disse:

(...) apesar de uma instrução longa e visando a profissionalização bem como a segurança normativa de relação uniforme com textos legais, os juízes constroem os significados de textos legais de forma totalmente diferente²³⁷

Passam a estabelecer ficções jurídicas, recursos técnicos de argumentação justificadoras das decisões da justiça. Suposições de fatos reconhecidamente não-reais, dos quais podem ser derivadas conseqüências jurídicas desejáveis, de alcance e efeito limitado. Assim, à medida que reiteradas, tornam-se realidade jurídica.

Como nem todos os fatos podem ser submetidos à atividade probatória, da busca certeza absoluta, restará um inconformismo diante da “certeza relativa”, suficiente para a fundamentação do juiz diante da escolha entre as versões apresentadas. A confiança depositada no juiz fora tão enaltecida que passara a julgar contra a lei.

Moacyr Amaral Santos²³⁸ nos diz que: “... a convicção do juiz é atingida quando se certifica pela exclusão de todos os motivos divergentes”.

Passa o juiz, por enorme esforço ao almejar a verdade narrada, mostrando-se incapaz para adentrar a mente humana e obter a certeza desejada.

Para Carl Gustav Jung²³⁹ trabalhamos com dois inconscientes: o individual

²³⁷HEJL, Peter M. Ficção e Construção da Realidade sobre a Distinção entre Ficções no Direito e na Literatura. In **O Olhar do Observador**. (orgs.) Paul Watzlawick e Peter Krieg. Trad. Helga Madjderey. São Paulo: Editorial Psy II, 1995, p.100.

²³⁸SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.342.

(herança familiar) e o coletivo (herança das gerações passadas). Este último nos pré-dispõe a determinadas posturas, inconscientemente.

Como resultado da sujeição dos depoimentos filtrados pelo encadeamento dos processos de raciocínio lógico tanto da testemunha quanto do magistrado, a realidade reconstruída e evidenciada poderá não revelar a verdade almejada. O juiz não enxergará na íntegra a realidade ocorrida, mas a parcialidade dela relatada. E nestes caminhos entre a indução e a dedução, o império do inconsciente governará, exatamente por que deles não nos damos conta.

Recordando as palavras de Aquiles Guimarães Côrtes: "... interpretar e compreender são atos humanos dirigido a humanos".²⁴⁰ Não querendo perder de vista as características e elementos formadores da humanização do animal racional, homem, acompanha o autor o entendimento de que a atuação do magistrado deve pautar-se no ideal de fraternidade e composição com as necessidades e perspectivas das partes no processo.

Segundo Miguel Reale:

(...) o juiz deve ser imparcial, mas o acerto de sua decisão depende dessa capacidade psicológica. Por isso, conclui que o segredo da justiça está no fato de o juiz saber que a neutralidade não significa fugir das pessoas em litígio, mas em se colocar na posição delas.²⁴¹

Quer nos sugerir imparcialidade como policiamento direcionado para o atingimento da igual oportunidade às partes durante o processo judicial. Confessa, porém, ser necessária a "Capacidade Psicológica" do magistrado. E ele certamente não a possui, pelo menos não profissionalmente.

Durante a produção de provas (ou leitura da exordial e da contestação), estarão presentes os elementos constantes do inconsciente do juiz (os valores jurídicos, emocionais e políticos, os vínculos familiares e pessoais, o alcance econômico e social, enfim, traços do intelecto e da personalidade), que se projetados

²³⁹ JUNG, Carl Gustav. **A Natureza da Psique**. Petrópolis: Vozes, v.8, 1984, p.45. (Obras Completas)

²⁴⁰ CÔRTEZ, Aquiles Guimarães. **Fenomenologia e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 57-58.

²⁴¹ REALE, Miguel. **Noções Preliminares de Direito**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.56.

durante o exame das declarações testemunhais (ou dos depoentes), impedirão o necessário distanciamento que proporciona, ao final, igualdade de oportunidade de interpretação e análise das versões apresentadas pelas partes.

Eis que a uniformidade do Direito como garantia de segurança jurídica torna-se mito. E o que é o mito senão a expectativa e a crença do inalcançável.

O século XVIII encontrara na neutralidade do Poder Judiciário a garantia para a efetivação do direito, processo que somente seria atingido pelo saber isolado e especializado. Fora reforçado pelas idéias de Hans Kelsen, no que se referiu ao método e ao objeto de estudo do Direito, como ciência normativa.

Tal objetividade, em seu extremo, levava o Poder Judiciário a tornar-se avesso às realidades fora do universo dos autos. A imparcialidade fora tomada em seu aspecto mais cruel, uma “Justiça Cega”.

Como resposta, o século XIX viveu a evolução de pensamentos voltados às necessidades de cada indivíduo como organismo isolado, porém em confronto com os seus iguais. Assim, se necessário, o juiz poderia para a efetiva atuação da Justiça, dar ao caso concreto, as soluções que lhe parecessem providenciais, bastando apenas que do resultado de um raciocínio lógico, enveredasse por quaisquer das versões apresentadas no processo judicial. Como conseqüência, fora necessário que houvesse motivação da decisão (até hoje observada). Ingênuo entendimento de que tal mecanismo garantiria equalização dos mecanismos do raciocínio do magistrado, pois que a fundamentação da decisão apenas aponta para a escolha tomada.

Neste mesmo período uma onda estimulou a atuação subjetiva, humanizada, como benéfica ao processo, de maneira que a evidente interferência nas sentenças traria alguma contribuição ao desenvolvimento do Direito. A incerteza jurídica traria a flexibilidade necessária às evoluções da positivação dos interesses individuais. O autor compactuara com a presença da intuição e dos sentimentos dos juízes na busca pela melhor solução.

Ocorre que disto criou-se uma possibilidade para a arbitrariedade não do

seu convencimento, mas de sua atuação quanto à escolhas dos fatos a provar e dos procedimentos durante a produção das provas (principalmente das orais).

Ainda neste terreno, o conhecimento das circunstâncias e fatos pretéritos se dá de forma indireta, posto que resultante das declarações obtidas da oitiva das testemunhas. Assim, mais do que necessário que sejam levadas a termo por profissionais capazes de verificar muitos dos prováveis mecanismos indiretos e subjacentes aos depoimentos.

Ao sugerir, Miguel Reale, que o juiz seja um partícipe da história de vida das partes em litígio, estará permitindo que ao magistrado seja possível julgar sem a devida isenção de seus valores e juízos pessoais (pois que estará no mesmo nível de sujeição que as partes envolvidas).

Não se deve esquecer que os sentimentos de interesse na causa, desafeto, ou afeição por uma das partes, não sejam os únicos a ensejar insegurança no julgamento do magistrado, pois que outros fatores influenciam diretamente o desenvolvimento do raciocínio lógico do avaliador, como as experiências próprias, juízos de valor, etc.

E não querendo ser visto como um mero expectador (conforme ocorria após a entrada em vigor do Código de Processo Civil, 1939 em 1940), de “Cega” a Justiça tornara-se “Surda”, pois que só leva a termo as palavras dirigidas ao magistrado.

Decorre desta preocupação evidente de suspeição e impedimento, a absoluta certeza de que elementos não passíveis de controle e interferência sejam trazidos ao processo, durante o convencimento do magistrado. Apenas cabendo a possibilidade de gerenciá-los quando profissional capacitado tenha o domínio e ciência das técnicas para tal embate.

4. FORMAÇÃO HUMANISTA DOS MAGISTRADOS

“Juízes, não sois máquinas! Homens é o que sois!”

Charles Chaplin

4.1. Personalidade do Juiz

“Porque te enrolaste no laço da tua sabedoria?”

Friedrich Nietzsche

Não há como garantir que o magistrado se dispça de suas características humanas, sua sensibilidade, para a melhor percepção, nem que se distancie da experiência de vida, que pode carrear pré-julgamentos. Durante a leitura dos autos, na oitiva de depoimentos ou testemunhal, e finalmente, no convencimento de que se apossa para fundamentar suas decisões, estará presente o juiz-homem-indivíduo.

Carl Gustav Jung indicara critérios que identificariam as diferentes personalidades dos seres humanos, chamando-as “Dimensões”²⁴² (decorrentes do desenvolvimento individual próprio e com características bem definidas e vinculadas ao histórico pessoal). Classificou-as como: extrovertidas, introvertidas, sensitivas,

²⁴²JUNG, Carl Gustav. *passim*. **Tipos Psicológicos**. Tradução Rascher Verlag. 4.ed. Rio de Janeiro Zahar, 1981.

intuitivas, racionais, sentimentais. Assim, os indivíduos apresentam uma particular disposição para agir numa determinada direção, mais que em outras:

Uma constelação subjetiva determinada, uma cominação de fatores e conteúdo psíquico, que determinará a ação neste ou naquele sentido, ou captará o estímulo exterior deste ou daquele modo.²⁴³

Isabel Briggs Myers²⁴⁴ complementara o estudo dos “Tipos Psicológicos” identificando uma quarta “Dimensão” que conteria os elementos particulares em que se processariam “juízo” e “percepção”. Percebera que estes dois outros fatores poderiam aumentar o feixe final da distributiva daqueles até então apresentados. Em estudo posterior, criou em parceria com Katherine Briggs Meyer, um sistema de identificação da personalidade, através de testes psicológicos.

Ainda, segundo Carl Gustav Jung, a primeira dimensão abrangia a forma como o indivíduo se relaciona com os demais; a segunda, a maneira como percebe o seu entorno; a terceira, relativa ao enfrentamento para tomar decisões.

A quarta dimensão, determinada por Isabel, ensejaria as características do desejo de decidir prontamente, e por tanto, organizando-se em função da postura tomada ou, do contrário, criar um feixe de opções sem nada definir.

Uma distributiva entre tais dimensões proporcionaria distinção e definição de outros novos tipos de personalidades.

De todos estes estudos, algo ficara claro, o fato de que ao indivíduo é vedado despir-se de certas características intrínsecas a ele, principalmente, quando delas não tem absoluto conhecimento.

Como esperar que, ao magistrado caiba a tarefa de indicar as penas, como produto final de uma análise que tenha feito quanto ao *animus* do réu ou dos reais prejuízos sofridos pelas partes sem que estejam presentes seus sentimentos e

²⁴³ JUNG, Carl Gustav. **Tipos Psicológicos**. Tradução Rascher Verlag. 4.ed. Rio de Janeiro Zahar, 1981, p.493.

²⁴⁴ MYERS, Isabel Briggs. *passim*. **Gifts Differing: Understanding Personality Type**. U.S.: Davies-Black Publishing, 1995.

valores pessoais? E simultaneamente, como manter-se afastado, frio (imparcial) em relação aos sentimentos e desgastes percebidos durante o processo?

A solução nos é apontada pela possibilidade de Perícia Judicial Psicológica.

Se adentrarmos pelos caminhos da emoção, de origem latina (*sententia*), a palavra “sentença” vem associada ao sentimento e a vontade. Neste sentido, Lídia Reis de Almeida Prado nos disse que o juiz deve ser: “... alguém capaz de descer às pessoas que julga, alguém que capta os sentimentos e aspirações da comunidade.”²⁴⁵ Nos perguntaremos: no afã de corrigirmos a postura fria e distante do magistrado, não estaremos retornando à Idade Média (momento que as decisões eram tomadas por pura empatia)?

Por que deve o juiz ter que “descobrir” quem diz a verdade? Em nome da celeridade, deve a justiça transparecer, aos cidadãos, mera “roleta russa”?

Segundo Virgínia Burden:²⁴⁶ “O principal foco do auto-engano é o desejo. A ação que tem origem no desejo pessoal não tem perspectiva”. Assim, o imperativo sobre o qual se sujeita o juiz, tende a lhe constranger e contaminar seu campo de percepção e compreensão das informações auditivas e visuais que lhes chegam durante a produção da prova oral.

Ainda segundo a autora: “O impulso que motiva sua decisão é um sentido intuitivo do justo e do injusto a respeito do caso particular que tem diante de si”.²⁴⁷ Não será alcançada a Justiça se nos conformarmos com as “boas intenções dos juízes”, mas ao contrário, afastar a possibilidade de que ele apenas utilize sua intuição.

