

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

Gilberto Fachetti Silvestre

**AS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA NO PROCESSO CIVIL**

**2009**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

Gilberto Fachetti Silvestre

**AS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA NO PROCESSO CIVIL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFES para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil, sob orientação do Prof. Dr. Angel Rafael Mariño Castellanos.

**Vitória, 2009.**

GILBERTO FACHETTI SILVESTRE

## **AS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA NO PROCESSO CIVIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

Defendida em 09 de outubro de 2009.

### **BANCA EXAMINADORA:**

Prof. Dr. Angel Rafael Mariño Castellanos  
*Universidade Federal do Espírito Santo*  
*Presidente – Orientador*

Prof. Dr. Francisco dos Santos Amaral Neto  
*Universidade Federal do Rio de Janeiro*

Prof. Dr. Francisco Vieira Lima Neto  
*Universidade Federal do Espírito Santo*

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Margareth Vetis Zaganelli  
*Universidade Federal do Espírito Santo*

## **RESUMO**

Discute os aspectos dogmáticos, históricos e teóricos das máximas de experiência, que encontram posituação no art. 335 do Código de Processo Civil brasileiro, e a possibilidade de utilização do conhecimento privado do juiz na valoração dos fatos e apreciação do suporte probatório. Outrossim, dá uma nova abordagem às regras de experiência: quanto à tipologia, além das regras de experiência comum e técnica, identifica a existência de outra espécie, designada de máximas de experiência axiológica; quanto às funções desempenhadas no processo civil, a pesquisa aponta que o papel das máximas de experiência vai além daquele tradicionalmente identificado no direito probatório, concluindo pela relevância do saber cultural na interpretação e na integração do Direito, aproximando-o, assim, de sua função social de realização do bem comum (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil).

## **PALAVRAS-CHAVES**

Máximas de experiência – processo civil – interpretação do Direito – aplicação do Direito – conhecimento privado do juiz.

## **RIASSUNTO**

Discute aspetti dogmatici, storici e teorici delle massime di esperienza, che sono positivi in art. 335 del Código di Procedura Civile brasiliano, e la possibilità dell'uso della conoscenza privata del giudice nella valutazione dei fatti e delle prove. Inoltre, da un nuovo approccio alle regole di esperienza: circa la tipologia, individua l'esistenza di un'altra specie, accanto alle regole di comune esperienza e la tecnica, designata massima esperienza assiologico; circa le funzioni in procedura civile, la ricerca suggerisce che il ruolo di massima di esperienza che va al di là tradizionalmente identificato in diritto probatorio, e concludere per l'importanza della conoscenza dello sapere culturale in sede di interpretazione e integrazione della legge, portando così la sua funzione sociale di conseguire il bene comune (art. 5 della Legge di Introduzione al Codice Civile brasiliana).

## **PAROLE-CHIAVE**

Massime di esperienza – processo civile – interpretazione della Legge – applicazione della Legge – privata conoscenza del giudice.

## AGRADECIMENTOS

Meu especial e sincero agradecimento a *Alda*, minha mãe; *Roberto*, meu pai; e *Roberta*, minha irmã: por me proporcionarem tudo isso. A *Guilherme* agradeço as constantes palavras de apoio e incentivo.

Aos meus professores, formadores da minha base acadêmica durante o Mestrado, em especial a *Angel Rafael Mariño Castellanos*, *Francisco Vieira Lima Neto*, *Flávio Cheim Jorge*, *José Pedro Luchi*, *Manoel Alves Rabelo*, *Marcelo Abelha Rodrigues*, *Margareth Vetis Zaganelli*, *Tárek Moysés Moussallem* e *Valesca Raizer Borges Moschen*. Ao Prof. Angel Rafael, o agradecimento pela acolhida e pela orientação. Ao Prof. Francisco, o obrigado pelos constantes ensinamentos (acadêmicos e de vida) que tanto contribuíram para minha formação.

Não poderia esquecer dos *alunos do Curso de Direito da UFES*, de quem tenho a oportunidade de ser professor, em especial às turmas ingressas de 2006/02, 2007/01, 2007/02, 2008/01 e 2009/01.

Registro, também, meus agradecimentos aos meus colegas professores dos Departamentos de Direito e Gemologia da UFES, especialmente a *Ricardo Gueiros Bernardes Dias*, *Cleanto Guimarães Siqueira*, *Julio César Pompeu* e *Sonia Maria Dalcomuni*.

À generosa acolhida encontrada no *Centro Universitário Vila Velha (UVV)*, deixo meu sincero obrigado nas pessoas das Professoras *Christine Mendonça* e *Virgínia Luna*.

Também agradeço à *Biblioteca da Faculdade de Direito* da Universidade de São Paulo, e aos seus funcionários, pela possibilidade de consultar o acervo bibliográfico que tanto contribuiu para a elaboração dessa dissertação.

Por fim, uma singela reverência à *Universidade – pública e de qualidade* – na qual vivi os mais intensos e melhores momentos de minha vida, a quem devo boa parte daquilo que sou como ser humano, e onde espero viver com mais intensidade meu futuro profissional.

Aos meus Professores,

*Tárek Moysés Moussallem,  
Marcelo Abelha Rodrigues e  
Cleanto Guimarães Siqueira.*

*“O Direito é um produto de forças interiores, que operam em silêncio e está profundamente enraizado no passado da nação, e as suas verdadeiras fontes são a crença popular, os costumes e a consciência do povo”.*

*(Friedrich Karl von Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft).*

*“O processo não pode em nenhum momento ir além da sabedoria de seu tempo e de seu povo”.*

*(Friedrich Stein, El conocimiento privado del juez).*



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO 1 – NOÇÕES GERAIS SOBRE AS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA</b> ....	16
1.1. Definição.....	16
1.2. Natureza jurídica.....	34
1.3. Diferença entre máximas de experiência e fatos notórios.....	41
1.4. Diferença entre máximas de experiência e presunções e indícios.....	47
1.5. As máximas de experiência no Direito Comparado.....	48
<b>CAPÍTULO 2 – O CONHECIMENTO PRIVADO DO JUIZ</b> .....	62
2.1. O conhecimento privado do juiz.....	62
2.2. Saber privado e saber cultural do juiz.....	73
<b>CAPÍTULO 3 – TIPOLOGIA DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA</b> .....	82
3.1. Regras de experiência comum.....	84
3.2. Regras de experiência técnica.....	88
3.3. Regras de experiência axiológica.....	93
<b>CAPÍTULO 4– FUNÇÕES PROCESSUAIS DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA</b>	105
4.1. Função probatória.....	107
4.2. Função hermenêutica.....	122
4.3. Função integrativa.....	133
<b>CONCLUSÃO</b> .....	137
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	140

## INTRODUÇÃO

Este é um trabalho sobre a operabilidade das máximas de experiência no processo civil. No Brasil, como se depreende do art. 335 do Código de Processo Civil, não há que se discutir a possibilidade de utilizar ou não as máximas de experiência. É permitido. Certo é, porém, que este tema ainda não alcançou o devido desenvolvimento doutrinário que permita não apenas sua melhor compreensão, mas também sua adequada aplicação ante os problemas do cotidiano, os quais o Direito objetiva resolver, mas nem sempre consegue, considerando a ausência de normas jurídicas específicas para a solução de determinado caso.

O assunto mostrou-se interessante desde as pesquisas iniciais, formuladas à época da seleção para o ingresso no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. O tema permitiria – como de fato permitiu – envolver os ramos do Direito mais próximos das afinidades do pesquisador: o Direito Processual Civil, área de concentração do Mestrado, a partir da matéria Prova; o Direito Civil, ramo do Direito ao qual o processo civil serve; e Teoria do Direito, que ofereceu as bases epistemológicas para a compreensão do tema, que se dá a partir da relação entre Direito e Sociedade, Direito e Poder, e aplicação do Direito, dentre outros.

A pesquisa constatou que o objeto de estudo – máximas de experiência –, embora abordado em alguns livros e em artigos científicos, bem como aplicado cotidianamente pelos tribunais brasileiros, necessitava de um desenvolvimento doutrinário específico: compreender efetivamente o que são as máximas de experiência para que sua utilização no processo decisório não seja um instrumento de arbitrariedade e conveniência pessoal. Assim, o tema foi desenvolvido voltado para a sua utilização racional: as máximas de experiência como limite da atuação do juiz.

A processualística contemporânea muito discute a atribuição cada vez maior de poderes decisórios aos magistrados e, neste sentido, as máximas de experiência podem contribuir substancialmente para a construção democrática do papel institucional do Judiciário. Dessa forma, o trabalho reconheceu a existência

de um grande poder jurisdicional, mas tratou de demonstrar como as máximas de experiência podem constituir um limite racional a esse poder. É esse o desenvolvimento doutrinário inovador que esse objeto de estudo mereceu.

A pesquisa constatou, também, que pouca atenção tem sido dada a algumas questões inerentes ao tema e que precisam ser discutidas e esclarecidas com o propósito de permitir o melhor emprego das regras da vida. Assim, verificou-se a necessidade de buscar a solução a três problemas fundamentais em torno da temática, quais sejam:

1. *O que são as máximas de experiência;*
2. *Quando e como é possível aplicar as máximas de experiência;*
3. *Quais os limites para a racional utilização das máximas de experiência.*

A partir dessa linha didática foi possível proceder a um corte metodológico que permitiu uma abordagem exclusiva e plena das máximas de experiência, sem a necessidade de capítulos prévios que tradicionalmente são tratados como premissas metodológicas e teóricas, mas que, infelizmente, não são formulados corretamente e acabam deixando o texto prolixo. Por isso, afastou-se o procedimento dedutivo na presente pesquisa. Assim, este é um trabalho sobre máximas de experiência e apenas delas se falou, evidentemente que procedendo à correta relação com outros institutos e categorias jurídicas. O objetivo foi tratar do objeto com profundidade, objetividade e exclusividade, o suficiente para o labor de tentar esgotar o tema.

O desenvolvimento da problemática acima enumerada foi construído a partir de uma técnica que objetivava responder a três questionamentos fundamentais:

1. *O que são “máximas de experiência”?*
2. *Para que servem as “máximas de experiência”?*
3. *Como está regulamentada a utilização das “máximas de experiência” no Direito positivo?*

Dessa maneira, a pesquisa pôde ser desenvolvida a partir de uma perspectiva pragmática. E não poderia ser outro o enfoque, afinal, o Direito é uma ciência social aplicada e, como tal, é um conjunto de teses e teorias que se destinam à solução de problemas práticos, da vida cotidiana em sociedade. A

ciência jurídica (o estudo do Direito) cria um conhecimento que deve ser necessariamente operacional, envolvendo a questão da “decidibilidade”. Desse modo, houve a preocupação sempre em indicar como o conhecimento produzido pela pesquisa poderia auxiliar a solucionar problemas. Essa preocupação se reflete na análise de decisões e acórdãos que aplicaram as máximas de experiência e que se encontram distribuídos em diversas partes do texto final que foi produzido.

Pois bem, daquela problematização resultaram os quatro capítulos do trabalho que ora se apresenta, e que foram assim intitulados:

- *Capítulo 1 – Noções gerais sobre máximas de experiência (problema 1);*
- *Capítulo 2 – O conhecimento privado do juiz (problema 2);*
- *Capítulo 3 – Tipologia das máximas de experiência (problema 3);*
- *Capítulo 4 – Funções processuais das máximas de experiência (problema 3);*

A pesquisa foi realizada a partir da leitura de um suporte bibliográfico levantado durante um ano de estudos preparatórios. O material lido consiste em livros (manuais, monografias, teses e dissertações) e artigos de periódicos. Não apenas a doutrina brasileira serviu de base para a pesquisa, mas também as doutrinas italiana, alemã, espanhola, panamenha, inglesa, norte-americana, francesa, portuguesa e mexicana, embora a pesquisa tenha revelado que a doutrina brasileira foi a que melhor desenvolveu o tema e o melhor compreendeu.

Mas o grande desafio encontrado durante a pesquisa foi o de como “juridicizar” o discurso em torno das máximas de experiência e adequar a sua utilização às instituições e às normas jurídicas. As máximas de experiência são conhecimentos extraprocessuais, ou seja, não são enunciados jurídicos<sup>1</sup>, não são normatizadas. Todavia, sua utilização pode se normatizada. E esse foi o desafio da dissertação que ora se apresenta.

---

<sup>1</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 18. O autor, no texto original, fala em conhecimentos *no jurídicos*. À sua época o termo “jurídico” era adjetivo restrito ao Direito positivo legislado. Aqui preferimos não confundir *legal* (legislado) com *jurídico*, que tem um sentido mais amplo, se referindo ao Direito como um todo, em seu aspecto ontológico (regras) e axiológico (princípios gerais). Só assim é que se poderá defender a juridicização das máximas de experiências, que apesar de não serem legais (legisladas) integram o Direito e por isso podem ser consideradas jurídicas (ou, pelo menos, é jurídica a possibilidade de sua utilização).

Preocupado em não transformar o trabalho em um conjunto de conclusões especulativas, pode ele ser resumido como um levantamento doutrinário e jurisprudencial que compendiou as opiniões e teses dos autores mais relevantes da processualística. Ou seja, não se trata de um ensaio com a visão pessoal do pesquisador sobre as máximas de experiência, mas uma pesquisa que quis reunir em um único trabalho, e com efetividade, tudo de mais relevante que já fora escrito sobre o tema. A contribuição pessoal do pesquisador foi no sentido de sistematizar os pensamentos dos autores, os acórdãos dos tribunais, adequando-os, assim, aos postulados do Direito.

Todavia, como se espera de toda pesquisa, não se ateuve apenas à sistematização da matéria. Outras contribuições, substanciais para a ciência jurídica – especialmente a processual – podem ser enumeradas. Essas contribuições são destacadas ao longo do trabalho e na conclusão da presente pesquisa.

Anteriormente falou-se da necessidade de dar um enfoque dogmático, juridicizado, ao assunto. Por isso, uma preocupação que se apresentou quando da formulação dos principais pontos que mereciam desenvolvimento neste trabalho foi o de determinar em que consiste a dogmática jurídica contemporânea, para, então, determinar que tipo de enfoque poderia ser dado ao tema.

A importância de uma resposta nesse sentido é óbvia, pois permitirá entender *o que* e *como* se pretende abordar na pesquisa. Além disso, o posicionamento metodológico a ser seguido permitirá a correta caracterização jurídica das máximas de experiência.

Indagando quanto à existência de uma “nova ciência” do Direito, Santiago Nino entende que a dogmática jurídica tradicional – reduzida ao Direito positivo – é cada vez mais questionada e vem sendo objeto de reclamações por uma revisão de seus pressupostos e métodos. Conclui que:

“Cada vez resulta más evidente la tensión que sufre la dogmática jurídica entre, por un lado, los ideales profesados explícitamente por sus cultores de proporcionar una descripción objetiva y axiológicamente neutra del derecho vigente y, por otro lado, la función, que la dogmática cumple en forma latente, de reconstruir el sistema jurídico positivo de modo de eliminar sus indeterminaciones. Es obvio

que aquellos ideales son incompatibles con esta función, puesto que la tarea de eliminar las indeterminaciones del sistema exige elegir un solución entre las varias alternativas que el sistema jurídico ofrece; y esto no resulta de la mera descripción de las normas positivas, ni puede realizarse sin tomar partido acerca de la mayor o menor adecuación axiológica de cada una de las posibles alternativas”.<sup>2</sup>

Esse entendimento do que seja a dogmática resulta vital para este trabalho. Veja que Santiago Nino chama a atenção para a necessidade de superar a dogmática clássica que reduz o Direito a um catálogo de regras e a um sistema de normas fechado. Deve-se admitir, assim, que a compreensão do Direito vai além do positivado, isto é, está além da mera letra da lei: o Direito não é apenas a lei. Ora, quando se fala em máximas de experiência fala-se, na verdade, de conhecimentos *não legais* que o juiz deve aplicar, e aplica.

Um trabalho que pretende apresentar e discutir o papel jurídico desta categoria, que é algo externo ao mundo do Direito, deve, obrigatoriamente, assumir uma postura de superação e reconhecer a multidimensionalidade do Direito e as várias influências que este recebe. Esta é, então, uma pesquisa sobre a influência de fatores externos ao Direito no cotidiano jurídico, especialmente no processo de decisão judicial, no qual o juiz aplicará a norma jurídica.

Colocado esse ponto de vista – de reconstrução da dogmática jurídica tradicional em uma dogmática mais aberta – será possível melhor determinar em que consistem as máximas de experiência.

Esse, portanto, é um trabalho que pretendeu dar importância prática a questões teóricas, solucionando os problemas de compreensão e aplicação do saber cultural do juiz, especialmente no que se refere às máximas de experiência, aqui entendidas como as pré-compreensões oficiais, universais, sociais, que o juiz leva para o processo como pré-conceitos – que ele herda de uma “comunidade

---

<sup>2</sup> Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 11ª ed., Barcelona, Ariel, 2003, p. 339. Nas páginas seguintes, disserta sobre o papel do jurista na solução de problemas à luz do Direito, o que servirá de base para os juízes solucionarem os casos práticos: “Puesto que los órganos de decisión jurídica deben, inevitablemente, asumir posiciones valorativas para justificar la aplicación de cierta norma jurídica a un determinado caso y la asignación a esa norma de una determinada interpretación entre varias posibles, es irrazonable pretender que los juristas académicos renuncien a asistirlos en su tarea. Los teóricos del derecho se encuentran, en varios sentidos, en mejores condiciones que los jueces para explorar problemas de fundamentación axiológica de soluciones jurídicas” (pp. 340-341).

interpretativa”<sup>3</sup> – utilizados para melhor solucionar os problemas da vida e a compreensão da função social do Direito.

O resultado final desta pesquisa demonstra a diferença entre as inclinações subjetivas do juiz enquanto ser humano (saber privado), as quais não podem ser utilizadas no processo, e o conhecimento cultural, comungado pela comunidade. Este saber é objetivo e universal, e tem a função de condicionar a compreensão do que seja o Direito, a melhor maneira de aplicá-lo e como decidir os casos em que o suporte probatório é insuficiente.

Foi essa perspectiva pragmática que orientou o trabalho, que caminhou com o objetivo de aprimorar o labor do juiz, aproximando suas decisões (e o próprio Direito) daquela “comunidade interpretativa” e do “espírito do povo”. Não há melhor instrumento para isso que as máximas de experiência, ou seja, os juízos que surgem no seio da coletividade e se destinam à compreensão da vida e das relações sociais.

---

<sup>3</sup> O termo é de Stanley Fish, What makes an interpretation acceptable, In *Is there a text in this class? The Authority of Interpretative Communities*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1980, p. 342. O termo se refere à possibilidade de compartilhar intersubjetivamente de uma determinada interpretação, o que pode ser compreendido no contexto desta pesquisa por se referir à compreensão da sociedade quanto aos valores e àquilo que ordinariamente acontece. “Comunidade interpretativa” diz respeito a um sistema ou contexto capaz de produzir o consenso em torno da escolha da interpretação a ser atribuída a um enunciado ou conjunto de enunciados.

## CAPÍTULO 1

### NOÇÕES GERAIS SOBRE AS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA

Este capítulo tem o propósito de discutir a primeira problemática levantada na proposta deste trabalho, respondendo à pergunta *O que são as máximas de experiência?* A finalidade não é apenas conceituar a categoria, mas também apresentar suas principais características, a discussão em torno de sua natureza jurídica e sua consagração legislativa.

Não poderia ter sido outro, então, o objeto do presente capítulo: o perfil dogmático das máximas de experiência. Aqui o tema principal desta pesquisa será analisado a partir de um enfoque científico sem olvidar de sua historicidade, elemento marcante de sua evolução e formação. Para o cumprimento desse objetivo de discutir sua fisionomia teórica, natureza e relevância conceitual foi necessária uma abordagem histórica para tratar as origens e a evolução na prática jurídica e judicial, sua consagração legislativa no sistema jurídico brasileiro e as discussões em torno do seu tratamento doutrinário e utilização prática. Usaram-se como métodos o histórico, o lógico-sistêmico e o dogmático.

#### **1.1. Definição.**

Sempre houve uma preocupação quanto à utilização pelo juiz de seus conhecimentos extralegais para a solução de problemas jurídicos que se lhe apresentavam. Tanto foi assim que o método científico do positivismo jurídico foi transportado para a prática forense, transformando o juiz em um processador de subsunções legais para as quais não haveria a necessidade de valoração alguma, bastando determinar a premissa maior a ser aplicada ao fato concreto (premissa menor). Essa influência deturpada do positivismo será melhor apresentada mais adiante, ao falar da evolução histórica das máximas de experiência que culminou na consciência da impossibilidade de o juiz não aplicar suas inclinações culturais nas decisões que toma. Foi deste contexto que resultou o reconhecimento das máximas de experiência como fatores inevitavelmente presentes no processo de aplicação do Direito.



Ao atrelar o juiz ao texto legal pretendia-se eliminar subjetivismos e arbitrariedades na aplicação do Direito. Não seria possível ao magistrado solucionar um determinado caso prático a partir do senso de equidade comum ou de regras culturais da comunidade. As máximas de experiência, como dito, são conhecimentos não legais e que se enquadravam, perfeitamente, nesse receio contrário à subjetividade e à arbitrariedade.

Como bem escreve Amaral Santos, “o juiz, como culto e vivendo na sociedade, no encaminhar as provas, no avaliá-las, no interpretar e aplicar o direito, no decidir, enfim, indiscutível e necessariamente usa de uma porção de noções extrajudiciais, fruto de sua cultura, colhidas de seus conhecimentos sociais, científicos, artísticos ou práticos, dos mais aperfeiçoados aos mais rudimentares”. A essas noções acostumou-se a doutrina designar de “máximas de experiência” ou “regras de experiência”, que, segundo o autor, “são juízos formados na observação do que comumente acontece e que, como tais, podem ser formados *em abstracto* por qualquer pessoa de média cultura”.<sup>1</sup>

As máximas de experiências, embora não tenham sentido legal, não se esgotam com sinais sociológicos. Mais que isso: são uma clara acumulação de conhecimentos, saberes e percepções jurídicas e judiciais, acumuladas durante anos, séculos e gerações de convívio e exercício prático e teórico, de tradições.

Daí a importância de se conceituar as máximas de experiência. Se o tempo permitiu sua utilização no processo, então é preciso determinar precisamente o que é uma máxima de experiência para não se confirmar o receio dos antepassados e para não ser ela aquilo que o juiz quer que seja. É justamente porque aqui a liberdade dada ao juiz corre o risco de se tornar um instrumento de arbitrariedade, é que este trabalho elegeu o conceito de máximas de experiência como um elemento que merece especial atenção, dando a ele o *status* de problema a ser discutido, voltando para ele gestões de esforços para sua correta determinação. O juiz não poderá criar máximas de experiência, e nem tampouco usá-las arbitrariamente. Elas o enquadram numa certa hermenêutica, aquela do bom senso, do juízo do razoável e do racional. Se assim não fosse a justiça

---

<sup>1</sup> Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e no comercial*, vol. I, São Paulo, Max Limonad, 1952, p. 164.

estaria em perigo. Talvez, poderiam ser associadas as regras de experiência (não identificadas nem confundidas) com a consciência jurídica material de Ross.

Apesar da sua importância, as máximas de experiência não têm recebido muito espaço no cenário científico do Direito nos últimos anos. Muito provavelmente a causa disso seja o que se tem entendido por máximas de experiência. E aí, a falta de uma abordagem que carregue a consciência da complexidade do tema proporciona certo desinteresse. É bem verdade que muitos escreveram sobre o tema, mas escreveram pouco. A partir da clássica obra de Stein, *“Das Private Wissen des Richters”* (O conhecimento privado do juiz), de 1893, alguns autores se ocuparam especificamente do tema, elaborando monografias. Alguns artigos publicados em prestigiosos periódicos internacionais também foram escritos. Mas coube essencialmente à manualística processual a lembrança do tema, muitas vezes tratado como uma norma vestigial dos Códigos de Processo.

Para uma adequada abordagem do conceito e as características essenciais das máximas de experiência pede-se espaço para também colacionar aqui os conceitos dos principais autores que trataram do tema. Tal reunião tem dois objetivos: o primeiro é o de difundir os conceitos elaborados, uma vez que cada um deles tem sua particularidade e um elemento novo que pode facilitar a compreensão do tema; e o segundo o de facilitar a pesquisa futura. Por tais motivos, optou-se também por catalogar os conceitos dos clássicos e da doutrina contemporânea, dos brasileiros e estrangeiros, com a finalidade de dar a esta pesquisa o efeito de ser exaustiva naquilo que se propôs a desenvolver.

O marco principal deste tema é a obra de Friedrich Stein, de 1893, que deu às máximas de experiência um tratamento dogmático exclusivo, quando foram abordadas como categoria autônoma. Além desta característica, a obra seguiu com rigor uma precisão metodológica que lhe dá certa atualidade, muito embora tenham passado quase cento e vinte anos desde sua primeira edição. Como todo o desenvolvimento doutrinário subsequente adotou por referência o conceito de Stein, nada mais correto que dar início à tarefa deste tópico com a sua doutrina.

Segundo Stein, as máximas de experiência são juízos hipotéticos gerais, independentes dos casos concretos julgados no processo, que procedem da experiência e pretendem ter validade geral para outros casos. Resultam

indutivamente da observação de casos particulares, mas deles são independentes.<sup>2</sup> Coube também a Stein a designação dada a tais juízos gerais: “*Erfahrungssätze*”, termo este que foi traduzido para as línguas latinas como “máximas” ou “regras de experiência”. Fitting, porém, preferia denominar de “regras da vida” (*Lebensregel*), mas deve-se preferir a expressão “regras (ou máximas) da experiência” porque esta já denota a gênese destes postulados: a experiência<sup>3</sup>, ou seja, a tradição.