²⁴⁵PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção. Aspectos da Lógica da Decisão Judicial**. 4.ed. Campinas: Millennium, 2005, p.13.

²⁴⁶BURDEN, Virgínia. **O Processo da Intuição. Uma Psicologia da Criatividade**. Tradução Daniel Camarinha da Silva. São Paulo: Pensamento, 1975, p.56.

²⁴⁷PRADO, Lidia Reis de Almeida. A Questão da Segurança Jurídica: a neutralidade do juiz. **Revista ESMape**, v. 1, p.12, 2006. Disponível em < sistemas.usp.br/tycho/producaoacademica/fd/dfd/CV13.html > Acesso em 12 abr. 2011.

Piero Calamandrei declarou:

(...) gostaria de sugerir a qualquer jovem cultor do direito processual de estudar se é verdade que a sentença se resume a pura lógica, no chamado silogismo judicial, ou se, ao contrário, o elemento determinante, embora invisível, não seja muito freqüentemente o sentimento (...).²⁴⁸

Para Karl Llewellyn²⁴⁹, a mente do juiz primeiro intui a decisão, que considera justa, e depois procura a norma que pode servir de fundamento a essa solução.

Segundo Francesco Carnelutti: "... o juiz afasta-se do fato quando se envolve além do devido com os conceitos jurídicos". E continua: "... quanto mais simples a verdade, mais difícil é descobri-la."²⁵⁰ Na busca pela verdade real, e julgamento justo entendeu que somente pela perspectiva externa ao Direito, poderia encontrar o caminho para o observador descontaminado.

Os mecanismos utilizados durante o processo, para o encontro da verdade real, sofrem constantemente interferência de ruídos durante a comunicação (desvios de percepção do fato a ser comunicado). Assim, o juiz, gerenciador e presente no processo, não está apto para produzir os depoimentos e a oitiva testemunhal com absoluta imparcialidade necessárias.

Segundo Sigmund Freud:

(...) a consciência não constitui a essência da vida psíquica, mas apenas uma qualidade desta, podendo coexistir com outras qualidades e até mesmo faltar.²⁵¹

O julgamento do magistrado estará sempre comprometido com os elementos inconscientes formadores da sua personalidade, quais sejam variáveis no

²⁴⁸CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1999, p.57.

²⁴⁹LLEWELLYN, Karl Nickerson. *passim*. **The Realist Movement**. London: Weidenfeld and Nicolson Norman, Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1973.

²⁵⁰CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.17.

²⁵¹FREUD, Sigmund. **Cinco Lições Sobre a Psicanálise**. Rio de Janeiro: Imago, v.16, 1988, p.34.

que se refere: à postura para ouvir, para perceber, expectativas pré-lançadas ao caso concreto (mediante a leitura inicial que tenha feito), pré-juízos trazidos de imediato ao sopesamento inicial, códigos de conduta internalizados pela sua educação, capacidades específicas de percepção, inteligência e tipo de raciocínio indutivo sob a ótica da empatia levada às circunstâncias históricas dos fatos, etc.

David Zimerman elencara dez tipos de personalidade, com as seguintes características: depressiva (pessimista); paranóide (desconfiada); maníaca (desmedida, exagerada); fóbica (vê perigo em tudo); obsessivo-compulsiva (rigorosa); esquizóide (arredia); histérica (instável); psicopata (dissimulada); camuflada; narcisista (auto-estima exacerbada).²⁵²

O autor aponta para a ilusão que se instaura, pelo mecanismo de negação de sentimentos, como se garantisse objetividade à racionalidade humana e, nos lembra que a razão tem outros aspectos, como a sensualidade, sensibilidade e a sensação.

Quando, num desespero de alcançarmos sentenças mais justas, apontamos para a solução vinda ainda das mãos e de uma atuação dos magistrados mais sensível, mais humanos, estamos abrindo caminhos a mecanismos ainda maiores quanto às avaliações subjetivas e aleatoriamente distribuídas pelas Varas Judiciais, distanciando-nos das certezas jurídicas

Esperar que o Poder Judiciário sensibilize-se, qualifique-se de maneira mais humana, como a última reforma no processo civil desejou, apenas ensejará aumento do leque de decisões personalíssimas, retroagindo velozmente para o absurdo dos jogos de azar.

Durante décadas discutiu-se a medida do justo, da equidade, para alcançar a Justiça, e destes debates, uma forma ingênua levou ao Poder Judiciário a

²⁵²ZIMERMAN, David. A Influência dos Fatores Psicológicos Inconscientes na Decisão Jurisdicional. A Crise do Magistrado. **Revista da ESMEC**. Fortaleza: Themis, pp.131-144, jan-jun 2006. Disponível em < http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/wp-content/uploads/2008/10/themis-v4-n1_atual.pdf> Acesso em 20 fev. 2011.

permissão para auto-convencimento e pior, justificar-se através da motivação, sempre no sentido de maquiar o mecanismo que utilizara para definir a “verdade escolhida”.

É evidente em toda a história que se pretenda observar, dos povos, das artes, das guerras, onda após onda, intercalam-se através de teorias diametralmente opostas, como que a compensar, contrabalancear os exageros que cada corrente ideológica viera a proporcionar ao desenvolvimento das civilizações.

Não ocorrera de forma diferente com as teorias que década após década tentaram firmar-se alardeando o quanto seus mecanismos trariam mais satisfação e proximidade para encontrar a verdade nos autos de um processo jurídico. Tanto assim, que sempre fora necessário estipular limites de reação diante do inconformismo das partes.

Errônea a idéia de que a conciliação acalma os ânimos dos litigantes, ao contrário. Para aquele que sabe ter razão, a solução intermediária certamente é vista como distanciamento da Justiça, pois que esperava receber total procedência de seu pedido, ou em sua defesa.

Leonardo Boff manifesta-se sobre a relação entre magistrado e partes no processo dizendo: “A relação não é sujeito-objeto, mas sujeito-sujeito...”²⁵³

Esperar que, ao cargo de magistrado, sejam somadas características de humanidade, de sensibilidade para torná-lo apto na busca da verdade é esquecer-se de que existe um profissional, já consagrado para avaliar e captar nuance e indícios de desvios da realidade durante a produção de provas no processo. O ato de sensibilizar o magistrado não trará a menor garantia da verdade real.

Carl Gustav Jung estudara os aspectos do inconsciente²⁵⁴, a forma como sofrem uma organização, as categorias do Id (parte inacessível de nossa personalidade), Ego (desenvolve-se a partir da proximidade do Id, fazendo uma mediação com o mundo externo, nascendo o fenômeno da consciência, sofre uma

²⁵³BOFF, Leonardo. **Justiça e Cuidado: Opostos ou Complementares?** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p.12.

²⁵⁴JUNG, Carl Gustav. *passim*. **A Natureza da Psique**. Petrópolis: Vozes, v.8, 1984.

evolução que da percepção dos impulsos chega ao seu total controle) e o Superego (centro da crítica de nossa personalidade).

Capacidade perceptiva, memória, temperamento, inteligência, caráter, experiências vividas são algumas das variáveis que interferirão em gênero e grau no processo de instrução e julgamento efetuado pelo juiz.²⁵⁵

Um juízo primário resulta da percepção imediata, um juízo lógico deriva de análise e integração dos componentes presentes na situação avaliada. O caminho percorrido entre o que se questiona e o que se responde deve também ser avaliado, pois capaz de extremas distorções.

Deve-se dar razão ao que dissera Rudolf Von Ihering, ao descrever a finalidade e a maneira de enfrentamento do Direito com os obstáculos do seu entorno:

(...) o direito considerado como causa final, deve incessantemente ansiar e esforçar-se por encontrar o melhor caminho, desde que se lhe depare, deve terraplanar toda a resistência que lhe opuser barreiras.²⁵⁶

Encontra o magistrado suporte para sua atuação apenas no ordenamento jurídico que o cerca, sem a menor exigência de conhecimento específico capaz de acrescentar informações que o auxiliem no momento em que toma a posição de auditor dos depoimentos captados. Como dispensar o auxílio de outro profissional, já capacitado para embasar o convencimento do magistrado (objeto da produção de prova)?

²⁵⁵SOUZA, Moacyr Benedicto. **Mentira e Simulação em Psicologia Judiciária Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, 78.

²⁵⁶IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Marin Claret, 2010, p.23.

4.2. Capacitação Psicológica

“Todas as nossas atitudes são insignificantes, mas devem ser tomadas”

Mahatma Ghandi

Sobre este tema, Kazuo Watanabe, interessado pelo tema da cognição relata:

Desponta, assim, o problema da seleção, formação e aperfeiçoamento dos juízes, como condição necessária para se atingir o ideal de justiça.²⁵⁷

Resume seu entendimento de que a solução para o atingimento da justiça estaria na capacitação dos magistrados. Ocorre que já incursos nos ordenamentos jurídicos processuais, Cível e Penal, o perito é pessoa capaz para avaliar e dar as respostas pertinentes e necessárias para o convencimento do magistrado, naquilo que ele mesmo não tenha a devida instrução para analisar.

Doutrinadores em Psiquiatria Forense (interface entre a Psiquiatria e o Direito), Julio Arboleda Florez e José Taborda definiram o posicionamento necessário para a aquisição de uma objetividade capaz de afastar vestígios de subjetividade do observador da seguinte maneira:

Por neutralidade entende-se tanto uma condição objetiva de ausência de qualquer interesse no caso em julgamento, quanto especial atenção às questões subjetivas...²⁵⁸

Ocorre que nossos códigos processuais somente vislumbram a imposição da neutralidade com o viés dos interesses particulares, entre perito, juiz e as partes, esquecendo-se de que outras questões inconscientes podem se dar durante a avaliação, quais sejam, de valores, juízos pessoais e experiências particulares.

²⁵⁷WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas. 2.ed., 1999, p.63.

²⁵⁸FLOREZ, J. A. e TABORDA, J. G. V. Ética em Psiquiatria Forense: Atividade Pericial, Clínica e Pesquisa com Prisioneiros. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, 2006, p.88.

José Osmir Fiorelli e Rosana Cathya Ragazzoni Mangini entenderam que a qualidade do resultado pretendido em qualquer entrevista (observação e análise), tem por requisito o intercâmbio entre o pensamento, a linguagem que irá representá-lo (comunicá-lo) tanto em quem pergunta como quem responde. Assim, o domínio de técnicas para proceder à entrevista bem como certa sintonia emocional deveriam estar presentes. Ao falar sobre a sintonia emocional definem:

(...) consiste em atingir uma interação entre entrevistador e entrevistado por meio da qual o entrevistador consiga compreender a natureza das principais emoções que dominam o entrevistado.²⁵⁹

Tais técnicas somente são apreendidas por profissional da área da Psicologia, não sendo possível esperar tal conhecimento advindo de um Juiz.

No Processo Civil, as partes buscam atingir a comprovação ou negação do alegado. Ocorre que nem sempre os argumentos ou provas apresentados são suficientes para o convencimento do juiz. Situação em que se recorre à qualificação de profissional externo ao processo para que a certeza jurídica possa ser alcançada.

A Perícia Psicológica, utilizada na área criminal, pouco tem sido aproveitada na área cível, estando apenas presente na avaliação do indiciado, na área criminal.

É reclamação constante, dos advogados que atuam a necessidade de um amadurecimento e desenvolvimento técnico, por parte do juiz, que apenas se socorre de seu amadurecimento e experiências próprias, quando da oitiva testemunhal.