Desse importante conceito exposto pode-se inferir a seguinte caracterização das máximas de experiência:

- Sua gênese decorre da observação de casos particulares, muito embora sejam independentes dos casos concretos.<sup>4</sup> As regras de experiência são independentes do caso concreto porque preexistem a ele como premissa maior, uma vez que se encontra na consciência humana, desenvolvida a partir da vivência do ser humano (o que se pode designar de *experiência*)<sup>5,6</sup>;
- Constituem regras gerais e abstratas. Disso resulta que: a) não são declarações sobre acontecimentos individuais; b) não são declarações de

---

<sup>2</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, 2ª ed., Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 22: “Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”.

<sup>3</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., pp. 15-16.

<sup>4</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., p. 23.

<sup>5</sup> Erich Döhring, *La prueba*, Buenos Aires, Valletta, 2003, p. 265, apresenta com muita clareza a base vivencial que constitui as máximas de experiência, indicando os elementos que compõe a objetividade do conceito: “La regla de experiencia parte de vivencias iguales o similares, habidas, no en ocasión del caso que se está investigando, sino anteriormente. En parte se tratará de un vivenciar personalísimo que el juzgador en cuestión tiene aún en mayor o menor medida presente. En parte, el saber experiencial se apoyará en una vivencia colectiva de todo el pueblo o de comunidades menores, que tanto en el operante como em muchas otras personas se habrá condensado en determinados conocimientos. El operante utiliza lo aprendido en sucesos anteriores para sacar deducciones sobre la configuración fáctica del caso en estudio, aún no esclarecido”.

<sup>6</sup> Como explica Adroaldo Furtado Fabrício, Fatos notórios e máximas de experiência, In *Revista Forense*, vol. 376, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 06, o método empregado é o indutivo, tal qual nas ciências naturais e físicas: “da observação de um conjunto de acontecimentos entre si iguais e da constância das conseqüências deles decorrentes, infere o cognoscente, do particular para o geral (caminho inverso ao do método dedutivo), que uma nova repetição do mesmo fato ou fenômeno há de produzir idênticas repercussões. Assim, mesmo sem se conhecer todos os indivíduos nativos da África, pode-se afirmar que eles têm a pele negra; sem haver-se observado cada precipitação de chuva individualmente, pode-se garantir que chove menos na Região Nordeste do Brasil do que na Região Norte. E, dando-se um passo à frente no processo de generalização, chega-se a afirmar que uma pessoa de cor preta tem procedência ou ascendência africana, e que chove menos nas áreas geográficas com cobertura vegetal de menor densidade”.

juízos plurais sobre um conjunto de acontecimentos; e c) não são percebidas pelos sentidos, sendo adquiridas por transmissão, e não por percepção sensorial.<sup>7</sup>

De acordo com Stein, as máximas de experiência podem ser reduzidas a duas formas fundamentais:

1. Podem ser *definições*, ou seja, juízos esclarecedores que decompõem palavra ou conceito em notas explicativas. Nesta categoria está incluído um pequeno número de máximas de experiência sobre o uso da linguagem. Esta linguagem pode ser geral (da comunidade), ou de um grupo humano de determinado lugar (dialeto), ou ainda de setores específicos da sociedade (comerciantes, determinados profissionais *etc.*); ou
2. São *teses hipotéticas*, isto é, expressam conseqüências esperadas para determinados pressupostos. A esta categoria pertence a grande massa de regras de experiência. Têm em comum o fato de repetirem como conseqüência os mesmos fenômenos. “É uma previsão a que podemos chegar simplesmente pelo caminho da indução, isto é, na medida em que partimos da experiência de que, em uma série de casos, condição e conseqüência, sujeito e predicado do juízo lógico, se encontram ligados de uma maneira determinada”.<sup>8,9,10</sup>

---

<sup>7</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., pp. 19 e 81. Escreve o autor que “Desde el punto de vista lógico se deduce como requisito de las máximas de la experiencia, en primer lugar, el factor negativo, consistente en que no pueden ser simples declaraciones sobre acontecimientos individuales, así como tampoco juicios plurales sobre una pluralidad de esos sucesos, obtenida mediante recuento. Por lo que respecta al contenido, tienen que estar en oposición a las declaraciones sobre los hechos del caso concreto, pues deben servir en la sentencia como premisas mayores de esos hechos u lógicamente, lo que conduce de un hecho a otro es siempre el puente del principio o regla general, del mismo modo que, al revés, para la fijación de un hecho a través de conclusiones, no basta con juicios generales, sino que se precisan también juicios particulares. Por lo tanto, las máximas de la experiencia no son nunca juicios sensoriales: no corresponden a ningún suceso concreto perceptible por los sentidos. De manera que no pueden nunca ser probadas por la mera comunicación de sensaciones” (p. 13). Mais adiante, reafirmando o dito anteriormente, escreve que “Las máximas de la experiencia no son objeto de nuestra percepción, sino que las adquirimos por transmisión y, por tanto, su conocimiento está libre de errores de percepción” (p. 81).

<sup>8</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., pp. 19-20. Essa é, inclusive, a perspectiva com que trabalha Mario Conte, *Le prove nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 39: “Quei criteri dalla comune esperienza ed in particolare derivati dalla constatazione di una pluralità di situazioni analoghe ed idonei a riprodursi in presenza di altre situazioni analoghe alla prima”.

<sup>9</sup> De acordo com Erich Döhring, *La prueba*, ob. cit., p. 265, “la regla de experiencia no es una simple conexión de acontecimientos vivenciados. Estos constituyen sólo el material del cual se deriva, por

A tese principal de Stein é a de no processo de aplicação do Direito existe outra premissa maior (*Obersatz*), de caráter fático, constituída pelas máximas de experiência. A atividade jurisdicional não é composta, portanto, apenas pela subsunção de uma *premissa menor de caráter fático (Thatsachenurteil)* a uma *premissa maior de caráter jurídico*, do que resulta a conclusão geral, qual seja, a *decisão (Ausspruch)*. Para o autor, frequentemente o juiz recorre a uma outra premissa maior, de índole fática, obtida de uma massa de conhecimentos não jurídicos: “El veredicto del juez es, indefectiblemente, una conclusión que se obtiene a partir de una premisa menor, consistente siempre en un juicio fáctico, y de una premisa mayor que o bien tiene carácter jurídico, o bien puramente fáctico”.<sup>11,12,13</sup> Em Stein, a ideia de máximas é bem clara. Mas há um problema,

---

abstracción, una regla. El investigador saca el resultado haciendo una síntesis de los eventos anteriores. Y así llega a formar una aserción que pretende ser válida en casos posteriores similares y de la cual pueden extraerse puntos de apoyo sobre cómo sucedió el hecho que se investiga. La fuerza de convicción de la regla de experiencia reposa en la expectativa de que las observaciones coincidentes hechas en situaciones similares serán nuevamente avaladas por los hechos”.

<sup>10</sup> Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 283, explica o funcionamento da indução que leva à formulação de uma regra de experiência: “As máximas de experiência são previsões às quais se pode chegar com auxílio da *indução*, na medida em que se parte da experiência do que ocorre normalmente (*id quod plerumque accidit*), sendo, por isso, um juízo baseado na *verossimilhança*. Parte-se, pois, da constatação do que acontece na maioria repetida dos casos, já que a causa e consequência, bem como o sujeito e o predicado, do juízo lógico estão constantemente ligados de uma determinada maneira”. Indica, posteriormente, a consequência prática de a ser a máxima um juízo baseado na *versossimilhança*: não depende de nenhum elemento de prova no processo e tampouco necessita da menção aos casos que lhe servem de fundamento, podendo, inclusive, serem conhecidas independentemente de terem sido percebidas pelas partes do processo (p. 284). Mais adiante explica que “as máximas de experiência, de um modo geral, tal como os fatos notórios, podem ser empregados *ex officio* (independentemente do requerimento das partes), porque são juízos formulados a partir do que comumente acontece, podendo ser formulados abstratamente por qualquer pessoa de cultura média, não acarretando prejuízo à garantia constitucional do contraditório, uma vez que o controle e a crítica já foram realizados fora do processo, já que são noções pertencentes ao *patrimônio comum da comunidade*” (p. 287).

<sup>11</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., pp. 13 e ss. Segundo João de Castro Mendes, *Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa, Ática, 1961, pp. 662-663, a caracterização dada por Stein faz com que as máximas de experiência sejam afirmações genéricas (e abstratas) de fato. São premissas maiores das presunções simples. A realidade concreta é primeiro analisada sob a influência das “regras da vida”, para posteriormente ser valorada juridicamente.

<sup>12</sup> Como destaca Andrés de la Oliva Santos, na Nota à segunda edição da tradução espanhola da obra de Stein, p. X, “Las máximas de la experiencia son elemento indispensable muchas veces para la subsunción y casi siempre para la valoración de la prueba, así como para diferenciar lo propio del testigo y la específica aportación del perito y para distinguir, nada más y nada menos, que las *cuestiones iuris* y las *quaestiones facti*, distinción tan extremadamente importante en materia de casación o, ahora, de recurso de amparo, en el que el Tribunal Constitucional ha de respetar los hechos fijados por los tribunales de justicia”.

<sup>13</sup> Essa forma de perceber as máximas de experiência tem uma repercussão prática interessante, que é apresentada por Alfredo Buzaid, *Estudos de direito*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 1972, pp. 194-195. Segundo o autor, as máximas de experiência se equiparam às normas jurídicas, e a

qual seja, o de relacioná-las demasiadamente aos casos particulares. Algumas delas – no entendimento que se pretende construir neste trabalho – não resultam diretamente de casos, mas sim da consciência popular, da cultura jurídica de um povo, o que é construído ao longo do tempo pela tradição.

Uma máxima de experiência não é um *juízo plural* sobre determinado acontecimento. Tal distinção é uma preocupação de Stein, e é relevante abordá-la aqui porque representa a discussão em torno da gênese da máxima de experiência. O *juízo plural* depende da repetição de uma mesma maneira de uma série de acontecimentos em uma determinada situação. Cita como exemplo o fato de A, B, C e mais vinte pessoas serem testemunhas, cujos depoimentos, conscientes ou não, foram dados a favor de um parente acusado. O fato de essas muitas pessoas terem se comportado dessa forma (depondo favoravelmente ao parente acusado) não é um indicativo de que todas as pessoas se comportarão dessa maneira. Apenas se alcança uma máxima de experiência com a expectativa de que as pessoas se comportarão de uma determinada maneira porque isto é o que ordinariamente acontece; em cada caso se comportaria assim, pois se trata de uma regra geral na qual se subsumem todos os casos que se encontram em idêntica situação. Veja o que ensina o autor:

“Pero la declaración de una experiencia sobre una pluralidad de casos está todavía lejos de ser una máxima de la experiencia apta para ser utilizada como premisa mayor. Con la apreciación de que A, B y C y veinte personas más se han comportado en una determinada situación de una determinada manera, como p. ej. los parientes del acusado que han testificado consciente o inconscientemente en su favor, no se logra de por sí absolutamente nada más que el ‘juicio plural’ sobre las veintitrés personas, y la misma expresión indeterminada de ese juicio: ‘muchos’ se han comportado así, no confiere al juicio ningún otro

---

repercussão prática disso é que sua violação constitui fundamento para o recurso extraordinário (hoje, o recurso especial): “As máximas de experiência servem para apreciação jurídica dos fatos, especialmente quando ela depende de juízo de valor; integram por isso as normas jurídicas sempre que estas reclamam um preceito da experiência do que ordinariamente ocorre. Assim, as máximas de experiência se tornam a própria norma jurídica. assemelhada à regra jurídica a máxima de experiência, esta ocupa, no silogismo da sentença, o lugar de premissa maior. Estabelecida, pois, a equiparação entre máxima de experiência e norma jurídica, daí resulta que a violação daquele pode constituir fundamento de recurso extraordinário”. A pergunta é: por que e como essa equiparação entre norma jurídica e máxima de experiência ocorre. Parece evidente que tal é possível porque as máximas de experiência são – além da sua função de guia na valoração da prova – um critério de integração do Direito (preenchimento de lacunas). O processo de integração do Direito toma por referência, então, os critérios do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e os artigos 127 e 335 do Código de Processo Civil.

carácter. Sólo cuando pensamos esos casos como aplicación de una regla y la establecemos como tal, únicamente cuando junto a cada uno de los casos observados, y por encima de ellos, hay algo independiente que nos permite esperar que los casos venideros, aún no observados, se producirán de la misma forma que los observados, sólo entonces alcanzamos el principio o máxima general de que ‘las personas’ que se encuentran en una determinada situación se conducen de una manera determinada. Cuando comprobamos que A se encontró, se encuentra o se encontraría en la situación antes determinada de tener que declarar como pariente del acusado, la premisa mayor obtenida nos conduce a estos puntos: debió comportarse, se comportará o se comportaría, en cada caso, de la misma manera. [...]. De esta génesis de las máximas de la experiencia se deduce que el caso concreto observado se convierte de inmediato en irrelevante cuando nos elevamos por encima del simple juicio plural y, además, que es indiferente, en cuanto a la esencia de las máximas de la experiencia, el número de observaciones que han sido necesarias para su formación”.<sup>14</sup>

É importante destacar que as máximas de experiência são apenas valores aproximados a respeito da verdade. Têm vigência na medida em que os novos casos observados não mostrem que a formulação da regra empregada até então era falsa.<sup>15</sup> Desta forma, como destaca Rosito, as máximas de experiência são apenas valores aproximados da realidade.<sup>16</sup> De igual modo, Tonini entende que as máximas geram um juízo de probabilidade, e não de certeza, quando não existe outra possibilidade de uma prova representativa válida. Delas decorrem um raciocínio pelo qual “em casos similares há um idêntico comportamento humano”.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., pp. 20-21.

<sup>15</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., p. 29: “Las máximas de la experiencia carecen también, como todas las proposiciones obtenidas mediante el audaz salto de la inducción, de aquella certeza lógica. No son más que valores aproximativos respecto de la verdad, y como tales, sólo tienen vigencia en la medida en que nuevos casos observados no muestren que la formulación de la regla empleada hasta entonces era falsa”.

<sup>16</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 78. Nesse sentido, escreve Lucas Pereira Baggio, O artigo 335 do Código de Processo Civil à luz da categoria das máximas de experiência, In Danilo Knijnik (Coord.), *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, pp. 185-186, que “as máximas de experiência originam-se, fundamentalmente, da observação do que ordinariamente acontece no mundo físico, derivadas de um procedimento que parte de fatos singulares à construção de uma regra geral referente a um determinado campo do conhecimento. Com elas não se pode alcançar uma certeza absoluta, apenas se concebe um valor cognitivo de probabilidade”.

<sup>17</sup> Paolo Tonini, *A prova no processo penal italiano*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 55: “A ‘máxima de experiência’ é uma regra que expressa aquilo que acontece na maioria dos casos (*id quod plerumque accidit*), ou seja, é uma regra extraída de casos similares. A experiência pode permitir a formulação de um juízo de relação entre fatos: existe uma relação quando se conclui que uma determinada categoria de fatos vem acompanhada de uma outra categoria de fatos. Com base

Pistolese, monografista do tema, repete em essência a definição de Stein. Segundo o autor italiano, as máximas de experiência são normas de valores gerais e independentes do caso particular, *obtidas da observação do que geralmente acontece em vários casos*. Por isto, terão aplicação em outros casos da mesma espécie. Destaca, ainda, que não são objeto de verificação no processo, mas que têm a função de servir de critério ou guia para a solução do caso concreto.<sup>18,19</sup>

Nesse conceito de Pistolese, a expressão “*essendo tratte dalla osservazione di quanto è generalmente avvenuto in molteplici casi*” indica uma importante característica das máximas de experiência que se pretende ressaltar neste trabalho. Decorrem das generalizações feitas a partir daquilo que ordinariamente acontece: *id quod plerumque accidit*. Isso parece indicar: a) *objetividade*: as máximas de experiência são evidências gerais, verificáveis pelo homem médio, ou seja, estão fora de qualquer esquema de subjetividade e arbitrariedade<sup>20</sup>; e b) *ordinariedade*: são fatos que acontecem comumente, isto é, não são excepcionalidades e, por isso, constituem o patrimônio cultural da comunidade. De acordo com Grasso, as máximas de experiência são aqueles fatos que entram na experiência comum, aquela consciência da realidade que, através da observação do *id quod plerumque accidit*, são adquiridas pela generalidade dos indivíduos, como regras naturais ou sociais.<sup>21</sup> São, como bem resume Pina, “los juicios

---

nesse princípio emerge o seguinte raciocínio: em casos similares há um idêntico comportamento humano. Este raciocínio permite apurar um fato histórico quando não há *certeza* absoluta, mas uma grande probabilidade. A máxima de experiência é uma ‘regra’ e, portanto, não pertence ao mundo dos fatos; gera um juízo de probabilidade e não de certeza. Todavia, não existe outra possibilidade de acerto quando não é disponível uma válida prova representativa”.

<sup>18</sup> Gennaro Roberto Pistolese, *La prova civile e le c. d. massime di esperienza*, Padova, CEDAM, 1935, p. 24: “Le massime di esperienza sono cioè delle norme do valore generale, indipendenti dal caso specifico, ma che però, essendo tratte dalla osservazione di quanto è generalmente avvenuto in molteplici casi, sono suscettibili di applicazione in tutti gli altri casi della stessa specie; esse non formano pertanto oggetto di accertamento, nel singolo processo, ma servono di criterio e di guida per la risoluzione del caso speciale”.

<sup>19</sup> Nesse mesmo sentido, Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1969, pp. 229-230: “son normas de valor general, independientes del caso específico, pero que, extraídas de cuanto generalmente en múltiples casos, pueden aplicar-se en todos los otros casos de la misma especie”.

<sup>20</sup> Segundo Gildo dos Santos, *A prova no processo civil*, citado por Alexandre de Alencar Barroso, *Valoração da prova civil*, Tese de Doutorado, FDUSP, 2002, p. 123, as máximas de experiência “são regras deduzidas de casos que ordinariamente sucedem na sociedade, regras essas aceitas por homens de cultura média e mente sadia, isto é, pelo homem comum que as conhece, entende e admite”.

<sup>21</sup> Eduardo Grasso, ao comentar o art. 115 do Código de Processo Civil italiano, In *Commentario del Codice di Procedura Civile*, libro primo, tomo secondo, Torino, Utet, 1973, p. 1308: “La locuzione è



adquiridos por razón de la general experiencia de la vida o de conocimientos técnicos especiales”.<sup>22</sup>

Esse conhecimento cultural do homem médio, nos dizeres de Amaral Santos, constitui uma “*opinião comum*” (*communis opinio*), ou seja, foi adquirido pela experiência prolongada e aprovado pela coletividade, e se origina de diversos setores do conhecimento e de fatos cotidianos. Ensina que:

“Com efeito, em cada esfera social, da mais letrada à mais humilde, há uma porção de conhecimentos que, tendo passado por uma experiência contínua e prolongada, ou, quando não, pelo crivo da crítica coletiva, fruto da ciência, da arte, da técnica ou dos fatos cotidianos, faz parte de sua *communis opinio*. É certo, por outro lado, que essa *communis opinio* pode variar, conforme o lugar, o tempo, o progresso da ciência ou da técnica, as transformações políticas, sociais, religiosas etc., mas não deixa de ser também certo que as afirmações nela fundadas, por qualquer membro da esfera social, em que se formou, adquirem autoridade que a afirmação individual não pode ter, porque aquela traz consigo e resulta da crítica e da apuração coletiva”.<sup>23</sup>

Espinosa Rodriguez oferece quatro ordens de definição das máximas de experiência: essencial, formal, causal e integral. Interessante abordar cada uma delas detalhada e separadamente.

A *definição essencial* apresenta pelo autor não destoia do que foi exposto por Stein anteriormente: as máximas de experiência são proposições, definições ou juízos de conteúdo geral, formulados abstratamente. Não são unicamente dados experimentais; estes são apenas um de seus elementos constitutivos, mas não integram sua essência total. Máxima é, em geral, regra ou proposição; é sentença,

---

meno lontana di quanto si pensi dall'evocare quelle conoscenze Della realtà che attraverso l'osservazione dell'*id quod plerumque accidit* sono acquisite dalla generalità degli individui, como regole naturali o sociale”. Como melhor explica Alexandre de Alencar Barroso, *Valoração da prova civil*, ob. cit., p. 122, as máximas de experiência são “as noções ou os conhecimento adquiridos pelo magistrado ao longo de sua experiência profissional, social e até pessoal, lastreados na observação de acontecimentos particulares, segundo o que ordinariamente acontece”.

<sup>22</sup> Rafael de Pina, *Tratado de las pruebas civiles*, 2ª ed., México, Porrúa, 1975, p. 52.

<sup>23</sup> Moacyr Amaral Santos, *Primeira linhas de direito processual civil*, vol. 2., 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 337. Explica, posteriormente, que o conhecimento das máximas de experiência “faz parte da cultura normal e própria de determinada esfera social, e o juiz, ao utilizá-lo, não funciona como testemunha que informa quanto a fatos, porque se vale de conhecimento que não é seu apenas, ou de umas poucas pessoas, mas de uma *coletividade*, da qual é intérprete, e de cuja exatidão os litigantes sempre estão em condições de fiscalizar” (p. 339).

axioma, aforismo que expressa breve e compendiosamente um princípio geral e que supõe um juízo acerca de seu conteúdo.<sup>24</sup>

A *definição formal* é apresentada após o autor discorrer sobre o objeto formal das máximas de experiência, quais sejam<sup>25</sup>:

- *Objeto formal estático*: são os fatos, situações ou pressupostos concretos cuja qualificação é submetida à discricionariedade do juiz. É o que ocorre, por exemplo, na compreensão do alcance de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados (boa ou má fé, dolo, culpa, verossimilhança *etc.*);
- *Objeto formal dinâmico*: a razão de ser das máximas de experiência é contribuir com eficácia para a formação da persuasão judicial, ou seja, diz respeito ao convencimento do juiz no caso concreto.

Com base na descrição dos objetos formais das regras de experiência, lança, então, a definição formal: máximas de experiência são “proposições ou juízos de conteúdo geral e abstrato que aplicados a certas situações ou pressupostos concretos, cuja qualificação ou apreciação dependa da discricionariedade do juiz, contribuem para formar sua persuasão ou convencimento”.<sup>26</sup>

Antes de oferecer a *definição causal*, Rodriguez se ocupa de apresentar as origens e fontes das máximas de experiência. De acordo com o autor, as regras são obtidas mediante indução, ou seja, a partir da conclusão extraída de uma série de percepções singulares e referentes a casos análogos (Stein). Suas origens estão, portanto, na observação corrente de uma pessoa de origem comum num determinado período, lugar e ambiente social. Prossegue dizendo que “as fontes de onde se induzem as máximas de experiência são todas aquelas realidades da

---

<sup>24</sup> Tulio Enrique Espinosa Rodriguez, *La valoración de la prueba en el proceso*, Bogotá, Temis, 1967, p. 29. Com base no conceito essencial, o autor elenca as principais condições ou requisitos das máximas de experiência, quais sejam: a) que tenham alcançado aquele caráter de generalidade, eliminando qualquer consideração particular; e b) que sejam suscetíveis de aplicação no caso controvertido, o qual supõe que o juiz tenha se apercebido plenamente de que o suposto concreto a que se pretende aplicar a máxima entra na categoria de acontecimentos que lhe deram origem (isto nada mais é do que o elemento substantivo apontado por Stein em sua caracterização). Nesse sentido, é atendendo a essas condições que os conhecimentos extrajudiciais ganham valor jurídico (pp. 37-38).

<sup>25</sup> Tulio Enrique Espinosa Rodriguez, *La valoración de la prueba en el proceso*, ob. cit., p. 29

<sup>26</sup> Tulio Enrique Espinosa Rodriguez, *La valoración de la prueba en el proceso*, ob. cit., p. 29.

vida que, como os acontecimentos das distintas atividades sociais e econômicas, constituem as fontes comuns do saber humano e das quais dimanam e se recorrem, em suma, os fatos evidentes, como o de não ter efeito sem causa ou o de que o calor dilata os corpos”.<sup>27</sup> Destas observações resulta a definição causal de máximas de experiência: “son las que se originan en la observación corriente del hombre de cultura media en un determinado período, lugar y ambiente social y que, extraídas mediante la inducción de las fuentes comunes del saber humano, requieren para su utilización en el juicio un razonamiento deductivo que evidencie su generalidad y aplicabilidad al supuesto concreto, como uno de los factores, el racional, de entre los que han de intervenir en el proceso de fijación del hecho por probar”.<sup>28</sup>

Por fim, lança a *definição integral* de máximas de experiência que é, na realidade, o conceito pessoal do autor. Trata-se de uma definição que abrange as anteriores e indica algumas conseqüências práticas da utilização das regras de experiência, bem como sua importância para o processo. Veja:

“las máximas de experiencia son elementos de apreciación de la prueba que consisten en proposiciones o juicios de contenido general y abstracto, cuyo conocimiento se origina fuera del proceso en la observación corriente de las personas de cultura común y que, aplicados a ciertas situaciones o supuestos concretos cuya calificación dependa de la crítica racional del juzgador, contribuyen a formar su persuasión o convencimiento sin que el raciocinio del tribunal, en cuanto a ellos se refiera, pueda ser vulnerado en casación”.<sup>29</sup>

A definição integral de Espinosa Rodriguez vem ao encontro da caracterização das máximas de experiência que este trabalho se propõe a fazer. Entretanto, ressalte-se que, como mais adiante se verá, as regras de experiência têm uma funcionalidade tríplice, não tendo por função, apenas, ser uma proposição que interfira na valoração da prova. Esta conclusão, no entanto, é a necessária complementação que esta pesquisa pode dar às teses dos juristas que dissertaram sobre o tema.