Zygmunt Piotrowski estudara as interferências causadas por elementos externos ao indivíduo em diversas situações:

Quando a inibição aumenta e as dificuldades externas se avolumam, a auto-afirmação natural, biologicamente determinada é abalada e o indivíduo enfrenta novas e difíceis situações, a fim de poupar a si próprio da dor e do esforço. Se as inibições e dificuldades externas continuam a aumentar, o indivíduo provavelmente desiste de qualquer desejo de atividade e iniciativa, mesmo em seu tipo de ajustamento

²⁵⁹ FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica**. São Paulo: Atlas, 2009, p.173.

condescendente de se relacionar com os outros em situações significativas, e tornam-se passivamente condescendentes, inertes e indolentes.²⁶⁰

É imensa a quantidade de advogados que se frustram ao ver suas testemunhas constrangidas, amedrontadas pelo simples fato de estarem diante do magistrado, de serem identificadas e por não terem a exata noção das conseqüências de suas palavras, desistirem de colaborar da forma fiel a que se propuseram. Durante a audiência, muitas testemunhas mostram-se inseguras e preocupadas inclusive com a comunicação perante o juiz, como se dirigir a ele, etc.

Em sua obra, a *Estrutura das Revoluções científicas*, Thomas Khun entendera que: “O significado das crises consistem exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos.”²⁶¹

Não poderemos fechar os olhos ao que nos tira o nosso sono, dia após dia, famílias desoladas pela frustração diante do trabalho dos advogados, imputando a eles a responsabilidade da derrota.

Há uma redução na predisposição das testemunhas (quando ocorrem adiamentos das audiências, ou interrupções, para manterem-se firmes no propósito de colaborar com a Justiça), uma redução quantitativa e qualitativa da atuação (pelo passar do tempo, pelo refazimento da circunstância presenciada e enxugamento das situações vividas).

Níveis de energia física e mental vão diminuindo diante da sensação de não se fazerem compreendidos pelo Juiz, inseguros e insatisfeitos, muitas testemunhas desistem e passam a dizer que nada sabem. Psicólogos peritos judiciais seriam capazes de reconhecer tal pressão psicológica e constrangimentos durante a oitiva.

²⁶⁰PIOTROWSKI, Zygmunt A. **Perceptanalysis**. São Paulo: Ex Libris, 1974, p.81.

²⁶¹KHUN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 6.ed. São Paulo: Perspectiva, 2001, p.105.

A conduta do psicólogo-perito, nesse caso, deve ser caracterizada pelo conhecimento dos procedimentos corretos para a avaliação psicológica, e da legislação ética vigente.

Se socorrerá, o perito, da Prova de Rorschach, pois fornece dados sobre a personalidade e funcionamento do psiquismo da testemunha, bem como aponta as pré-disposições (conscientes e inconscientes) do indivíduo conforme as situações em que esteja sujeito.²⁶²

As indicações de cabimento de Perícia Psicológica encontram-se relacionadas ao Código de Processo Penal. Casos de avaliação da saúde mental, por meio de um exame médico-legal (art. 149), ou solicitação de avaliações psicológicas quando do momento da execução. O psicólogo atuará somente por meio de uma avaliação complementar ao do psiquiatra, não podendo assumir a responsabilidade destes tipos de perícias.

Já a habilitação do Perito na área cível está disciplinada no Código de Processo Civil, onde consta sua definição como auxiliar da justiça, sua qualificação como profissional de nível universitário, devidamente inscrito em órgão de classe e sua capacitação teórica e técnica para o desempenho da atividade, conforme o contido no art. 139 e no art. 145, ambos do CPC. Observa-se assim uma diferença nas exigências quanto à qualificação profissional do perito na área penal e na área cível.

Para Octacílio Paula Silva, a “estimativa jurídica”²⁶³ dos valores em jogo, num processo judicial nada mais é do que uma escolha de valores. Assim, alguns dos requisitos para o cumprimento da função são elencados: boa formação, maturidade psicológica e social, saber eleger os seus próprios valores, saber estimar os valores em jogo.

²⁶²MARQUES DA SILVA, Evani Zambon. O estudo psicológico: uma contribuição para o entendimento do Direito de Família. **Boletim da Sociedade Rorschach de São Paulo**, jan/dez/2001, p.101-102.

²⁶³SILVA, Octacílio Paula. **Ética do Magistrado à Luz do Direito Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994, p.52.

4.3. Regras de Experiência e Nexo Causal

Máximas de experiências são conceitos, valores que decorrem dos fatos vividos pelo indivíduo,²⁶⁴ mas que devem apresentar-se como premissas durante o raciocínio que de maneira indutiva cria uma convicção social, e que na ausência de determinação legal permitirá ao magistrado, dela se valer.

Porém não poderemos deixar de ponderar sobre as oscilações que ocorrem com os valores na sociedade, com os conceitos que de um extremo passam a outro, de tempos em tempos. Neste sentido nos adverte Wanderley Gonçalves Santos:

O aparente determinismo, ou a alta previsibilidade, do macroagregado social não consiste em nada além da adição de milhares e milhares de comportamentos individuais rotineiros e ritualísticos. É o rito que produz a regularidade, e não o inverso.²⁶⁵

E acrescenta, expressando-se em linguagem matemática: “Dizer que x é a razão de y é bastante distinto de afirmar que não se conhece outra razão pela qual y ”.²⁶⁶

No entanto, conforme dispõe o artigo 335 do Código de Processo Civil, terá o magistrado, a possibilidade de utilizar-se de suas próprias experiências:

(...) 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.²⁶⁷

²⁶⁴STEIN, Friedrich. **El Conocimiento Privado del Juez**. Madrid: Ramón Areces, 1990, p.22.

²⁶⁵SANTOS, Wanderley Guilherme. **Discurso sobre o Objeto: uma Poética do Social**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria de Estado da Cultura, 1990, p.37.

²⁶⁶SANTOS, Wanderley Guilherme. **Discurso sobre o Objeto: uma Poética do Social**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria de Estado da Cultura, 1990, p.37.

²⁶⁷BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. (Atualizado até a Lei n, 11.694, de 12 de junho de 2008). 2ª impressão. São Paulo: AASP, 2009, p. 53

Os meios de prova poucas vezes alcançam sua finalidade, qual seja, demonstrar a verdade real, apenas alavancam um raciocínio indutivo baseado em reduções lógicas, com vias à convicção de fato provavelmente ocorrido, quando no máximo, provado.

Conforme Francesco Carnelutti: "... as regras de experiência servem ao juiz para a integração das normas jurídicas." ²⁶⁸ sendo a área das regras de experiência mais ampla que a das leis de casualidade, que com frequência se indicam como o meio para deduzir o fato a provar da fonte de prova.

David Hume desmistifica duas questões importantes da Ciência Newtoniana: "aprioridade" (universalidade das leis de Isaac Newton) e a "objetividade" e existência real do conceito de causa e efeito. Para o filósofo, a mente possui um modo de relacionar fatos, uma subjetividade que pensa de forma causal. A formação e ligação de representações (idéias) de fatos simples e acontecimentos, como de qualidades sensíveis, se dá através da contigüidade (espaço e tempo), semelhança e causa e efeito. A mente não possuiria raciocínios a priori, mas os produziria durante as experiências. Assim, as idéias de causa e efeito seriam desenvolvidas através de seus sentidos. Essa circularidade e reiteração de processo de aprendizagem trariam a sedimentação de presunções (nada mais do que meras expectativas particulares).

Sob idêntico viés, Ludwig Wittgenstein declara: "... o objeto é percebido de forma única pelo observador, pois o sujeito é diferente..." ²⁶⁹ continua: "Todo o signo, sozinho, parece morto. O que lhe confere vida? Ele está vivo no uso".

Assim, os juízos atribuídos ao objeto podem vir de uma falsa impressão, pois que a sensibilidade interfere no processo do sujeito conhecer o objeto.

Para Lúcia Santaella e Winfried Nöth: "... não há imagens mentais como representações visuais que não tenham surgido de imagens na mente daqueles que

²⁶⁸CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.93.

²⁶⁹WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Trad. Marcos. G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 2005, p.173.

as produziram”.²⁷⁰ Como a percepção visual e sua conseqüente compreensão se dá sob o viés das circunvizinhanças, o observador interpreta, cria e registra as imagens dos respectivos eventos que visualizara, sob a prevalência dos elementos que sejam próprios a eles, como: experiências pessoais que lhes forneça algum nexo entre causa e efeito.

Estudaram as interferências que a cultura desenvolve e padroniza quando da recepção de uma informação visual, descrevendo a possibilidade que pessoas de uma determinada cultura não recepcionem um evento com os mesmos elementos que um indivíduo de outro meio cultural receberia.

4.4. Intersecção entre Psicologia e Deliberação Legal

“Eu não recearia muito as más leis se elas fossem aplicadas por bons juízes.”

Jacques Anatole François Thibault

Valores adquiridos ao longo da vida, elementos determinantes e divisores de águas durante a apreciação dos fatos jurídicos interpretados pelo juiz. Uma mente, jamais despojada de sua psique, atuará diretamente sobre o processo de conhecimento e convicção do magistrado. Faz-se necessário a busca de uma qualificação profissional que capacite e torne consciente o julgador dos seus prováveis pré-conceitos e a interferência em seus julgados.

Neste sentido, Luis Ricaséns Siches:

O juiz, depois de haver decidido com base na sua intuição e sentimento, “põe todas as suas faculdades mentais a postos

²⁷⁰NÖTH, Winfried; BRAGA, Maria Lúcia Santaella. **Imagem: Cognição, Semiótica, Mídia**. São Paulo: Iluminuras, 2001, p.15.

para justificar aquela intuição diante da própria razão e para afrontar as críticas que possam ser dirigidas à sua sentença.²⁷¹

E ainda:

O juiz decide muito mais por intuição do que pelas orientações de ordem lógico-formal, já que é um ser dotado de espírito criativo e de sentimentos, aspectos que exercem marcante influência no momento de julgar.²⁷²

Ao ver-se diante da necessidade de tomar uma decisão, o Juiz ficará obrigado a escolher e isto implica em “perda”, abrir mão de uma das possibilidades. Buscará encontrar “Justiça” ao avaliar o peso que cada informação lhe for apresentada. Sentimento, antes da razão, estará presente à audiência de instrução e interpretação das provas.

Simpatia e empatia não serão afastadas da audiência, pois não tem o homem o poder de controlar suas primeiras impressões, muito menos seus pré-conceitos arraigados. Sua visão de mundo participará todo o tempo, durante todo o processo, e qualquer elemento que escape, aos olhos ou ouvidos, fará diferença à sentença final.

Neste emaranhado de circunstâncias sobrepostas, da insegurança tentará afastar-se buscando em suas íntimas convicções, mecanismos para filtrar as informações recebidas.

Processos internos de percepção do julgador, estranhos às regras do raciocínio formal, mas que formam elementos de convencimento, ainda que não expressamente mencionados nas sentenças, estarão presentes. Segundo a Psicologia Analítica a “projeção” é um processo inconsciente e automático, pelo qual um conteúdo para o sujeito é transferido para um objeto, fazendo com que esta

²⁷¹SICHES, Luís Ricasens. **Direções Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. México: Coyoacán, 2007, p.29.

²⁷²SICHES, Luís Ricasens. **Direções Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. México: Coyoacán, 2007, p.29.

característica pareça pertencer ao objeto.²⁷³ A projeção cessa no momento em que se torna consciente, isto é, ao ser constatado que o conteúdo pertence ao sujeito.

Sygmund Freud ao estudar a atuação do inconsciente, revelou que o homem não possui total controle sobre seus próprios atos, pois está sujeito a forças íntimas e ocultas, que desconhece, e sobre as quais não pode influir.

Outro conceito desenvolvido por Carl Gustav Jung, "Persona" (tendo por origem a máscara do teatro grego na Antigüidade), sempre vestiria os indivíduos, de tal sorte que estariam relacionadas às posições ocupadas quando investido de determinada posição social (pai, filho, professor ou juiz) e dependendo do papel que ele precisasse desempenhar utilizaria este sistema de adaptação.

Mas sem esquecer que sobreposta às estas posições ocupadas, sempre estaria presente o que ele chamara de "Sombra" (traços do caráter ou as tendências incompatíveis), uma personalidade oculta capaz de carregar o aspecto histórico do consciente.

David Zimmerman chamou de "extensão", a capacidade de identificarmos-nos nos outros. Ao identificarmos (no sentido subliminar de percebermos idêntico) nos outros as características que não queremos acreditar serem nossas também.²⁷⁴ Certo está que não é fácil esperar de um homem comum, que confesse seus erros, muito menos seus "defeitos". E ao detectá-los em outros indivíduos, costumam apontá-los como repreensíveis. Ainda mais exacerbado dar-se-á tal mecanismo naquele que tem a função de repreender. Assim, quaisquer características existentes no operador de direito, que venham a ser percebidas naquele que está a ser avaliado, receberão uma carga emocional acentuada.

Pensar a atividade judicial e seus limites a partir do prisma não apenas da Ciência do Direito, mas também com base na Psicologia Analítica, especialmente no

²⁷³ JUNG, Carl Gustav. *passim*. **Tipos Psicológicos**. Trad. Rascher Verlag. 4.ed. Rio de Janeiro Zahar, 1981.

²⁷⁴ ZIMMERMAN, David. **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. Campinas: Millenium, 2002, p.105.

conceito Junguiano de “sombra” nos levará a algumas respostas para as discrepantes decisões.

Toda pessoa possui seu lado sombrio. O magistrado não é exceção. Como qualquer ser humano, eles também possuem aspectos reprimidos de sua personalidade, e talvez neste caso, seja ainda mais difícil lidar com essa situação, uma vez que, pela posição que ocupam, existe uma expectativa social muito grande em torno de seu caráter, qualidades, modo de ser e se comportar.

Marie-Louise Von Franz, uma das mais famosas alunas do psicólogo Carl Jung, acresceu a este tema quando apontou a dificuldade que temos em reconhecer nossos defeitos.²⁷⁵ As projeções são inconscientes e involuntárias, e quando se projeta no outro algum aspecto sombrio pessoal, geralmente a sensação é de irritação em relação àquele determinado comportamento. Isso poderia trazer sérias implicações ao ato de julgar. A parte processual sobre a qual recaísse alguma projeção negativa do magistrado poderia ser de antemão prejudicada, pois muito provavelmente o veredicto já tenderia a lhe ser desfavorável.

O magistrado que reconhece a existência de seu lado sombrio começa a enxergar, em si, as mesmas debilidades dos indivíduos submetidos a seu julgamento. A conscientização do juiz a respeito de sua sombra faria com que ele conseguisse se colocar mais facilmente no lugar daquele sobre cujo destino irá decidir, e isto o faria julgar com maior compaixão e benevolência, ou seja, com mais justiça. Perceberia que ele mesmo poderia estar no lugar do réu ou do autor.

Para Carl Gustav Jung, é da natureza humana buscar a realização de suas potencialidades a fim de tornar-se singular. Um processo chamado “individuação”, através do qual o homem, busca encontrar sua plenitude. Neste sentido, um juiz que não se coloque na posição do indivíduo avaliado, não pode exercer corretamente seu papel.

²⁷⁵FRANZ, Marie-Louise Von. **A Sombra e o Mal nos Contos de Fadas**. São Paulo: Paulus, 1985, p.45.

Aury Lopes Junior, ao falar de Carl Gustav Jung nos diz::

Jung demonstrou que somos portadores de dois inconscientes: o individual que é herança familiar e o coletivo, que é herança universal. Esta última está embutida em nós, e somos inevitavelmente conhecedores inconscientes de coisas que aconteceram nas gerações passadas. Portanto, Jung fez uma adaptação do termo arquétipo, que já fora usado por Santo Irineu e pelos gregos antigos, atualizando-o. O arquétipo passou então a ser uma herança ancestral, que está presente no nosso inconsciente e que nos leva a determinadas posturas sem que nos demos conta.²⁷⁶

Tal herança ancestral, fatalmente nos remeterá a conceitos e valorações inconscientes que não poderão ser controladas no momento de uma análise de comportamento de outro indivíduo que não nós mesmos. Sendo assim, será muito difícil a garantia de isenção de pré-conceitos, os quais sequer imagina possuí-los. Aquilo que nos parece familiar, também parece óbvio.

Ao som de Edgard Morin:

A contemporaneidade com sua rede intrincada de relações, a intensificação das demandas, a ampliação do acesso à Justiça, tudo faz com que o Direito seja uma ciência complexa, multifocalizadora, multidimensional, em que se acham presentes as dimensões de outras ciências humanas, e onde a multiplicidade de perspectivas particulares, longe de abolir, exige a perspectiva global.²⁷⁷

Para a tarefa de avaliar os conflitos, através de papéis e poucos momentos com alguns indivíduos, a declararem suas “realidades observadas”, caberia ao juiz, além de farto conhecimento do Direito, estar capacitado a discorrer sobre diversas áreas da Psicologia.

Para a obtenção da resposta judicial mais “justa” não basta que a Ciência do Direito e a Lógica Jurídica se ocupem de elaborar a melhor técnica e de compreender melhor os processos mentais que levam o juiz à tomada de decisão.

Luís Recaséns Siches defendeu a utilização da Lógica do Razoável, definida como uma razão resultante de um sopesamento entre critérios de

²⁷⁶ LOPES Júnior, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, v.1, 2008, p.74.

²⁷⁷ MORIN, Edgard. **A Cabeça Bem Feita**. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p.107.

valorização, conceitos internos axiológicos e a soma das experiências pessoais. Buscaria a intermediação entre o percebido, causas e efeitos.

Deveras necessário o preparo do juiz para não contaminar a decisão com sua bagagem subjetiva racional, devendo conciliar a objetividade dos valores jurídicos, com a evolução dos critérios jurídicos.

No âmbito da efetivação, o trabalho de fixação da pena é regulado por princípios e regras constitucionais e legais previstos, no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal e artigos 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal. Pela leitura do caput do artigo 59 do Código Penal vemos elencadas as diretrizes para a fixação da pena. A disposição sobre a necessidade da apreciação deste conjunto²⁷⁸ esquece da incapacitação do magistrado. Por óbvio não mantém cabedal de informação necessária para avaliar: personalidade, conduta social, comportamento da vítima, bem como do réu, ainda menos os motivos.

Assim sendo, resta comprovada a não observação de diversos princípios do ordenamento jurídico brasileiro (Acesso à Justiça, Ampla Defesa, Devido Processo Legal).

Sem conhecimento necessário para avaliar as circunstâncias judiciais, sugeridas pelo artigo 59 do Código Penal, o juiz encontrar-se-á em campo aberto abarrotado de armadilhas que desviam-no da razão instrumental. Ao contrário, desprovido do conhecimento de métodos que o tornem distanciado objetivamente da cena do ilícito, poderá inferir, interferir, valorar os elementos da única maneira que conhece, qual seja, de seu próprio intelecto, personagem observador.

Não poderemos esquecer que até neste momento de avaliação, do conhecimento do réu quanto às ilicitudes, estará o juiz pré-julgando, por indução, o que se passa na mente de um ser humano totalmente distante dele, desconhecido e que dele só sabe o que uma ficha de antecedentes criminais possa mencionar.

²⁷⁸DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 7.ed.São Paulo: Renovar, 2007, p.186.

Vê-se o juiz, a julgar (por dedução ou indução) o comportamento e os motivos desencadeadores da atitude criminosa, numa apreciação personalíssima da situação de vida física, psicológica e racional, de um sujeito que ele sequer conhece.

Nas palavras da escritora Silvane Marchesini: "... estar consciente das circunstâncias e conseqüências de sua ação e que a motivação de sua conduta seja livre", ²⁷⁹ nos remete ao distanciamento que existe entre aquele que julga e quem é julgado. Fala-nos da responsabilidade do julgamento, da exigência quanto às conseqüências nefastas que podem gerar expectativas frustradas e de que suas motivações estejam isentas de pré-julgamentos e valorações pessoais.

Não esquecendo que Charles Sanders Peirce definiu a realidade como: "aquilo que é de modo independente das nossas fantasias".²⁸⁰ Torna-se evidente que o autor acredita que o ser humano capta a qualidade do objeto observado, distanciada do sentir analisável, porém, ao tentar compreendê-la, perde sua essência pura, por sofrer interferências valorativas do observador. Assim, para o juiz, bem como para a testemunha, os fatos sentidos serão diversos dos compreendidos, ouvidos e encontrados nos depoimentos.

Teoria diametralmente oposta, a objetividade buscada impedirá o magistrado de comover-se com os fatos apresentados, o juiz encontrar-se-á à mercê dos estímulos recebidos pela informação, numa camada mediadora da intencionalidade, da razão ou da Lei.

Obrigatoriamente, como reação imediata, procurará avaliar o que lhe fora apresentado, e neste momento, segundo uma síntese intelectual inteligível, passará à etapa da interpretação dos fatos apresentados na audiência de instrução.

Este "processo relacional" na definição de Charles Sanders Peirce jamais estará isento da carga emocional e valorativa que o observador possui.

²⁷⁹MARCHESI, Silvane Maria. **O Estrangeiro no Sujeito e a Faculdade de Julgar na Contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.94.

²⁸⁰PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Trad. José Coelho Teixeira Neto. 3.ed.São Paulo: Perspectiva, 1999, p.54.

O balanceamento das forças que atuaram no momento do crime não se encontra apenas em “não esquecer de ler uma ficha de antecedentes da vítima”, que muito pouco diz sobre o momento avaliado.

Benjamin Mendelsohn fundamenta sua classificação na correlação da culpabilidade entre a vítima e o infrator. Relaciona a dosimetria da pena, ponderando a atitude da vítima. Indica que há uma forte relação inversa entre a culpabilidade do agressor e a do ofendido, a maior culpabilidade de uma é menor que a culpabilidade do outro.²⁸¹

Vimos que após analisado o comportamento da vítima no julgamento e aplicação da pena, esta análise vitimológica poderá alterar elementos da sentença prolatada, o que é comum nos crimes sexuais que envolvam o consentimento do ofendido (vítima), a facilitação, instigação e a sua provocação.

Nesse diapasão, Celso Delmanto, explana:

O comportamento do ofendido deve ser apreciado de modo amplo no contexto da censurabilidade do autor do crime, não só diminuindo, mas também a aumentando, eventualmente. Não deve ser igual a censura que recai sobre quem rouba as fulgurantes jóias que uma senhora ostenta e a responsabilidade de quem subtrai donativos, por exemplo, do Exército da Salvação.²⁸²

Assim, também a vítima entra como partícipe, não como antes a víamos, parte passiva. Também ela terá de alguma forma, contribuído para o desfecho, do qual sem ela, não teria ocorrido.

Pouco se tem escrito sobre o caminho percorrido durante a instrução processual que diga respeito às associações de raciocínio do magistrado, mecanismos estes, comprometidos com as particularidades da vida do julgador. O que se tem são artigos, não exatamente voltados aos operadores do direito, que

²⁸¹MENDELSON, Benjamin. **Tipologias**. Centro de Difusion de la Victimologia. Disponível em < www.geocities.com/fmuraro > Acesso em 13 mai. 2011.

²⁸²DELMANTO, Celso. et alii. **Código Penal Comentado**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.104.

demonstram a preocupação com a fiel declaração ofertada pelas testemunhas durante o processo.

Como ser humano, também o juiz acaba por sofrer influência das convicções latentes, das circunstâncias experimentadas, que por certo comprometem as decisões no curso do processo.

Se no âmbito da Justiça Cível, a participação do psicólogo subsidia decisões relacionadas a casos que envolvam relação matrimonial, desenvolvimento intelectual, emocional e cognitivo, por que não deveria ocorrer o mesmo quando da oitiva testemunhal?

O Laudo Psicológico aproxima o magistrado da esfera emocional e intelectual do réu, oportunizando a ele elementos plausíveis à determinação da sentença, bem como a exata valoração do tempo determinado da pena.

Segundo o artigo 145 do Código de Processo Civil²⁸³ o Juiz deverá ser auxiliado por perito quando as provas dependerem de conhecimento estrito do profissional especializado.

Como disse Carnelutti:

O processo talvez não seja mais que um sistema de precauções contra o erro, e (...) as provas, que a princípio pareciam um instrumento de justiça, acabaram por converter-se num instrumento de injustiça.²⁸⁴

Declarando estar ciente do distanciamento entre o que se busca, e o que efetivamente se alcança durante um processo judicial. Ainda segundo seu desejo²⁸⁵, “... que o juiz seja um jurisperito” fica evidente a necessidade de uma capacidade técnica que ele não possui.