---

<sup>27</sup> Tulio Enrique Espinosa Rodriguez, *La valoración de la prueba en el proceso*, ob. cit., p. 37.

<sup>28</sup> Tulio Enrique Espinosa Rodriguez, *La valoración de la prueba en el proceso*, ob. cit., p. 41.

<sup>29</sup> Tulio Enrique Espinosa Rodriguez, *La valoración de la prueba en el proceso*, ob. cit., p. 44.

Taruffo, em estudo sobre o papel do senso comum, da experiência e da ciência no raciocínio do juiz, e partindo da definição clássica de Stein, escreve que “a máxima de experiência é um regra geral construída indutivamente com base na experiência relativa a determinados estados de coisas. Essa regra pode depois ser utilizada pelo juiz como critério para fundar seus raciocínios e, sendo uma regra *geral*, ela serve para este como premissa-maior dos silogismos mediante os quais articula seu raciocínio”. A máxima atua como premissa maior de uma ilação judicial, “a qual pode ser portadora da certeza lógica da dedução silogística, precisamente porque fundada em uma premissa fática de natureza geral”.<sup>30</sup>

Para Taruffo, a categorização das máximas de experiência manifestam uma tentativa de racionalização do senso comum utilizado no raciocínio judicial sobre os fatos.<sup>31</sup> Por um lado, entendia-se que o raciocínio do juiz não é regido por normas e nem determinado por critérios jurídicos. Mas, de outro, haviam incertezas e perigos

---

<sup>30</sup> Michele Taruffo, *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, In *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, vol. 02, n. 02, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, jul./dez. 2001, pp. 186 e 187-188.

<sup>31</sup> Michele Taruffo, *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, ob. cit., p. 186. Sobre o *senso comum* assim escreve o autor: “Em sentido geral, como é sabido, a noção de *senso comum* é tão difusa quanto indeterminada e imprecisa. Ela é extremamente difícil de definir, inclusive por suas numerosas conotações filosóficas, sociológicas e até mesmo antropológicas, de modo que não é possível elaborar uma sua definição com a pretensão a ser satisfatória. Pode-se no máximo esclarecer que aqui se fala de *senso comum* em uma acepção ampla e abrangente, capaz de incluir inclusive: a) as condições de base que na cultura de uma época definem o que se pode dizer e pensar e como isso pode ser pensado, ou seja, aquelas categorias fundamentais que Michel Foucault designou com o nome *episteme*; b) um conjunto de certo modo intermediário de noções mais específicas e contingentes, que no entanto habitualmente se exprimem na forma de *máximas* ou *regras* consideradas produzidas pela experiência comum (esse conjunto inclui ainda outros elementos também derivados da experiência e referentes tanto ao uso da linguagem – estruturas lingüísticas de uso corrente e significados consolidados – quanto à percepção e interpretação da realidade segundo esquemas ou modelos de situações ou de sucessões de eventos que a experiência comum faz considerar típicos de determinadas situações); c) finalmente – e esse é evidentemente o plano mais superficial – dados isolados do conhecimento que constituem boa parte do patrimônio cultural reputado próprio ao protótipo do *homem médio* em um certo lugar e contexto social, assim como em dado momento histórico (a propósito, falaria o jurista em *atos notórios*). Seria extremamente interessante analisar o raciocínio do juiz (ou, mais ainda, analisar os concretos raciocínios judiciais efetivamente existentes) com base em uma idéia complexa e estratificada de *senso comum* como essa que acaba de ser sugerida – mas essa análise requereria amplas divagações de sociologia e antropologia cultural, indo bem além dos limites das sumárias considerações que aqui estão sendo feitas” (pp. 174-175). Já a *experiência*, Taruffo descreve do seguinte modo: “Freqüentemente, alguns tentam atribuir um grau maior de racionalidade e credibilidade ao contexto a que se referem, invocando a *experiência*. Pressupõe-se por esse modo que existam noções *experimentadas* por muitas pessoas (fala-se muitas vezes em *experiência comum*), as quais seriam sedimentadas em uma espécie de patrimônio consolidado de conhecimentos, portador de um grau adequado de validade cognitiva. Mas como geralmente se faz uma simples remissão àquilo que as pessoas viventes em um dado contexto sócio-cultural acham que conhecem, o reclamo à experiência acaba por não aportar coisa alguma de relevante ou mais confiável que a pura e simples referência ao senso comum” (p. 181).

de subjetivismos quanto ao recurso ao senso comum e à experiência. Desse contexto destacam-se duas soluções: a primeira consistiu em racionalizar e conceitualizar o senso comum através das máximas de experiência; e a segunda exaltou o recurso à ciência na formação do raciocínio do juiz.<sup>32,33</sup>

Taruffo se apresenta como um crítico da categoria das máximas de experiência. Para ele, “o pensamento de Stein pressupõe a idéia de uma sociedade culturalmente homogênea, em que os campos ou setores individualizados da experiência produzem *dados* homogêneos ou uniformes, suscetíveis de serem recolhidos e interpretados segundo critérios comuns ou estáveis, chegando a produzir *leis gerais* que refletem a experiência”.<sup>34</sup> Dessa constatação resultam os seguintes problemas que interferem na confiabilidade da utilização das máximas de experiência como fundamento da valoração do caso concreto<sup>35</sup>:

- A sociedade contemporânea não é homogênea e tampouco articulada;
- A rejeição da categoria por parte de países com forte tradição jurídica, como França e os países de língua inglesa;
- O senso comum – sobre o qual se fundam as máximas da vida – é histórica e geograficamente variável, ou seja, não é universalmente válido e nem imutável (as mesmas críticas feitas pelo positivismo ao jusnaturalismo);

---

<sup>32</sup> Michele Taruffo, *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, ob. cit., pp. 171 e 186: “As incertezas que inevitavelmente caracterizam o genérico reclamo ao senso comum e à experiência, criando perigos de subjetivismos que chegam a ser extremos, como aqueles que acabam de ser referidos, não são novos e deram oportunidade, ainda que em épocas diversas e em diferentes contextos culturais, a duas destacadas tentativas de solução. A primeira delas foi no sentido de racionalizar e conceitualizar o senso comum através do conceito de *máxima de experiência*. A segunda consistiu em recorrer o máximo possível à ciência como contexto referencial do raciocínio judiciário. Essas duas linhas de pensamento não são alternativas (e até se sobrepõem em alguma medida), mas, ao contrário, revelam-se substancialmente diferentes, parecendo por isso oportuno examiná-las separadamente” (p. 186).

<sup>33</sup> Sobre o valor dado hoje à prova científica na formulação da convicção judicial, veja Carlos Alberto de Salles, *Transição paradigmática na prova processual civil*, In Araken de Assis [et al.] (Coords.), *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 911-921.

<sup>34</sup> Michele Taruffo, *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, ob. cit., p. 187. E continua: “Ele [Stein] não o disse expressamente, mas tem-se a impressão de que imaginou aquilo que nós entendemos por senso comum, como um repertório claro e coerente de regras gerais indutivamente construídas com base na experiência, repertório esse a que o juiz tem acesso quando sente a necessidade de noções não-jurídicas”.

<sup>35</sup> Michele Taruffo, *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, ob. cit., pp. 187-190.

- Apresentam elevado grau de incerteza;
- Nada pode ser aceito como verdadeiro ou moralmente aceitável porque muitas pessoas assim entendem;
- O recurso à ciência oferece maior confiabilidade.

Tais críticas, como se percebe, se fundamentam numa oposição à objetividade e efetividade da utilização das máximas de experiência na valoração judicial.<sup>36</sup> Todavia, esse receio deve ser afastado. Quanto à objetividade, muito embora a sociedade seja heterogênea, ela também é massificada: as relações sociais são cada vez mais dependentes umas das outras e justamente por isso as pessoas devem comungar, apesar de suas diferenças, de certos paradigmas comuns a todos, especialmente aqueles valores fundantes da vida em coletividade. Toda comunidade jurídica passa por um processo de transformação que se baseia na comunhão de uma experiência histórica.

Quanto à efetividade, a crítica não convém porque as máximas de experiência são aqueles fatores indicativos dos paradigmas sociais, e é preciso lembrar que o processo de aplicação do Direito deve atender à função social a que se submete e ao bem comum (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil). Além disso, como destaca Rosito, “é impossível valorar fatos e normas fora da experiência, até porque, enquanto fenômeno do pensamento, a lógica não é regulada por leis formais e jurídicas”.<sup>37</sup> O próprio Taruffo escreve que “o Direito não pode ser concebido como algo autônomo e destacado da realidade social e da cultura em cujo seio o juiz atua”.<sup>38</sup> Como disse Stein, “o processo não pode em nenhum momento ir além da sabedoria de seu tempo e de seu povo”.<sup>39</sup>

É bem verdade, entretanto, que as críticas feitas por Taruffo chamam a atenção para a necessidade de controle e limite da aplicação das máximas de experiência, para que não sejam elas instrumentos de arbitrariedade e imposição

---

<sup>36</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 90. Escreve Andréa Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., Napoli, Jovene, 2006, p. 414, que “Um fatto, quando è passato al vaglio della esperienza comune della generalità delle persone di un dato tempo e luogo, há súbito una spersonalizzazione e oggettivazione: di qui l’assenza di rischi di parzialità da parte del giudice e la libera utilizzabilità da parte sua del notorio”.

<sup>37</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 91.

<sup>38</sup> Michele Taruffo, *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, ob. cit., p. 172.

<sup>39</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., p. 30.

de convicções pessoais. Para tanto, o sistema deve estar preparado e oferecer mecanismos para esse controle, assunto que será melhor discutido no capítulo propício. Trata-se, na realidade, de avançar na objetivação, certeza e previsibilidade daquilo que se utiliza além da lei e o Direito positivo. Daí que o caminho a seguir deve ser pensar no que existe de mais tradicional, constante e racionalmente aceito.

Barbosa Moreira ensina que seria absurdo imaginar que o juiz, no exercício de sua judicatura, se despojasse das noções que apreendeu como homem, no seio da sociedade e cultura em que vive. Disso resultam as chamadas regras de experiência, que não são acontecimentos, mas “noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro”.<sup>40</sup>

Cambi conceitua as máximas de experiência como sendo “*critérios cognoscitivos* com base nos quais são efetuadas atividades probatórias lógico-racionais (deduções, ilações e inferências probatórias). São constituídas de todas as noções, regras, generalizações, *standards* e leis que podem abarcar desde noções científicas até generalizações empíricas, dados estatísticos e observações constatadas pelo senso comum, abrangendo uma esfera ampla e indefinida que inclui vários campos do saber (técnico, médico, econômico, psicológico, biológico, moral etc.)”.<sup>41,42</sup> Indica, ainda, como podem as máximas de experiência serem utilizadas no processo: a) como instrumentos de *apuração* dos fatos; e b) como

---

<sup>40</sup> José Carlos Barbosa Moreira, Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, In *Temas de direito processual – 2ª série*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 62.

<sup>41</sup> Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, ob. cit., p. 282.

<sup>42</sup> Luigi Paolo Comoglio, *Le prove civili*, 2ª ed., Torino, Utet, 2004, p. 215-216, também define as máximas de experiência a partir do papel que desempenham no juízo probatório: “Con essa si designa una porposizione empirica particolare, derivata per induzione della comune esperienza, di cui il giudice, attingendo legittimamente alla propria ‘scienza privata’, si serve *ex officio* sia nel ragionamento argomentativo inferenziale – tipico delle presunzioni semplici, identificabili quali ‘conseguenze’ che si tragono, secondo il criterio dell’*id quod plerumque accidit*, dalla comprovataesistenza di un ‘indizio’ o di un fatoo ‘noto’, per risalire alla sussistenza di un fatto ‘ignorato’ (artt. 2727 e 2729) – sia nella valutazione delle prove assunte od acquisite, in base al proprio libero apprezzamento (art. 116, 1º comma, c.p.c). Su queste regole razionali minime, a carattere induttivo e probabilistico, ricavate dall’esperienza, si fonda il discorso giustificativo, svolto dal giudice nel contesto del ‘giudizio di fatto’ – a sua volta, sindacabile in cassazione sotto il profilo del vizio di motivazione, ex art. 360, n. 5, c.p.c. – che lo porta, per il necessario tramite metodologico di tali regole, a pervenire dal ‘fatto probatorio’ ao ‘fatto accertato’”.

instrumentos de *subsunção* (qualificação jurídica dos fatos apurados).<sup>43</sup> Essa instrumentalidade das máximas de experiência apresentada pelo autor indica, inconscientemente, as bases da função processual tríplice das regras de experiência que será defendida nesse trabalho, adiante: função probatória (apuração); função interpretativa (subsunção); e função integrativa (subsunção). Não parece correto, como se demonstrará, defender que as máximas de experiência operam apenas para formular juízos probatórios.