²⁸³BRASIL. **Código de Processo Civil**. (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Atualizado até a Lei n. 11.694, de 12 de junho de 2008). 2. imp. São Paulo: AASP, 2009, p. 22.

²⁸⁴CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.17.

²⁸⁵CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.117.

Também com relação ao enfrentamento das informações recebidas pelo juiz, vindas das testemunhas *versus* do perito, podem ser solucionadas quando da oitiva testemunhal assistida por Perito Psico-Judicial (psicólogo ou psiquiatra).

Perícia Jurídica é declaração que indica ao juiz uma regra jurídica ou a subsunção nela, de um fato,²⁸⁶ assim, o perito fornece regra de experiência para que o juiz possa julgar ou proporciona-lhe, o próprio julgamento.²⁸⁷

Fatos percebidos pelo juiz servem para a dedução do fato a provar-se. Determina-se a relação de fatos de forma que a existência de um deve levar o juiz à dedução da existência do outro (a regra de experiência transforma-se em regra jurídica).²⁸⁸

Certeza é consciência da verdade absoluta, e segundo Francesco Carnelutti, nenhum meio de prova a obtém.²⁸⁹ Nem a presunção é tomada como verdade inquestionável para o ordenamento italiano. No entanto se satisfaz o magistrado através dela.

“... generalizações teóricas comprimem, conceitualmente, aquilo que é profanamente incomensurável”.

Wanderley Guilherme dos Santos

²⁸⁶CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.114.

²⁸⁷CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005., p.118.

²⁸⁸CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.121.

²⁸⁹CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.126.

4.5. Poderes de Interferência do Juiz na Produção da Prova Oral

“A mente do juiz primeiro antecipa a decisão que considera justa e depois procura a norma que pode servir de fundamento a essa solução”

Karl Llewellyn

O juiz, no processo civil atuará segundo regras dispositivas, porém, não só dependente da iniciativa das partes, lhe ele é permitido determinar, o caminho para a produção das provas de tal modo que impreciso determinar o limite que divide o poder delegado de saneamento e a parcialidade na oitiva testemunhal.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda expressa sua preocupação evidente, ao resumir:

(...) o inconveniente de utilização do sistema da livre apreciação da prova, é o de aumentar a responsabilidade do juiz, ao mesmo tempo que abre a porta às impressões pessoais, às suas convicções de classe ou políticas, às suas tendências de clã ou de clube.²⁹⁰

A consagração do Princípio da Livre Apreciação das provas, somada às possibilidades de direcionamento da produção de prova oral (investigação e de elucidação das circunstâncias) abraça espaço para um mecanismo difícil de sofrer policiamento das oscilações de vontade do juiz.

Bertrand Russell vislumbrou o elo frágil (da corrente) do raciocínio lógico: “Mesmo quando todos os especialistas estão de acordo, podem muito bem estar enganados”.²⁹¹

Num primeiro momento devemos ter em conta que não se pode impedir que o julgador seja seduzido pelo número de provas que um dos lados tenha, superando o outro. Em segundo, a força probante dos documentos públicos. Em terceiro, pela presunção de veracidade do Laudo Pericial. Aspecto este, que passaríamos horas a descrever a possibilidade de erro, uma vez que é sabido o que

²⁹⁰MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1986, p.380.

²⁹¹RUSSELL, Arthur William Bertrand. **Pensamentos**. Disponível em <http://pensador.uol.com.br/autor/bertrand_russell/> Acesso em 23 nov. 2010

ocorre quando da comunicação dos peritos com as partes interessadas na vitória. Tópico este que não discutiremos aqui, mas apenas devemos lembrar a grande falha no processo probante brasileiro.

Por outro lado, a Lei processual que rege o processo em que se dá o convencimento do juiz, permite-lhe valorar as provas de forma muito particular. O artigo 131 do Código de Processo Civil²⁹² dispõe sobre a necessidade de explicitação quanto à fundamentação da valoração das provas. Neste sistema, de persuasão racional, a livre apreciação da prova ocorre sob a exigência de fundamentação razoável, indicando os motivos que formaram o convencimento, evidenciando que não receberão pesos legais pré-determinados. Fato é que irá ponderar entre o processo de admissão da prova, momento decisivo para apontar a relevância ou não das provas, (uma prévia valoração,²⁹³ sob a ótica da licitude, do valor de relevância e da pertinência ao objeto da lide), de forma que reste ao final a fixação dos fatos controvertidos, pelo entendimento do juiz.

A teoria de origem Norte-Americana, os "Frutos da Árvore Envenenada"²⁹⁴ não é aplicada de forma rigorosa ou absoluta no sistema brasileiro, posto que em alguns casos, a prova ilícita, se produzir encurtamento de caminho que permita atingir a verdade real e conseqüente convencimento judicial, poderá ser utilizada.

O que discutimos atinge diretamente a liberdade de valoração quanto à relevância das provas. Ainda que se acredite na excelência do caráter, da ética e preparo do magistrado, a compreensão da realidade de algo pretérito estará sempre carregada de subjetividade e perspectiva personalíssima do juiz.

De outra forma, também as provas trazidas ao processo já se apresentam sob o filtro dos interesses presentes nos autos. E certamente sob o ângulo em que são apresentadas podem inverter o resultado esperado. Posto o princípio dispositivo,

²⁹²BRASIL. **Código de Processo Civil**. (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Atualizado até a Lei n. 11.694, de 12 de junho de 2008). 2. imp. São Paulo: AASP, 2009, p.19.

²⁹³GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.95.

²⁹⁴ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Suprema Corte**. A teoria se reporta ao entendimento de que uma árvore "envenenada" transmitirá, a seus frutos, seu veneno.

em que não serão avaliados os fatos não levados ao processo,²⁹⁵ ainda menos caberá ao juiz, complementá-los (exceção feita aos direitos indisponíveis).

A Interpretação do Direito, vista por Hans Kelsen, pode suscitar duas etapas: a natureza cognoscitiva, que revelará o limite e a atuação do direito; e, a natureza de vontade pessoal aplicada, ao caso concreto.²⁹⁶

Quando da escolha por uma versão dos fatos pretéritos, imediatamente são descartadas outras possibilidades. Como uma das versões construída nos autos, a verdade escolhida pelo juiz não vem enlaçada na certeza, mas na grande probabilidade de ser o seu melhor entendimento sobre o caso concreto. Como o juiz não cria fatos²⁹⁷, também a decisão judicial apenas se apresenta como resultado de uma das perspectivas estabelecidas sobre a matéria discutida. Uma das verdades possíveis.

O escritor Pedro Demo nos afirma que o homem, como “ser político” que é, “não pode ser neutro (...) pode apenas ser neutralizado...”²⁹⁸

Pode-se acreditar que seja possível controlar os mecanismos que ocorrem no raciocínio do magistrado durante o processo de instrução (razoabilidade, objetividade, bom senso, regras de experiência), mas se prestarmos atenção nesta infinidade de posicionamentos objetivos, nenhuma traz a certeza da isenção da subjetividade do julgador, uma vez que, para que chegue até seu cérebro, deverá ter percorrido todos os caminhos de entrada particulares do ser humano, qual sejam seus pessoais e particulares cinco sentidos. Ao fazer uma avaliação das provas, das circunstâncias presentes ao caso concreto, às informações sobre precedentes das partes, ou de apenas uma delas, por certo utilizará um fiel da balança, desalinhado, com resultado imparcial, posto que será o seu próprio. Tanto assim, que não se permite a atuação de magistrado que possua alguma das deficiências destes sentidos.

²⁹⁵ROSENBERG, Leo. **La Carga della Prueba**. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1956, p.39.

²⁹⁶KELSEN, Hans. *passim*. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

²⁹⁷KELSEN, Hans. *passim*. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

²⁹⁸DEMO, Pedro. **Metodologia Científica em Ciências Sociais**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1995, p.25.

Alois Troller analisou o processo e a pretensão das partes, além das relações entre a forma e a técnica processual, também além dos poderes delegados ao juiz. Grifou a situação em que as partes interferem na produção de provas²⁹⁹, visto que ao trazê-las ao processo, escolhem-nas.

Emilio Betti, com propriedade, ressalta que a divisão do ônus da prova acompanha a divisão do ônus da afirmação,³⁰⁰ e sem olvidar que enquanto o autor não provar os fatos que afirma, o réu não terá a necessidade de defender-se: *actore non probante, reus absolvitur*,³⁰¹ exige-se do magistrado perspicácia e insistência para alcançar a realidade afirmada pelas partes, utilizando-se de todo e qualquer elemento capaz de fornecer cognição. O processo de conhecimento, sendo neutro, deve ser também frio e por tanto resultará injusto.

Nem a chamada “distribuição dinâmica da prova” sugerida por Jorge W. Peyrano, fora o bastante para oferecer ao magistrado, meios suficientes para o encontro da verdade absoluta.³⁰² Ainda que o julgador forme sua convicção com base no contingente probatório, e leve em consideração todos os fatos e circunstâncias constantes dos autos, poderá jamais esgotar as perspectivas do caso concreto.

Francesco Carnelutti acredita que a regulamentação jurídica do processo de busca dos fatos controvertidos por parte do juiz, altera a função do processo, que ao invés de conhecer e estabelecer a verdade passa apenas a determinar formalmente os fatos.³⁰³ Entende que se existem duas verdades, formal e material, a formal não há de ser verdade, pois não será verdade se diferente da material.³⁰⁴

4.6. Parcialidade *versus* Imparcialidade

²⁹⁹TROLLER, Alois. **Dos Fundamentos do Formalismo Processual Civil**. Porto Alegre: Safe Fabris, 2009, p.59.

³⁰⁰BETTI, Emilio. **Diritto Processuale Civile Italiano**. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1936, p.34.

³⁰¹CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 1969, p.24.

³⁰²PEYRANO, Jorge W. **Nuevos Lineamentos de las Cargas Probatorias Dinámicas**. Buenos Aires: Rubinzal, 2004, p.21.

³⁰³CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.80.

³⁰⁴CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p.81.

“O juiz não aplica o Código de Processo Civil, e sim, o que o arbítrio lhe dita”

José Joaquim Calmon de Passos

Octacílio Paula da Silva, preocupado com os resultados no direcionamento das audiências, elencou os diversos motivos pelos quais, o juiz, sobrecarregado (entre processos e administração), pautar-se-ia:

Os juízes intolerantes e apressados, com olho no relógio no afã de ter a audiência terminada, geralmente tomam um depoimento de modo também apressado, incompleto e imperfeito, muitas vezes penitenciando, após, pela falta de elementos para julgamento; quando não tratam as partes e as testemunhas sem o devido respeito, turbando o clima de serenidade que deverá ter toda audiência.³⁰⁵

Com a agenda que determina um intervalo de 10 a 15 minutos para a realização de cada audiência, há de se esperar que o magistrado necessite de conciliações “forçadas” para que lhe sobre algum tempo na produção de provas orais, em outras ações.

Bastante comum o magistrado não querer ouvir testemunhas que tenham algo a dizer, que já tenha sido dito, pelas testemunhas anteriores. O que denota nenhuma intenção de conhecer a verdade, posto que já estabelecera sua convicção com apenas uma única declaração. E pior, pautando-se no comportamento que observara, por certo.

Neste momento, deve-se parar e concluir que o termo “Ampla”, na locução gramatical “Ampla Defesa,” não é observado pelo juiz, que se vê apressado e constrangido a produzir, no menor tempo possível, a produção da prova oral.

“O medo é severo com a apatia. A dúvida faz malabarismos com as convicções.
O desespero possui a sua própria e estranha força renovadora”

Virgínia Burden

Quando o magistrado busca a objetividade, como observador, acredita fundamentar-se na apreciação dos fatos apresentados, inocente, engana-se por

³⁰⁵SILVA, Octacílio Paula. **Ética do Magistrado à Luz do Direito Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.309.

imaginar que teria controle sobre a carga de experiência que carrega, e que através dela termina por concluir seu julgamento.

Palavras ditas por Martin Heidegger:

(...) Mesmo que este sujeito tenha acesso a uma objetividade, ela permanece do mesmo modo humana como esta subjetividade e posta à disposição do homem.³⁰⁶

A expectativa de neutralidade do julgador ao aplicar a lei ao caso concreto, apesar de antiga, jamais garantiu um caminhar livre das influências externas e principalmente subjetivas. Mera ilusão daquele que concebera tal posição. Entre tantos empenhados em encontrar solução, Lídia Reis de Almeida Prado defendeu a teoria na qual o juiz, banhado de intuição (através de emoção) estivesse apto a julgar.³⁰⁷

Porém, desde o final do século XIX, a Psicologia passou a estudar as fragilidades humanas, como o inconsciente e seus movimentos incontroláveis, e Carl Gustav Jung,³⁰⁸ chegara a apontar para a atividade judicial e as interações prejudiciais posto que incontroláveis, quanto ao fator inconsciente da presença da “sombra”. Como qualquer ser humano, também o magistrado estaria às voltas com aspectos reprimidos de sua personalidade, e possuindo a capacidade de projetar-se nos indivíduos com que viesse a se relacionar, sem qualquer consciência do mecanismo de interferência, passaria a colocar em risco a imparcialidade do julgamento, sempre que durante a oitiva ou depoimento, se depara-se com personalidades que lhes desencadeassem algum desconforto ou até mesmo uma pré-disposição desfavorável.

Neste sentido, o psiquiatra David Zimmerman assinalara que um fator extremamente importante na atividade judicante é a capacidade do magistrado de fazer discriminações,³⁰⁹ entendendo que através da conscientização destes conteúdos

³⁰⁶ HEIDEGGER, Martin. Sobre a Essência da Verdade. In **Conferências e Escritos**. Trad. Ernildo Stein. Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p.155.

³⁰⁷ PRADO, Lidia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção. Aspectos da Lógica da Decisão Judicial**. 4.ed. São Paulo: Millennium, 2008, pp.14-15.

³⁰⁸ JUNG, Carl Gustav. **A Natureza da Psique**. Petrópolis: Vozes, v.8, 1984, p.36. (Obras Completas).

³⁰⁹ ZIMMERMAN, David. A Influência de Fatores Inconscientes na Decisão Jurisdicional. A Crise do Magistrado. **Revista da ESMEC**. Fortaleza: Themis, pp.75, jan-jun 2006. Disponível em <

do inconsciente, que acompanham o julgador, ele pudesse se colocar no lugar das partes, de forma que seu julgamento restaria mais justo³¹⁰. Existe no sujeito uma estrutura psíquica que condiciona sua atuação.

A questão, então, encontra-se na ideologia do juiz presente no processo de julgamento. Esperar que o magistrado mantenha-se afastado de suas próprias convicções é ingenuidade, pois que impossível retirar do humano, a sua característica principal, qual seja, a sua individualidade (o seu viés de percepção) e que tanto as correntes pós-modernas quanto as do Direito Natural defendem.

Assim, não será possível esperar neutralidade robótica (desumana), apenas a crença de que, por questões éticas, ele procure caminhar em direção à imparcialidade possível (que só é possível quando ele tem ciência de alguns mecanismos que lhe invadem e prontamente procura ter o domínio deste controle)

Para Francesco Carnelutti:

A justiça humana não pode ser senão uma justiça parcial; a sua humanidade não pode senão resolver-se na sua parcialidade. Tudo aquilo que se pode fazer é diminuir a sua parcialidade.³¹¹O magistrado revela, aqui, sua convicção de que o policiamento diante dos procedimentos processuais não são o suficiente para a garantia da efetiva imparcialidade processual.

Geovany Cardoso Jevaux descreve imparcialidade como resultado de técnicas de utilização da linguagem e ideologia.³¹²

Existem três modos de separação mental, listadas aqui pela ordem de grandeza, a dissociação, a abstração (precisão) e a discriminação. A “dissociação” é separação mais efetiva. É a consciência de uma coisa, sem a necessária simultânea consciência da outra. A “abstração” é uma separação maior que a discriminação, mas

http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/wp-content/uploads/2008/10/themis-v4-n1_atual.pdf> Acesso em 20 fev. 2011.

³¹⁰ ZIMMERMAN, David. **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. Campinas: Millenium, 2002, p.105.

³¹¹ CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Campinas: Conan, 1995, p. 34.

³¹² JEVEAUX, Geovany Cardoso. *passim*. **A Simbologia da Imparcialidade do Juiz**. 1.ed.São Paulo:Forense, 1999.

uma separação menor que a dissociação. A “discriminação” tem a ver com os sentidos dos termos, e apenas traça uma distinção no significado.

Assim, posso diferenciar o vermelho do azul, o espaço da cor, e a cor do espaço, mas não o vermelho da cor.

Eduardo Couture analisara o comportamento dos magistrados acreditando que a solução estaria em que deveriam preocupar-se menos com as leis que considerassem injustas, e mais, fazerem justiça no caso concreto: “Teu dever é lutar pelo direito, porém, quando encontrares o Direito em conflito com a justiça, luta pela justiça”.³¹³

Ocorre que esta permissão, para introduzir um elemento pessoal, tem possibilitado um sem número de soluções de litígios das mais inesperadas formas. Causando inconformismo e descrença no Poder Judiciário, posto que, a parte que tem ciência da verdade real, e que sucumbe, não suporta uma decisão diversa da justa expectativa.

A interpretação aberta permite ao magistrado optar por uma das perspectivas que lhe são apresentadas e que melhor lhe convencem. E não há que se garantir, com a presença da fundamentação, que não se conjugue uma arbitrariedade, posto que a versão escolhida corriqueiramente já terá sido instaurada nos primeiros momentos do processo. E sempre haverá um princípio do qual ele poderá se valer.

CONCLUSÃO

³¹³COUTURE, Eduardo. **Os Mandamentos do Advogado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1979, p.37.

Constantes discussões e o impasse instalado sobre o caminho escolhido para a instalação da Justiça, nos meios processuais, deixam evidentes as seguintes questões: os juízes que temem não enxergar a verdade apóiam-se na jurisprudência; os que se atrevem um pouco tomam por fundamento algum viés legal; os “ousados” (por acreditar apenas em si mesmos), apóiam-se no Princípio do Livre Convencimento; e os de personalidade altruísta, aproximam-se de teorias “quixotescas”, acreditando que com a pouca técnica que possuem (sobre os mecanismos que determinam o comportamento humano, seus interesses e demais elementos formadores do mundo inconsciente) poderão atingir o fim máximo de sua profissão, fazer Justiça pelo encontro da verdade.

Magistrados adeptos das teorias que defendem o alcance da objetividade do julgamento através de uma postura de rígida frieza têm gerado uma crescente insatisfação na sociedade que, resignada, se contém exigindo timidamente seus direitos, por não acreditar nas soluções apresentadas.

Utilizar todos os instrumentos necessários para que o juiz conheça a "verdade" nem sempre é o suficiente para o convencimento do juiz. Por vezes, o pré-requisito para a tomada de decisão, é conhecimento de matéria técnica diversa do Direito.

A presença de perito judicial e instrumental específico para esclarecimento e aumento do grau de certeza jurídica, pode e deve auxiliar o magistrado. A oitiva testemunhal, se analisada por profissional habilitado, para investigar e analisar fatos específicos poderá estabelecer o nexo causal entre o dano, ou fato, ou ocorrência e o objeto de pedir.

Advogados presenciam o constrangimento de suas testemunhas amedrontadas pelo simples fato de estarem diante do Juiz. Ao serem questionadas de maneira ríspida, mostram-se inseguras e preocupadas inclusive com a forma de se expressar. Por não terem a exata noção das conseqüências de suas palavras, muitas desistem de colaborar da forma fiel a que se propuseram, passando a utilizar os termos “sim” e “não”.

Há uma redução na predisposição das testemunhas, principalmente quando ocorre adiamento das audiências, ou interrupções, para manterem-se firmes

no propósito de colaborar com a Justiça. Nítida a redução quantitativa e qualitativa do nível de atuação, pelo passar do tempo, pela reconstrução da circunstância presenciada e enxugamento das situações vividas.

A disciplina de Psicologia Judiciária tem sido procurada apenas para informar sobre elementos da personalidade do réu, no âmbito penal, quando na verdade, deveria poder atuar mais direta e eficazmente, num trabalho de parceria com os magistrados, como o fazem os demais peritos judiciais.

Uma tensão ético-psicológica evidentemente se instala sobre o julgador durante o processo. Diversos elementos a interferirem sobre as decisões do julgador (emoção, sentimento, intuição, valores, vínculos familiares, a posição econômica e social, a experiência política e jurídica, a filiação e a opinião política, os traços intelectuais e temperamentais) estarão certamente presentes no processo de instrução e no raciocínio para a fundamentação da decisão judicial.

O Direito Civil não é menos importante ou superficial, pois seus resultados interferirão não só na vida das partes, mas ensejarão reflexos da sentença que através da personalidade dos participantes, comprometerá todas as suas vidas futuras.

Irresponsável aquele que não se preocupar com os reflexos causados às partes que devem dar continuidade às suas vidas. A educação, os valores passados aos filhos, o comportamento declarado aos colegas, tudo estará contaminado pelas conseqüências que a sentença prolatada houver desencadeado.

Acreditar na justiça ou não, está diretamente relacionado aos reflexos que as sentenças judiciais têm provocado na sociedade.

Da mesma forma que a responsabilidade da condenação de privação de liberdade é diluída (quando recai sobre o Tribunal do Juri), a participação de um perito judicial (que produzirá um estudo vertical na oitiva testemunhal) reforçará, nos litigantes, a resignação de acatarem a sentença final. Ao passo que, diante de um Juiz singular, uma das partes (no Direito Cível) jamais entenderá o resultado como tendo sido justo!

A maior frustração das partes e das testemunhas está no presenciar a falha na comunicação durante a audiência de instrução. Por tanto, deverá ter, o Processo Civil, a mesma roupagem na colheita dos fatos, se pretender apaziguar as duas partes envolvidas.

Se partirmos pela opção de qualificar o magistrado para que proceda sozinho à oitiva das testemunhas, utilizando diversos mecanismos de lógica racional, esforçar-se-á para colocar-se psicologicamente distante e imparcial, não sendo certo que consiga atingir tal meta. Estarão presentes, sua intuição e seu sentimento ao escolher as premissas das quais se valerá. Principalmente pelo Princípio da Livre Convicção. Considerando que a personalidade do juiz é projetada sobre a decisão, e que cada juiz possui uma personalidade única, não há como exigir uniformidade e certeza do direito. O juiz procurará adivinhar tudo que não lhe disseram e do que ele precisaria estar munido para encontrar a verdadeira realidade.

Não devemos esperar que, apenas no âmbito penal, o juiz mantenha-se numa posição imparcial e equidistante. Assim, se faz mister que o magistrado, no executar sua tarefa de livre-convencimento, ao recolher os depoimentos e efetuar a oitiva, disponha de tempo, capacidade técnica na área e concentração suficiente para analisar, e não apenas ouvir as declarações isoladas, mas o “discurso” contextualizado, formado pelas palavras, postura, e principalmente pelas palavras não ditas (das partes e testemunhas).

O direcionamento dado pelo juiz ao fazer perguntas, na ordem e da maneira que entender, poderá levar a testemunha a apenas completar o raciocínio já pré-definido por ele. As circunstâncias e o linguajar erudito dos magistrados desvirtuam a real percepção dos depoimentos captados em júízo.

A sentença é resultado de uma cadeia de atos mentais do juiz. Para chegar à decisão justa, imprescindível que sua sensibilidade, intuição e emoção, possam ser colocadas à distância do processo. Visto que ao entrar em contato com os seus sentimentos o juiz será transportado para a sua história de vida. Devendo continuamente policiar-se ao avaliar as provas e fatos apresentados de forma que seu julgamento caminhe da maneira mais equidistante possível. O que por certo pode-se atingir se recolhidas as declarações, também com elas estejam os Laudos

Periciais dos psicólogos que avaliaram os comportamentos e intenções subliminares (das testemunhas).