Após definir e apresentar como são utilizadas as máximas de experiência, Cambi se ocupa, ainda, de caracterizá-las em seus aspectos fundamentais, quais sejam: a) são juízos hipotéticos e gerais, e justamente por isso se operam mediante subsunção, pois são “juízos *abstractos*, que são capazes de servir como *premissa maior* do raciocínio silogístico, porque dependem dos fatos concretos que se julgam no processo”; e b) proveem da experiência.<sup>44</sup>

Resta claro, então, que as máximas de experiência têm duas dimensões: uma individual e outra coletiva. A primeira tem como sujeito o juiz, enquanto a segunda a comunidade da qual ele faz parte. Ambas as dimensões se fundem no caso concreto, na aplicação do Direito, como limite e condicionantes entre si.

Rosito, após analisar detidamente o conceito de Stein, apresenta uma definição que não destoia do apresentado até agora: “as máximas de experiência constituem regras gerais construídas indutivamente com base na experiência relativa a determinados estados de coisas, independentemente de casos concretos, e representam a experiência da cultura média do homem”.<sup>45</sup>

Merece maior destaque, neste íterim, a conceituação e a caracterização feita das máximas de experiência feita por Cândido Rangel Dinamarco. Sem destoar do dito anteriormente, o autor apresenta elementos novos que servirão, neste trabalho, de referencial teórico. Dinamarco define as máximas de experiência – às quais ele designa também de presunções judiciais (*hominis*) – como as “ilações que o *juiz* extrai da ocorrência de certos fatos para concluir que outro fato tenha acontecido, com eficácia restrita a cada caso em que julga. Essas ilações

---

<sup>43</sup> Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, ob. cit., pp. 284-285.

<sup>44</sup> Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, ob. cit., pp. 285-286.

<sup>45</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 80.



são fruto de sua própria construção inteligente ou do alinhamento a outras anteriormente fixadas em casos precedentes pelos tribunais, com a constância suficiente para caracterizar determinadas *linhas jurisprudenciais*". E prossegue: "Atentos e sensíveis às realidades do mundo, eles [os juízes] têm o dever de captar pelos sentidos e desenvolver no intelecto o significado dos fatos que os circundam na vida ordinária, para traduzir em decisões sensatas aquilo que o homem comum sabe e os conhecimentos que certas técnicas elementares lhes transmitem. Na realidade da vida e às vezes no cotidiano, há fatos que ordinariamente se sucedem a outros, e tanto quanto o *homem da rua* (Calamandrei), o juiz não deve estar alheio a essa percepção nem decidir como se a vida não fosse assim – sob pena de transformar o processo em uma *técnica bem organizada para desconhecer o que todo mundo sabe* (Aliomar Baleeiro)".<sup>46</sup> Observe que Dinamarco centraliza o conceito das máximas na pessoa do juiz. Advertem, todavia, Nery Jr. e Andrade Nery, que muito embora sejam individuais, as referidas presunções judiciais representam o consenso geral, uma vez que são evidências e, como tal, fazem parte de uma determinada comunidade.<sup>47</sup>

A definição oferecida por Dinamarco permite, de plano, duas conclusões sobre as máximas de experiência que são essenciais à continuidade deste trabalho:

1. Quanto à natureza jurídica, as máximas de experiência pertencem ao grupo das *presunções*, característica esta que será melhor abordada adiante; e
2. São expressões da cultura dos juízes como intérpretes dos valores e da experiência acumulada pela sociedade em que vivem. Isso vem derrubar o mito da proibição ao juiz de utilização de seu conhecimento privado na formulação da convicção da qual resultará uma decisão. Como destaca Rosito, "o surgimento das máximas de experiência vai representar um importante avanço para abrandar as limitações que o juiz enfrentava em um

---

<sup>46</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 121 e 122.

<sup>47</sup> Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 9ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 536.

processo essencialmente privado, no qual as partes mantinham amplo controle das iniciativas, sobretudo de natureza probatória”.<sup>48</sup>

Ante o exposto, está claro que as máximas de experiência são as noções extralegais e extrajudiciais do juiz, fruto de sua cultura e colhidas de seus conhecimentos sociais e científicos ou práticos, dos mais aperfeiçoados aos mais rudimentares. Esses conhecimentos não representam sua íntima convicção, mas fatores que surgem da vivência (experiência) coletiva e são apreensíveis pelo homem médio (*bonus pater familiæ*), adquirindo autoridade exatamente porque trazem consigo essa imagem do consenso geral. Às máximas de experiência deve ser dado três sentidos: 1) histórico-cultural, 2) subjetivo individual, e 3) de gênese popular ou bom senso. Nelas existe uma juridicidade e uma moralidade poucas vezes destacadas. De uma parte, as máximas devem ser relacionadas com a moral e sua continuidade natural e humana; de outra, as máximas devem ser relacionadas com a ordem juridicamente posta num certo contexto. São, em resumo, fatos, evidências e valores que fazem parte da cultura de uma determinada sociedade e que podem – e, por vezes, devem – ser aplicados pelo juiz para que seja dada a solução ao caso concreto mais apropriada e próxima da verdade e da justiça.

## **1.2. Natureza jurídica.**

Tema que se revelou o mais complexo no traço do perfil dogmático das máximas de experiência foi quanto à sua natureza jurídica, o que se deve a dois fatores: o primeiro é a ausência na doutrina de discussão profunda sobre o assunto; e o segundo diz respeito à dificuldade inerente ao objeto de estudo aqui desenvolvido de localizá-lo dentro de alguma categoria do sistema jurídico.

Entende-se por natureza jurídica, aqui, a essência, a função de um determinado instituto para o Direito; enfim, o que é determinado instituto para o Direito. É um trabalho de classificação, que decorre de um processo de categorização ou qualificação: enquadrar determinada figura ou instituto em certa categoria jurídica que ocupa espaço no ordenamento jurídico.

---

<sup>48</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 74.

Essa pesquisa revelou que quanto à natureza jurídica a doutrina das máximas de experiência parte de duas perspectivas básicas: a primeira diz respeito à relação entre as máximas de experiência e as presunções; e a segunda se refere à consideração das máximas de experiência como regras (premissas maiores fáticas, na acepção de Stein).

Para compreender a primeira corrente, faz-se necessário discorrer, preliminarmente, sobre o que seja *presunção*. De acordo com Dinamarco, a 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*. A experiência pessoal do homem e a cultura dos povos mostram que existem relações razoavelmente constantes entre a ocorrência de certos fatos e a de outros, o que permite formular juízos probabilísticos sempre que se tenha conhecimento daqueles. Daí porque o homem presume, apoiado na observação *daquilo que ordinariamente acontece*. O momento inicial desse processo psicológico é o conhecimento de um fato-base, ou *indício* revelador da presença de outro fato. Seu momento final, ou seu resultado, é a *aceitação de um outro fato, sem dele ter um conhecimento direto*”.<sup>49</sup>

As presunções podem ser de dois tipos, dependendo da autoridade que as institucionaliza: serão *legais (præsumptiones legis)* as presunções estabelecidas pelo legislador em normas jurídicas contidas no ordenamento jurídico; por outro lado, quando o juiz, desde que autorizado, presume determinado fato para proferir seu julgamento, estar-se-á diante de uma presunção judicial, também chamada de comum, simples ou do homem (*præsumptiones hominis*). As presunções legais são norma jurídicas de conteúdo geral e abstrato; as judiciais são ilações que o juiz faz no caso concreto. Constituem as chamadas *provas indiretas*.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, ob. cit., p. 113.

<sup>50</sup> Pode-se adotar, aqui, a definição de prova direta e indireta dada por Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, ob. cit., pp. 493-494: “As provas diretas fornecem ao juiz a idéia objetiva do fato probando: a testemunha narra o fato conforme viu ou ouviu; o perito descreve os acidentes do terreno, ou o estado de ruína do prédio; o devedor confessa a dívida; o documento representa o ato que por ele se constitui. Em todos esses casos o juiz, que é o destinatário da prova, tem a idéia dos fatos sem necessidade de qualquer dedução, pois lhe são apresentados objetivamente. Muitas vezes, entretanto, os sujeitos da prova, isto é, a pessoa que afirma, ou o documento ou a coisa que atestam, não se referem ao fato probando, mas a um outro fato que com aquele se relaciona, e de cujo conhecimento poder-se-á, através do raciocínio, chegar ao conhecimento do primeiro. Nesse caso, o juiz conhecerá o fato probando *indiretamente*. Tendo por ponto de partida o fato conhecido (fato auxiliar, fato base, *factum probatum*), caminha o juiz, por

Como explica Dinamarco, as presunções não são certezas absolutas; são juízos de probabilidade. No caso das *præsumptiones legis*, se o grau de probabilidade averiguado pelo legislador guardar maior proximidade com a certeza, a presunção será *absoluta* ou *juris et de jure*, cuja principal característica é a desconsideração de qualquer prova em contrária quanto ao fato presumido, de maneira a constituírem verdadeiras ficções jurídicas. De acordo com o autor, o legislador finge, faz de conta, que o fato presumido constitui uma realidade autêntica. Se, porém, a presunção criada pelo legislador apresenta um menor grau de probabilidade, ela é chamada de *relativa* ou *juris tantum*, e sua principal característica é que, embora dispense prova, pode ser negada se existir prova em contrário.<sup>51</sup>

Ocorre que, como visto, também o juiz está autorizado a fixar certas presunções (*præsumptiones hominis* ou presunções judiciais) para os casos submetidos à sua apreciação. Estas presunções também são relativas ou *juris tantum*, pois admitem que as partes provem o contrário toda vez que o juiz fundamenta sua decisão em tal raciocínio presuntivo.

As presunções judiciais são as “ilações que o juiz extrai da ocorrência de certos fatos para concluir que outro fato tenha acontecido, com eficácia restrita a cada caso em que julga”, fruto de sua atividade intelectual ou de sua vivência experiencial.<sup>52</sup> De acordo com Dinamarco, “as presunções judiciais são inseridas no sistema do processo civil pelo art. 335 do Código de Processo Civil, que manda o juiz a decidir segundo suas *máximas de experiência* – que são a expressão da cultura dos juízes como intérpretes dos valores e da experiência acumulada pela sociedade em que vivem”.<sup>53</sup> Veja, portanto, que o autor relaciona máximas de experiência com as presunções do homem, o que faz todo sentido. Abelha, por

---

via do raciocínio e guiado pela experiência, ao fato por provar (fato principal, *factum probandum*). A prova assim obtida se diz *indireta*, ou, na técnica de Carnelutti, *crítica*. Provas indiretas são as *presunções*”.

<sup>51</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, ob. cit., pp. 115-116 e 119. “Nenhuma presunção apóia-se em um juízo *absoluto* de certeza. Presumir significa apenas confiar razoavelmente na probabilidade de que se mantenha constante a relação entre o fato-base e o presumido, sendo essa probabilidade havida por suficiente para neutralizar maiores temores de erro”.

<sup>52</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, ob. cit., p. 121.

<sup>53</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, ob. cit., p. 122.

exemplo, ensina que a denominada presunção judicial constitui, na verdade, as máximas de experiência.<sup>54</sup>

Chiovenda define as presunções do homem (às quais ele também chama de *præsumptiones facti*) como “aquelas de que o juiz, como homem se utiliza no correr da lide para formar sua convicção, exatamente como faria qualquer raciocinador fora do processo. Quando, segundo a experiência que temos da ordem *normal* das coisas, um fato constitui causa ou efeito de outro, ou de outro se acompanha, nós, conhecida a existência de um dos dois, *presumimos* a existência do outro. A presunção equivale, pois, a uma convicção fundada sobre a ordem normal das coisas e que dura até prova em contrário”.<sup>55</sup>

De acordo com Covello, as principais características das presunções comuns são as seguintes<sup>56</sup>:

- Formam-se na consciência do juiz, a partir do desenvolvimento de um raciocínio visando a estabelecê-la;
- Não têm valor predeterminado, quer dizer, valem pelo seu poder de convicção, cujo valor é conferido pelo juiz no caso concreto;
- São ilimitadas e indeterminadas, assim como são inumeráveis os indícios.

A fonte da presunção *hominis* (na verdade, de qualquer presunção) é um fato conhecido e provado (*fato-base*), sobre o qual o juiz fundará seu raciocínio para chegar ao *factum probandum*, ou seja, o fato desconhecido e que se deseja

---

<sup>54</sup> Marcelo Abelha Rodrigues, *Elementos de direito processual civil*, vol. 1, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 328.