Desta forma, não devemos esperar que caiba ao julgador, especializar-se em área distinta da sua formação, quando há pelo menos um século a Psicologia é ciência que se preocupa e que vem formando profissionais especializados.

Pela generalização do princípio da continuidade da realidade, qual seja, aquele capaz de conter um número finito de leis naturais a serem “des-cobertas”, independente das características do observador, criou-se a noção de que seria possível afastar o observador das interferências nos campos dos cinco sentidos bem como da esfera do inconsciente e subconsciente.

A psicologia, enquanto ciência, reafirmara que muitas das atitudes humanas são governadas por forças que o homem não consegue controlar. Carl Jung indicara as premissas psicológicas ao relatar a diversidade de tendências inerentes a cada indivíduo, e que a partir delas, enxerga sob um singular posicionamento tudo o que o cerca.

A Teoria da Gestalt, ao estudar a organização das percepções, dos comportamentos como responsável pela significação dada aos fatos e não aos aspectos individuais estabeleceu o entendimento de que há necessidade de especialista capaz de auditar (ouvindo e analisando) as informações dadas pelo observador de fato pretérito judicial.

A interação da tendência afetiva e a personalidade do indivíduo irão direcionar a recepção das experiências vividas, bem como a captação intelectual da observação dos fatos. A percepção do receptor é seletiva (em função de seus interesses, motivações e experiências) e as palavras adquirem um determinado significado em função do contexto em que estão inseridas.

A personalidade (temperamento e outros fatores psicológicos) do juiz, bem como suas capacidades intelectiva e perceptiva, incidirão sobre sua convicção. De certo que todos os elementos que individualizam sua identidade estarão presentes no processo judicial, não se podendo afirmar que conseguirá manter-se objetivamente distanciado (tanto para ver, como para ser visto) quando da formulação

das perguntas (empostação vocal e comportamental, e outras posturas gestuais que certamente direcionarão o resultado final da oitiva testemunhal).

Como o ato de julgar envolve a utilização de recursos racionais e emocionais, tanto na esfera do consciente como do inconsciente deve o inquisidor, e avaliador das declarações das testemunhas, estar completamente consciente dos mecanismos internos do cérebro humano, bem como das nuances que os diversos elementos adjacentes podem representar e macular a imparcialidade na produção de prova oral.

Na intenção de solucionar a lide o mais próxima do justo, caberá a profissional diverso do magistrado, a captação do depoimento e a análise da veracidade das declarações das testemunhas, que reduzidas a termo bem como gravadas, e com Laudos Técnicos (apontando os desvios de comportamento e interesses), possam finalmente completar e motivar o convencimento do Juiz.

A lei, em sede de reavaliação, entrega à 2ª instância, tudo o que fora levado a termo, somente com o viés apresentado pelo Juiz, sem qualquer contato com as partes (ou testemunhas). Assim, não será desproporcional que pessoa especificamente capacitada, possa analisar a oitiva testemunhal.

Corrente contrária irá dizer que o processo tornar-se-á ainda mais lento, mas enquanto o Juiz deixa de presidir a oitiva de testemunhas, por certo estará a trabalhar em outras audiências, ou mesmo utilizar seu tempo para prolatar sentenças. Por tanto, argumento desconectado da realidade.

Dizer que o processo ficará ainda mais onerado também não procede, pois que ao término, custas e demais despesas judiciais serão de responsabilidade da parte sucumbente.

Se o Código de Processo Penal Brasileiro indica a hipótese de perícia para a percepção do fato (evento ocorrido), no artigo 160, não será avesso à legislação ordinária, a indicação de perito psicólogo à oitiva testemunhal.

Quanto às partes, seu depoimento pode e deve continuar ser tomado pelo juiz, uma vez que se espera, tenha lido as peças iniciais de ambos os lados, sendo complementação, sua oitiva direta.

Já, quanto às testemunhas, não deve haver qualquer interferência do magistrado, uma vez que as partes devem trazer as provas ao processo. Não restando alternativa justa senão, o acompanhamento das declarações, análise e resultados, levados a termo em Laudo Pericial realizado por psicólogo profissional.

Como o mecanismo de evocação dos registros da memória humana pode permitir a reconstrução de circunstâncias pretéritas, subjacentes aos fatos a serem comprovados, torna-se de importância fundamental a verificação da veracidade das declarações obtidas na audiência de instrução.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALIGHIERI, Dante. **Divina Comédia**. Tradução José Pedro Xavier Pinheiro. São Paulo: Atena, 2003.

ALTOÉ, Sonia. **Atualidade da Psicologia Jurídica**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/psicologia_jurídica.pdf> Acesso em: 17 out. 2010.

ALVAREZ, Júio Mosuera. Toxicomanía y Pathos del Discurso. In **Sujeto, Goce y Modernidad III: De la monotonía a la diversidad**. Argentina: Atuel, 1995.

AMADO, Gilles; GUITTET, André. **A Dinâmica da Comunicação nos Grupos**. Tradução de Analúcia T. Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

AMORIN, José Roberto Neves. **Fundamentos Atuais do Processo Civil: Processo de Conhecimento**. São Paulo: Manole, 2004.

ARISTÓTELES. **Órganon**. Tradução Edson Bini. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2010.

AUSTIN, John Langshaw. **How to do Things with Words**. New York: Oxford University Press, 1965.

BARROS, Marco Antônio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BATESON, Gregory. **Mente e Natureza: a Unidade Necessária**. São Paulo: Francisco Alves, 1986.

BENNATON, Jocelyn. **O que é Cibernética?** São Paulo: Brasiliense, 1984.

BERKELEY, George. **Tratado sobre os Princípios do Conhecimento Humano**. Tradução André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, v.48, 2006. (Grandes Obras do Pensamento Universal).

BETTI, Emilio. **Diritto Processuale Civile Italiano**. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1936.

BOFF, Leonardo. **Justiça e Cuidado: Opostos ou Complementares?** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRAGA, Maria Lúcia Santaella. **O que é Semiótica?** 1.ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.

BRANDÃO, Eduardo Ponte; GONÇALVES, Hebe Signorini. **Psicologia Jurídica no Brasil.** Rio de Janeiro: Nau, 2004.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. (Atualizado até a Lei n, 11.694, de 12 de junho de 2008). 2ª impressão. São Paulo: AASP, 2009.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Lei n.3.689, de 03 de outubro de 1941. (Atualizado até a Lei n. 11.900, de 8 de janeiro de 2009). São Paulo: AASP, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.14. In **Súmulas.** São Paulo: Associação dos Advogados do Brasil, 1994.

BURDEN, Virgínia. **O Processo da Intuição. Uma Psicologia da Criatividade.** Tradução Daniel Camarinha da Silva. São Paulo: Pensamento.1975.

CAIRES, Maria Adelaide de Freitas. **Psicologia Jurídica: Implicações Conceituais e Aplicações Práticas.** São Paulo: Vetor, 2003.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil.** Campinas: Bookseller, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil.** Trad. da 2.ed. italiana, por Lisa Pari Scarpa. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. **As Misérias do Processo Penal.** Campinas: Conan, 1995.

CERUTTI, Mauro. O Mito da Onisciência e o Olhar do Observador. In **O Olhar do Observador**. (org.) Paul Watzlawick e Peter Krieg. Tradução Helga Madjderey. São Paulo: Editorial PSY II, 1995.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 1969.

CHOMSKY, Noam. **Linguagem e Mente**. Tradução Lúcia Lobato. Revisão Mark Ridd. Brasília: UNB, 1998.

CÔRTEZ, Aquiles Guimarães. **Fenomenologia e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

COUTURE, Eduardo. **Os Mandamentos do Advogado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1979.

DAMÁSIO, Antonio Rosa. **O Erro de Descartes**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

_____. **O Mistério da Consciência**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

DAVIDSON, Donald Herbert. Radical Interpretation. In **Inquiries into Truth and Interpretation**. New York: Clarendon Press, 2.ed., 1973.

_____. Rational Animals. In **Subjective, Intersubjective, Objective**. New York: Clarendon Press, 1982.

DELMANTO, Celso. et alii. **Código Penal Comentado**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DEMO, Pedro. **Metodologia Científica em Ciências Sociais**. 3.ed. São Paulo: Atlas. 1995.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução Maria Ermantina Galvão. Revisão da tradução Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ERICKSON, Erik Homburger. **Identidade, juventude e crise**. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

_____. **Infância e Sociedade**. São Paulo: Zahar, 1974.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica**. São Paulo: Atlas, 2009

FLOREZ, Júlio Arboleda. & TABORDA, José Geraldo V. Ética em Psiquiatria Forense: Atividade Pericial, Clínica e Pesquisa com Prisioneiros. **Revista Brasileira de Psiquiatria**. 2006.

FOERSTER, Heinz Von. **Observing Systems**. Seasi de Cal., 1981

_____. **On Constructing a Reality**. Stroudsburg: Dowden, Hutchinson & Ross, v.2, 1973.

_____. **Sicht und Einsicht. Versuche zu einer Operativen Erkenntnistheorie**. Braunschweig/Wiesbaden, Friedr. Vieweg & Sohn, 1985.

_____. **Wissen und Gewissen**. (Org.) Siegfried J. Schmidt. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Trarepa, 2001.

FRANÇA, Fátima. Reflexões sobre Psicologia Jurídica e seu panorama no Brasil. **Psicologia - Teoria e Prática**. v.6, n.1, p.73-80, 2004.

FRANK, Jerome H. **Law and the Modern Mind**. Disponível em <<http://www.answers.com/topic/jerome-n-frank#ixzz1dgNspG7I>> Acesso em 23 abr. 2011

FRANZ, Marie-Louise Von. **A Sombra e o Mal nos Contos de Fadas**. São Paulo: Paulus, 1985.

FREUD, Sigmund. **Cinco Lições de Psicanálise**. Rio de Janeiro: Imago, v.16,1988.

GARCIA, Francisco Javier Varela. **El Fenómeno de la Vida**. Santiago: Dolmen, 1999.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A Prova Dinâmica no Direito de Família.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6106> Acesso em 2 nov. 2011

GLASERSFELD, Ernst. Adeus à Objetividade. In **O Olhar do Observador.** (orgs.) Paul Watzlawick e Peter Krieg. Tradução Helga Madjderey. São Paulo: Editorial Psy II, 1995.

GOMBRICH, Ernst Hans. **A História da Arte.** 4.ed. São Paulo: Zahar Editores, 1985.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luís Flávio. Era Digital, Justiça Informatizada. In **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, ano 3, n. 17, dez-jan, 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo.** Rio de Janeiro: Aide, 1992,

GONDAR, Jô. **Estrutura e Tempo: Reversibilidade versus Irreversibilidade.** Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

GRECO, Milton. **Interdisciplinaridade e Revolução do Cérebro.** 2.ed. São Paulo: Pancast, 1994.

GUICCIARDINI, Francesco. Disponível em <http://pensador.uol.com.br/autor/francesco_guicciardini/> Acesso em 11 jan. 2011.

GUTHRIE, Edwin Ray. Psychological Facts and Psychological Theories. **Psychological Bulletin**, n.43, 1946.

GUTHRIE, Edwin Ray. SMITH, Stevenson. **General Psychology in Terms of Behavior.** Califórnia: Applenton, 1921. Digitalizado em 29 de julho de 2008. 270 p.

Disponível em
<books.google.com/.../General_psychology_in_terms_of_behavior.html?> Acesso em
8 de janeiro de 2012.

HEIDEGGER, Martin. Sobre a Essência da Verdade. In **Conferências e Escritos Filosóficos**. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Os Pensadores).

HEJL, Peter M. Ficção e Construção da Realidade sobre a Distinção entre Ficções no Direito e na Literatura. In **O Olhar do Observador**. (orgs.) Paul Watzlawick e Peter Krieg. Tradução Helga Madjderey. São Paulo: Editorial Psy II, 1995.