<sup>55</sup> Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, 3ª ed., Campinas, Bookseller, 2002, p. 165. Em sentido muito próximo, a definição de José Frederico Marques, *Manual de direito processual civil*, vol. II, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 1987, p. 252: “A presunção *hominis* é prova indireta, ou crítica, que se realiza mediante particular procedimento lógico baseado no *ex eo quod plerumque fit*, no qual o juiz extrai, de um fato conhecido e provado, a demonstração da existência de outro fato”. Assim, também, a definição de Sergio Carlos Covello, *A presunção em matéria civil*, São Paulo, Saraiva, 1983, p. 95: “As presunções comuns, ou judiciais, classicamente chamadas *hominis*, são aquelas que, nos autos do processo, o magistrado extrai de um fato conhecido para atingir um desconhecido, valendo-se de sua experiência a respeito do que ordinariamente acontece”. Então, como se percebe, a linha de orientação mestre da caracterização da presunção de fato é o *quod plerumque fit*, ou seja, como as coisas acontecem ordinariamente, a ordem natural das coisas. Como destaca Covello, “A *ordem natural das coisas* assume relevante importância na conceituação da presunção comum, já que esta, em nossa legislação, não se subordina a normas específicas e, assim, é passível de ser confundida com mera suspeita, ou com opinião pessoal, sem dúvida avessas ao direito” (p. 96).

<sup>56</sup> Sergio Carlos Covello, *A presunção em matéria civil*, ob. cit., p. 97.

provar. Aquele fato-base é chamado de *indício (factum probatum)*. Este, normalmente, resulta da inspeção feita pelo juiz no material probatório, ou pelo depoimento das testemunhas, ou ainda pelo comportamento das partes e pelos provas documentais.<sup>57</sup>

Amaral Santos bem explica a dinâmica das presunções, da qual podemos extrair o papel das máximas de experiência na formulação do raciocínio presuntivo. A presunção se forma a partir do raciocínio do juiz, como consequência que ele extrai do *factum probatum* (indício), tendo por referência aquilo que ordinariamente acontece (*quod plerumque fit*).<sup>58</sup> A presunção é a conclusão de um processo mental que subsume o indício (fato concreto, provado) em um conceito geral decorrente da experiência do que acontece ordinariamente, que nada mais é que uma *máxima de experiência*. Esse raciocínio é explicado da seguinte maneira pelo autor:

“O fato conhecido, o indício, provoca uma atividade mental, por via da qual poder-se-á chegar ao fato desconhecido, como causa ou efeito daquele. O resultado positivo dessa operação será uma *presunção*. Assim, a presunção compreende um processo lógico, ou seja, um raciocínio pelo qual da existência de um fato reconhecido como certo se deduz a existência do fato que se quer provar. A estrutura desse raciocínio é a do silogismo, no qual a *premissa menor* será o *fato conhecido* (fato base, fato auxiliar). A premissa maior será uma verdade mais geral do que a contida no fato auxiliar, isto é, compreenderá um conceito geral a que se chega pela experiência. Do fato conhecido – o valo, aberto num imóvel, por exemplo – se induz, pela observação de muitos outros valos, que estes, de ordinário, são feitos para estreimar imóveis confinantes. Eis um conceito geral, estabelecido pela observação e pela experiência. Assim, a premissa maior do silogismo, a qual necessariamente deverá abranger a idéia contida na menor, seja sob a forma de experiência, seja sob a forma de observação, ou ainda mesmo a de princípio científico. No exemplo citado, do fato particular do valo, estabeleceu-se, por experiência e

---

<sup>57</sup> Sergio Carlos Covello, *A presunção em matéria civil*, ob. cit., pp. 97 e 99. Aliás, como bem demonstra o autor, o indício ou fato-base é o principal critério de distinção entre as presunções legais e as comuns: na presunção legal, “o legislador aponta o indício e faz a conexão entre este e o fato desconhecido, de tal sorte que o raciocínio presuntivo já vem pronto, tal não ocorre na presunção comum, visto que nesta a apreciação dos indícios fica a cargo exclusivo do juiz, que tem liberdade de fazer ou não fazer ilações, conforme os indícios se lhe apresentem suficientes ou precários. Assim, na presunção comum, o indício assume proeminência como fonte geradora do convencimento” (p. 97).

<sup>58</sup> Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, ob. cit., p. 497.

observação, um conceito geral, uma regra de experiência: os valos, de ordinário, são abertos para estremar imóveis”.<sup>59</sup>

Veja, então, que as máximas de experiência não são presunções (ou seja, esta não é a sua natureza jurídica), posto que elas são o elemento geral do processo silogístico do qual a presunção é a conclusão. Por isso, Rosito, seguindo a orientação de Calamandrei, considera as máximas de experiência um *tertium genus* cuja função é a de vincular fatos e normas jurídicas: “a natureza das máximas de experiência consiste em uma regra, dado o seu caráter geral e abstrato, não se tratando de mero fato, tampouco de mera regra jurídica. Na verdade, trata-se de uma terceira categoria”.<sup>60</sup>

Perceba, então, a essência das máximas de experiência para o Direito: são premissas maiores fáticas – que representam regras gerais daquilo que ordinariamente acontece – para a formulação de raciocínios judiciais. Em matéria probatória, são a base geral para a formulação de presunções (*hominis*), cuja função é a de facilitar a prova; em se tratando de hermenêutica e integração jurídica, elas também são regras gerais que oferecem orientação para: preenchimento de lacunas da lei; interpretação do Direito de maneira a este atender à sua função social e ao bem comum (art. 5º da LICC); e determinação do alcance dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais. As máximas de experiência são para o Direito, então, *critérios* para a valoração do caso concreto (função probatória) ou para a valoração da norma jurídica (função metodológica). Quer dizer, são critérios para a correta aplicação do Direito, ou, em outras palavras, critérios para que o processo atinja sua finalidade precípua de dar a cada um o que é seu e promover a paz social. Com isso, o que se quer dizer é que a natureza das máximas de experiência não é outra senão a de serem *critérios orientadores da aplicação do Direito*. Também Calamandrei oferece bases para essa ampla compreensão deste objeto de estudo, como se verifica no trecho citado logo a seguir.

---

<sup>59</sup> Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, ob. cit., pp. 495-496. Ver também *Prova judiciária no cível e no comercial*, ob. cit., pp. 359 e ss.

<sup>60</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 83.

É bem verdade que a constatação acima poderia levar à indagação de que critérios orientadores não são uma categoria do ordenamento jurídico e que, portanto, não estaria ali determinada a natureza *jurídica* das máximas de experiência. Esse questionamento é correto. A conclusão a que se chega é um tanto quanto frustrante nesse sentido: as máximas de experiência não têm natureza jurídica plena pelo simples fato de não constituírem institutos *jurídicos*. Elas são algo externo ao Direito positivo (conhecimento *extra-oficial*) às quais sempre se deve recorrer ao aplicá-lo como garantia de que na aplicação da lei o juiz possua a maior gestão de esforços possíveis para promover o bem comum e a função social do Direito. É neste sentido que se deve compreender a advertência de Calamandrei de que as máximas de experiência constituiriam um *tertium genus* lógico: elas são a conexão entre o fato e norma, ou seja, a entre a *quæstio facti* e a *quæstio juris*. Parece, todavia, que isto pode ser entendido de uma forma mais ampla, como a ligação entre o Direito e a sociedade: o Direito regendo a sociedade, e a sociedade aceitando o Direito que promova a paz. A propósito, a própria idéia de Direito e dos preceitos jurídicos decorrem de uma máxima de experiência: aquilo que a sociedade entende por Direito e quer que seja o Direito. O trecho esclarecedor de Calamandrei é o seguinte:

“non bisogna dimenticare che delle massime di esperienza, di questo prezioso *tertium genus* logico che costituisce nella motivazione della sentenza il tessuto connettivo tra i fatti e le norme giuridiche, il giudice può servirsi in diversi momenti del suo ragionamento: esse possono servirgli a valutare i risultati delle prove o ad interpretare il significato di una dichiarazione di volontà emessa dalle parti, con efficacia ristretta entro l'ambito della *quæstio facti*: ovvero possono essere adoperate dal giudice come mezzo per interpretare il significato tecnico di certe espressioni della legge o per meglio stabilire le relazioni che passano tra la legge e il fatto, ed allora esse rientrano nel dominio della *quæstio juris*”.<sup>61</sup>

A necessidade de recorrer às máximas de experiência decorre de determinação do próprio Direito, como se depreende da análise do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil c/c arts. 126, 127 e 335 do Código de Processo Civil, o que será mais bem desenvolvido adiante.

---

<sup>61</sup> Piero Calamandrei, Massime di esperienza in cassazione. Rigetto del ricorso a favore del ricorrente, In *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. IV, parte II, Milano, CEDAM, 1927, p. 128.



### 1.3. Diferença entre máximas de experiência e fatos notórios.

Noção que em muito se aproxima daquela de máximas de experiência é a de *fato notório*. Contudo, é preciso estar atento a diferenças substanciais entre ambas as categorias que se refletem em repercussões práticas no cotidiano forense.

Na definição de Dinamarco, fato notório é aquele de conhecimento geral, o qual o juiz, logo, ordinariamente conhece.<sup>62</sup> De acordo com Rosito, a notoriedade é determinada pela possibilidade de o fato ser conhecido pela generalidade a partir dos meios normais de informação. Dessa forma, “são aqueles fatos da vida social, humana ou natural que, em determinadas condições de tempo e de lugar, são conhecidos ou passam a ser conhecidos por todos”.<sup>63</sup>

Justamente por se tratar de um conhecimento generalizado, os fatos notórios dispensam prova, a menos que exista dúvida, quando, então, haverá necessidade de provar.<sup>64,65</sup> Aliás, a propósito, assim trata da categoria o art. 334 do

---

<sup>62</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, ob. cit., p. 64.

<sup>63</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., pp. 91-92.

<sup>64</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, ob. cit., p. 64. Nesse sentido, a opinião de Florián, citado por Jorge L. Kielmanovich, *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 44-45, para quem a notoriedade não exonera em si mesma a prova dos fatos que acompanha, salvo quando não surjam discussões a seu respeito. O Superior Tribunal de Justiça assim decidiu no AgRg. no Ag. nº. 24.836/MG, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 13.04.1993, DJ 31.05.1993, p. 10670: "DIREITO DE FAMILIA. CASAMENTO RELIGIOSO. EFEITOS CIVIS. INTERDIÇÃO. CODIGO CIVIL, 183, XI. FATO NOTORIO. CPC, ART. 334-I. RECURSO DESPROVIDO. I - SE INEXISTENTE PROVA DA INCAPACIDADE MENTAL DO VARÃO A ÉPOCA DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO RELIGIOSO, VALIDOS OS EFEITOS CIVIS DECORRENTES DE POSTERIOR HABILITAÇÃO, MAXIME QUANDO INCONTESTE QUE A UNIÃO PERDUROU POR MAIS DE TRINTA ANOS. II - OS ATOS ANTERIORES A SENTENÇA DE INTERDIÇÃO SÃO APENAS ANULAVEIS, PODENDO SER INVALIDADOS DESDE QUE JUDICIALMENTE DEMONSTRADO, EM AÇÃO PROPRIA, O ESTADO DE INCAPACIDADE A ÉPOCA EM QUE PRATICADOS. III - NOTORIOS SÃO OS FATOS DE CONHECIMENTO GERAL INCONTESTE, A INDEPENDER DE PROVA". Assim, também, os seguintes acórdãos do STJ: REsp. nº. 85.422/RJ, 6ª T., Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 11.03.1996, DJ 30.09.1996, p. 36660, "RESP - DIREITO CIVIL - LOCAÇÃO - FIANÇA - A FIANÇA E GARANTIA FIDEJUSSORIA, ACESSORIA A RELAÇÃO 'EX LOCATO'. O DEVEDOR PRINCIPAL, QUANTO AO ALUGUER, E O INQUILINO. O FIADOR, DEVEDOR SECUNDARIO. TAIS VINCULOS, ENTRETANTO, INTERLIGAM-SE. O FIADOR, QUANDO ASSUME A OBRIGAÇÃO, TEM CIENCIA, EM PERIODO INFLACIONARIO, QUE O VALOR (FORMAL) DO ALUGUER VARIARA NO TEMPO. IMPOSSIVEL ALEGAR IGNORANCIA, OU FALTA DE ADESÃO SUBJETIVA AO FATO. OS FATOS NOTORIOS DISPENSAM PROVA. O FIADOR, POIS, COMPROMETE-SE A HONRAR O PAGAMENTO DO ALUGUER (SENTIDO MATERIAL). POUCO IMPORTA O 'QUANTUM' HAVER SIDO DEFINIDO JUDICIALMENTE. NÃO ESTARA, ENTRETANTO, OBRIGADO AOS ONUS DA SUCUMBENCIA, SE NÃO FOI CONVOCADO PARA A RELAÇÃO PROCESSUAL"; e AgRg no REsp 865.452/MG, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 21.11.2006., DJ 26.03.2007, p. 241, "Agravo regimental. Recurso especial. Preparo. Expediente forense e bancário. Fato notório. Contrato bancário. Juros

Código de Processo Civil brasileiro, aderindo aos brocardos romanos do *notoria non eget probatione e si factus est notorium, non eget testium depositiunibus declarari*:

"Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I – notórios;

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

III – admitidos, no processo, como incontroversos;

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

Fica claro, então, que o Direito processual brasileiro trata do fato notório como instituto que dispensa ou supre a prova.<sup>66</sup>

A Corte de Cassação italiana, em decisão de 1932, objeto de análise por parte de Allorio, assim define fato notório:

"Un fatto notorio può costituire prova in giudizio, ma solo quando si tratti di un fatto di cognizione comune, che qualunque giudice potrebbe conoscere, sia per la divulgazione di quel fatto, sia per la coltura ordinaria del magistrado, che presuppone la conoscenza di esso".<sup>67</sup>

---

remuneratórios. Comissão de permanência. Precedentes. 1. Tendo o recurso sido protocolado após o encerramento do expediente bancário, é possível que o recolhimento do preparo seja efetuado no dia útil subsequente. 2. O horário de funcionamento das agências lotéricas no Estado de Minas Gerais e a possibilidade de recebimento de guias expedidas pelo Poder Judiciário mineiro por essas mesmas agências não podem ser considerados fatos notórios, na medida em que não são fatos públicos, amplamente divulgados, e que, por isso, não devem ser conhecidos. 3. A decisão agravada, com respaldo em jurisprudência da Corte, decidiu pela não-limitação dos juros remuneratórios e pela legalidade da comissão de permanência, não tendo as razões recursais o condão de alterar posicionamento sumulado desta Corte. 4. Agravo regimental desprovido".