HOFMANNSTHL, Hugo Von. **O Livro dos Amigos**. Disponível em
□<http://www.citador.pt/frases/citacoes/a/hugo-von-hofmannsthal>□ Acesso em 23 fev.
2011

HUME, David. **Investigação sobre o Entendimento Humano**. Tradução André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, v. 25, 1999. (Grandes Obras do Pensamento Universal).

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Marin Claret, 2010.

JERUSALINSKY, Alfredo. **Psicanálise: Instituição - Transmissão**. Porto Alegre: Associação Psicanalítica de Porto Alegre, 1993.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A Simbologia da Imparcialidade do Juiz**. 1.ed. São Paulo: Forense, 1999.

JUNG, Carl Gustav. **A Natureza da psique**. Petrópolis: Vozes, v.8, 1984. (Obras Completas).

_____. **O Desenvolvimento da Personalidade**. São Paulo: Vozes, 1988.

_____. **Tipos Psicológicos**. Tradução Rascher Verlag. 4.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOHLER, Wolfgang. **Psicologia da Gestalt**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1980.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 6.ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LACAN, Jacques-Marie Emile. **A Ciência e a Verdade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **A Monadologia**. Tradução Marilena de Souza Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

_____. **Discursos de Metafísica. Monadologia**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Novos Ensaios**. São Paulo: Nova Cultura, 1996

_____. **Novos Ensaios sobre o Entendimento Humano**. Tradução J. L. Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LLEWELLYN, Karl. **The Realist Movement**. London: Weidenfeld and Nicolson Norman, Oklahoma: University of Oklahoma Press. 1973.

LOPES Júnior, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, v.1, 2008.

LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÖWY, Michael. **Ideologias e Ciência Social: Elementos para uma Análise Marxista**. São Paulo: Cortez, 2008

LURIA, Alexander Romanovich. **Curso de Psicologia Geral**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, v.1, 1979.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Tradução Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

MARCHESI, Silvane Maria. **O Estrangeiro no Sujeito e a Faculdade de Julgar na Contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual do Processo de Conhecimento**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES DA SILVA, Evani Zambon. O estudo psicológico: uma contribuição para o entendimento do Direito de Família. **Boletim da Sociedade Rorschach de São Paulo**. jan/dez/2001

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual**. 9.ed. Campinas: Millenium, 2003.

MARX, Melvin, HILLIX, William A. **Sistemas e Teorias em Psicologia**. Tradução Álvaro Cabral. 3.ed. São Paulo: Cultrix, 1978.

MATURANA, Humberto Romesin. **A Ontologia da Realidade**. Belo Horizonte: UFMG, 1997.

_____. Biology of Cognition. In **Biological Computer Laboratory BCL**. Report N 9.0, University of Illinois, 1970.

_____. Ciência e Cotidiano: a Ontologia das Explicações Científicas. In **O Olhar do Observador**. (orgs.) Paul Watzlawick e Peter Krieg. Tradução Helga Madjderey. São Paulo: Editorial Psy II, 1995.

_____. **La Realidade: Objetiva o Construída?** Barcelona: Anthropos, 1997.

_____. **Transformación**. Santiago: Dolmen, 1999.

MATURANA, Humberto Romesin; VARELA, Francisco Javier. **El Árbol del Conocimiento**. Santiago: Hachette, 1991.

MENDELSON, Benjamin. **Tipologias**. Centro de Difusion de la Victimologia. Disponível em <www.geocities.com/fmuraro> Acesso em 13 mai. 2011.

MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **A Produção da Prova no Direito Processual. O Alcance e os Limites do Ativismo Judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MESSA, Alcione Aparecida. **Psicologia Jurídica**. São Paulo: Atlas, v.20, 2010. (Coleção Concursos Jurídicos).

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1986.

MIRA Y LOPEZ, Emílio. **Manual de Psicología Jurídica**. São Paulo: Impactus, 2008.

MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. Tradução Hebert Wüntzel Heirinch 3.ed.Campinas: Bookseller, 1996.

MYERS, Isabel Briggs. **Gifts Differing: Understanding Personality Type**. Davies-Black Publishing, U.S. 1995.

MONTAIGNE, Michel Eyquem. *Ensaíos*. Tradução Sérgio Milliet. São Paulo: Abril Cultural, 1972. (Os Pensadores).

MORENO, Jacob Levy. **Psicodrama**. São Paulo: Cultrix, 1975.

MORIN, Edgar. **A Cabeça Bem Feita**. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

_____. Cultura e Conhecimento. In **O Olhar do Observador**. (orgs.) Paul Watzlawick e Peter Krieg. Tradução Helga Madjderey. São Paulo: Editorial Psi II, 1995.

NAFFAH NETO, Alfredo. A Subjetividade enquanto Éthos. **Cadernos de Subjetividade**. São Paulo: PUC Publicações, v.3, 1995.

NEWTON, Isaac. **Ótica**. São Paulo: EDUSP, 2002.

NIETZSCHE, Friederich. **Ditirambos de Diônisos = Dionysos – Dithyramben**. Edição bilíngüe. Versão Manuela Sousa Marques. Introdução e notas Delfim Santos Filho. Lisboa: Guimarães Editores. 1986

_____. **Humano, demasiado humano**. São Paulo: Companhia das Letras, v.1, 2007.

NÖTH, Winfried. BRAGA, Maria Lúcia Santaella. **Imagem: Cognição, Semiótica, Mídia**. São Paulo: Iluminuras. 1998

ORLANDI, Eni Pulcinelli. **Análise de Discurso: Princípios e Procedimentos**. 9.ed. Campinas: Pontes Editores, 2010

PASCAL, Blaise. **Submissão e Uso da Razão**. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/pascal.html>> Acesso em 20 mar. 2011.

PAVLOV, Ivan Petrovich. **Reflexos Condicionados, Inibição e Outros Textos**. Lisboa: Editorial Estampa, 1971.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Tradução José Teixeira Coelho Neto. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

PENTEADO, José Roberto Whitaker. **A Técnica da Comunicação Humana**. 6.ed. São Paulo: Pioneira, 1977.

PEYRANO, Jorge W. **Nuevos Lineamentos de las Cargas Probatorias Dinámicas**. Buenos Aires: Rubinzal, 2004.

PIAGET, Jean. Gênese e Estrutura na Psicologia da Inteligência. In **Seis Estudos de Psicologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

PIGNATARI, Décio. **Informação. Linguagem. Comunicação**. São Paulo: Perspectiva, v.2, 1968. (Coleção Debates).

PIOTROWSKI, Zygmunt A. **Perceptanalysis**. São Paulo: Ex Libris, 1974.

PLANIOL, Marcel. **Traité Élémentaire de Droit Civil**. 4.ed. Paris: Marchal et Billard, 1902.

PRADO FILHO, Kleber; TRISOTTO, Sabrina. Psicologia, Ética e Bioética. **Psicologia Argumento**. v.24, n.47, 2006.

PRADO, Lidia Reis de Almeida. A Questão da Segurança Jurídica: há neutralidade do juiz. **Revista ESMAPE**, v. 1, p.12, 2006. Disponível em < sistemas.usp.br/tycho/producaoacademica/fd/dfd/CV13.html > Acesso em 12 abr. 2011.

_____. **O Juiz e a Emoção. Aspectos da Lógica da Decisão Judicial**. 4.ed. Campinas: Millennium, 2008.

PRIGOGINE, Ilya; STENGERS, Isabelle. **A Nova Aliança**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

REALE, Miguel. A Ética do Juiz na Cultura Contemporânea. **Revista Forense**, jan.-mar./1994.

_____. **Noções Preliminares de Direito**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROSENBERG, Leo. **La Carga della Prueba**. Tradução Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1956.

ROVINSKI, Sonia Liane Reichert; CRUZ, Roberto Moraes. **Psicologia Jurídica: Perspectivas Teóricas e Processos de Intervenção**. São Paulo: Vetor, 2009.

RUSSELL, Arthur William Bertrand. **Pensamentos**. Disponível em < http://pensador.uol.com.br/autor/bertrand_russell/> Acesso em 23 nov. 2010.

SAMUELS, Andrews. **Dicionário Crítico de Análise Junguiana**. Disponível em <www.rubedo.psc.br/dicjung/verbetes/animamus.htm> Acesso em 20 dez. 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Wanderley Guilherme. **Discurso sobre o Objeto: uma poética do social**. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria de Estado da Cultura, 1990.

SCHOPENHAUER, Arthur. Sobre a Erudição e os Eruditos. In **A Arte de Escrever**. (org. e trad.) Pedro Sússekind. São Paulo: L&PM Pocket, vol.479, 2009.

_____. **Sobre o Fundamento da Moral**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. _____. Sobre a Linguagem e as Palavras. In **A Arte de Escrever**. (org. e trad.) Pedro Sússekind). São Paulo:L&PM Pocket, 2009.

SERRES, Michel. **Der Parasit**. Frankfurt Am Main: Suhrkamp, 1981.

SICHES, Luis Recasens. **Direções Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. México : Coyoacán, 2007.

_____. **Tratado General de Filosofia Del Derecho**. 5.ed. México: Porrúa, 1975.

SILVA, Adalberto Prado e Silva (coord.) **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1975.

SILVA, Denise Maria Perissin. **Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro**. 1.ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.

_____. Psicologia Jurídica, uma ciência em expansão. **Psique Especial Ciência & Vida**. São Paulo, ano I, no. 5, 2007.

SILVA, Marco Aurélio. **Reflexão e Refração da Luz**. Disponível em <<http://www.alunosonline.com.br/fisica/reflexao-e-refracao-da-luz.html>> Acesso em 2 dez. 2011.

SILVA, Octacílio Paula. **Ética do Magistrado à Luz do Direito Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de Processo Civil: Processo do Conhecimento**. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1996.

SOARES, Fernando Correa. Prólogo. In **Psicologia sem Cérebro**. São Paulo: Natura, 1980.

SOEIRO, Alfredo Correa. **Psicologia sem Cérebro**. São Paulo: Natura, 1980.

SOUZA, Moacyr Benedicto. **Mentira e Simulação em Psicologia Judiciária Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

STEIN, Friedrich. **El Conocimiento Privado del Juez**. Madrid: Ramón Areces, 1990.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula Vinculante n.14**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_1.pdf> Acesso em 14 jan.2012.

TARUFFO, Michele. **A Verdade no Processo Civil**. São Paulo: Unesp, 1996.

_____. Modelli di Prova e di Procedimento Probatório. **Rivista di Diritto Procesuale**. Padova, vol. 45, n 2, abril/junho, 1990.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, v.1, 2007.

THIBAUT, Jacques Anatole François. **Pensamentos**. Disponível em

< <http://pensador.uol.com.br/colecao/tzagari/> > 6 abr. 2009.

TROLLER, Alois. **Dos Fundamentos do Formalismo Processual Civil**. Porto Alegre: Safe Fabris, 2009.

UNTERBERGER, Monica. **Estatuto del "Yo Soy" en la Toxicomanía y el Alcoholismo**. Argentina: Atuel-Tya, 1999.

VICO, Giambattista. **De Antiquíssima Italarum Sapientia**. Nápoles: Stamperia de'Classici Latini, 1858. Disponível em <www.ispf.cnr.it/ispf-lab> Acesso em 28 mai. 2010.

_____. **La Scienza Nuova**. Disponível em <[http:// www.Liberliber.it/biblioteca/v/Vico/index.htm](http://www.Liberliber.it/biblioteca/v/Vico/index.htm)> Acesso em 18 de mar. 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. (Coord.) **Curso Avançado de Processo Civil**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas, 1999.

WATZLAWICK, Paul. Introdução. In **O Olhar do Observador**. (orgs.) Paul Watzlawick e Peter Krieg. Tradução Helga Madjderey. São Paulo: Editorial PSY II, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Tradução Marcos. G. Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 2005.

WUNDT, Wilhelm. **An Introduction to Psychology**. New York: Arno Press, 1973.

ZIMERMANN, David. A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional. A crise do magistrado. **Revista da ESMEC**. Fortaleza: Themis, pp.131-144, jan-jun 2006. Disponível em < http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/wp-content/uploads/2008/10/themis-v4-n1_atual.pdf> Acesso em 20 fev.2011.

_____. **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. Campinas: Millenium, 2002.