<sup>65</sup> Sobre os fatos notórios, veja Enrico Allorio, Osservazioni sul fatto notorio, In *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. XI, parte II, ano XII, Milano, CEDAM, 1934, pp. 03-17.

<sup>66</sup> Lorenzo Carnelli, *O fato notório*, Rio de Janeiro, José Konfino, 1957, p. 198.

<sup>67</sup> Corte di Cassazione del Regno, 12 dicembre 1932, Sez. 3ª, citada por Enrico Allorio, Osservazioni sul fatto notorio, ob. cit., p. 03. Posteriormente, o Codice di Procedura Civile de 1940 passou a disciplinar expressamente o tema, no art. 115: "Art. 115. (Disponibilità delle prove). Salvi i casi previsti dalla legge il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero. Può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza". De acordo com Mario Conte, *Le prove nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 35-36, a definição contida na 2ª *comma* do art. 115 do CPC italiano coloca o fato notório no âmbito das exceções ao princípio dispositivo do processo, de maneira que tais fatos não deverão ser provados pelas partes. Exatamente por esta razão, aponta o autor que os fatos notórios são submetidos a uma disciplina bastante rígida. Nesse

Dessa caracterização de notoriedade resulta polêmica sobre sua imutabilidade temporal e espacial, como bem adverte Kielmanovich, “pois o que hoje poderia ser notório em certo meio, talvez não o seja em outro ou não o foi em outros tempos”.<sup>68</sup> Por isso que os fatos notórios devem ser comuns a um determinado grupo, em determinado momento e espaço, como adverte Dinamarco: “a notoriedade pode não ser geral e universal, mas setorializada e portanto limitada – geograficamente, ou por categorias profissionais, ou por níveis culturais ou econômicos, ou entre os aficionados de determinado esporte ou certa religião etc. Nesses casos, dispensa-se a prova do fato relevante para a causa mas exige-se a da notoriedade, deslocando-se o foco das atividades probatórias para inserir a notoriedade do fato no objeto da prova”.<sup>69</sup>

---

sentido, aponta que a jurisprudência da Suprema Corte da Itália é recorrente em admitir o fato notório como aquele de tal grau de certeza, incontestável e involidável, conhecido pela generalidade e não apenas pela consciência singular do juiz (pp. 36-37). Como tal, aponta uma série de decisões da Corte de Cassação que são emblemáticas neste sentido: 1) *Cass. 19.04.2001, n. 5809, FI, 2001, I, 3653*: “Per aversi fatto notório occorre, in primo luogo, che si tratti di un fatto che si imponga all’osservazione ed alla percezione della collettività, di modo che questa possa compiere per suo conto la valutazione critica necessaria per riscontrarlo; il giudice ne constata l’esistenza e gli effetti, e lo valuta ai fini delle conseguenze giuridiche che ne derivano; in secondo luogo, occorre che si tratti di un fatto di comune conoscenza, perché appartiene alla cultura media della collettività, ivi stanziata, o perché le sue ripercussioni sono tanto ampie ed immediate che la collettività ne faccia esperienza comune anche in vista della sua incidenza sull’interesse pubblico che spinge ciascuno dei componenti della collettività stessa a conoscerlo”; 2) *Cass. 09.07.1999, n. 7181, GI, 2000, 649*: “Il fatto notorio deroga non soltanto al principio dispositivo ma anche a quello del contraddittorio, dando luogo a prove non fornite dalle parti e relative a fatti da esse non vagliati e controllati. Al giudice non resta che constatare gli effetti e valutarlo soltanto ai fini delle conseguenze giuridiche che ne derivano”; e 3) *Cass. 05.05.2000, n. 5680, MGC, 2000, 944*: “Va operata una netta distinzione tra il ‘noto’, conosciuto da pochi, ed il ‘notorio’, che, invece, è proprio di un’intera collettività”. Conclui, citando Monteleone, que “L’organo giudicante non utilizza una sua partiolare e soggettiva conoscenza per decidere la controversia, ma utilizza un dato di fatto che rientra nel patrimonio culturale e conoscitivo di un’intera collettività di persone”.

<sup>68</sup> Jorge L. Kielmanovich, *Teoría de la prueba y medios probatorios*, ob. cit., p. 44.

<sup>69</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, ob. cit., pp. 64-65. Nesse sentido, veja STF, HC 93871, 1ª T., Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 10.06.2008, DJe-142 DIVULG 31.07.2008 PUBLIC 01.08.2008: “DESAFORAMENTO: DÚVIDA FUNDADA SOBRE A PARCIALIDADE DOS JURADOS. MANIFESTAÇÃO FAVORÁVEL DE AMBAS AS PARTES E DO JUÍZO LOCAL NO SENTIDO DO DESAFORAMENTO, COM INDICAÇÃO DE FATO CONCRETO INDICATIVO DA PARCIALIDADE DOS JURADOS. ORDEM CONCEDIDA. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal, a definição dos fatos indicativos da necessidade de deslocamento para a realização do júri - desaforamento - dá-se segundo a apuração feita pelos que vivem no local. Não se faz mister a certeza da parcialidade que pode submeter os jurados, mas tão somente fundada dúvida quanto a tal ocorrência. 2. A circunstância de as partes e o Juízo local se manifestarem favoráveis ao desaforamento, apontando-se fato “notório” na comunidade local, apto a configurar dúvida fundada sobre a parcialidade dos jurados, justifica o desaforamento do processo (Código de Processo Penal, art. 424). 3. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Tribunal de Justiça pernambucano a definição da Comarca para onde o processo deverá ser desaforado”.

Segundo Carnelli as origens do notório estão naquilo que ele denomina de “ciência vulgar”, oposta à científica. Trata-se de um “saber ingênuo e espontâneo”, sedimentado na cultura, apresentando as seguintes características<sup>70</sup>:

- Refere-se apenas a fato real ou coisa, isto é, aquilo que tem existência no espaço;
- Não há reflexão por parte do sujeito, e nem crítica ou autocontrole;
- É conhecido pelo grupo social que vivencia aquele fato ou coisa.

Tratando do assunto, Stein percebe a existência de três categorias de fatos notórios, quais sejam<sup>71</sup>:

1. *Fatos notórios fora do processo*: são aqueles fatos generalizados, percebidos e divulgados entre a coletividade capazes de convencer o homem com certa experiência de vida. São os fatos da vida natural;<sup>72</sup>
2. *Fatos notórios para o tribunal*: são os fatos notórios conhecidos pelo juiz na condição de homem privado;
3. *Fatos notórios de conhecimento especificamente judicial*: é o conhecimento que tem o juiz no exercício de sua atividade judicante. São os fatos “judicialmente notórios”. Aponta Rosito, no entanto, a dificuldade de se admitir esses fatos notórios considerando a tênue linha que os distingue dos fatos que compõem o conhecimento pessoal do juiz.<sup>73</sup>

Em resumo, então, pode-se arrematar a definição de fato notório a partir do que escreve Monteleone:

“La definizione di notorio, como conoscenza di un fatto collettivamente acquisita da una comunità di persone (giudice compreso), rende anche ragione del perché in ordine ad esse non si ponga l’esigenza della prova. La rappresentazione processuale del fatto, che generalmente si ottiene per mezzo dell’esperienza probatorio, viene in questo caso surrogata dal giudizio di certezza insito nella notorietà

---

<sup>70</sup> Lorenzo Carnelli, *O fato notório*, ob. cit., p. 198.

<sup>71</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., pp. 133-156.

<sup>72</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., p. 133.

<sup>73</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 92.

dell'accadimento: non è dato dubitare di ciò che tutti sanno essere accaduto, tanto che rientra nella comune esperienza".<sup>74</sup>

Observando atentamente a definição de Monteleone, percebe-se uma aproximação entre os conceitos de fato notório e máximas de experiência, colocados como fatos que entram na experiência comum de uma coletividade. Tanto é assim que o Código processual italiano aborda os dois assuntos em um mesmo dispositivo (o art. 115, 2ª *comma*). Todavia, entre as categorias existem muitas diferenças, que doravante serão enumeradas.

A primeira delas encontra-se em Stein: enquanto as máximas de experiência constituem regras gerais que servem de premissa maior para o silogismo de presunções, os fatos notórios são fatos específicos que servem de premissa menor para a averiguação da existência de fatos singulares.<sup>75</sup> Esse é o entendimento, também, de Carnelli, para quem o notório é um fato ou um testemunho e não um juízo nem regra geral.<sup>76</sup>

Rosito aponta, ainda, outras três diferenças a partir do conteúdo, da extensão e da natureza daquelas categorias:

Quanto ao conteúdo, as máximas de experiência são relativas, consequência de seu elevado grau de abstração e generalização, condicionando-se a fatores temporais e espaciais da comunidade. Essa relatividade, no entanto, não está presente nos fatos notórios, pois eles não podem sofrer modificações e cancelamento, apesar de tal notoriedade estar vinculada a limites geográficos e

---

<sup>74</sup> Girolamo Monteleone, *Diritto processuale civile*, 3ª ed., Milano, CEDAM, 2002, p. 270, que, em tradução livre, pode ser expresso: "A definição de notório, como conhecimento de um fato adquirido coletivamente por uma comunidade de pessoas (incluindo os juízes), é também a razão pela qual não se coloca a necessidade de provas. A representação processual do fato, que geralmente é obtido por meio da prova, é, neste caso, substituída pelo juízo de certeza inerente no reconhecimento do que aconteceu: não há dúvida de que todos saibam o que aconteceu, porque está inserido na experiência comum".

<sup>75</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., pp. 07-16. Ver, também, Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 93, que assim escreve: "as máximas de experiência concernem a juízos abstratos, regras científicas, princípios que disciplinam alguns setores do pensamento humano, abstrações induzidas da experiência da vida e, portanto, constituem o resultado de um processo indutivo do qual o homem extrairá a regra para resolver problemas que sejam suscetíveis a tais juízos. Ao oposto, os fatos notórios constituem acontecimentos concretos, de caráter natural e humano, semelhantes em substâncias a todos os múltiplos acontecimentos que se realizam na vida".

<sup>76</sup> Lorenzo Carnelli, *O fato notório*, ob. cit., p. 199.

sociais.<sup>77</sup> Ou seja, as transformações sociais podem modificar o conteúdo das máximas de experiência, uma vez que estas são noções, ilações; já os fatos notórios, sendo fatos naturais testemunhados pela sociedade, não são modificáveis porque se apresentam como verdades.<sup>78</sup>

Quanto à extensão, o autor entende que as máximas de experiência são definições que integram o patrimônio cultural de um vasto grupo social, fruto da vivência humana. Os fatos notórios pertencem a um círculo social mais restrito, “representando a *communis opinio* sobre determinados acontecimentos da vida”.<sup>79</sup> Contudo, essa distinção não parece ser absoluta, pois nada impede que a recíproca seja verdadeira, e nem por isso haveria uma descaracterização dos institutos.

Por fim, no que se refere à natureza, Rosito leciona que as máximas de experiência, constituindo regras, ensejam o controle pelo juízo de cassação ou revisão, o que não se verifica no caso de fatos notórios.<sup>80,81</sup> É nesta última distinção que se encontra a principal repercussão prática da necessidade de diferenciação entre fatos notórios e máximas de experiência. Como o próprio autor em comentário adverte, embora alguns doutrinadores entendem a diferença aqui pretendida é possível apenas no plano teórico, e não no prático (a exemplo de Allorio e Calamandrei), na realidade a diferença no plano pragmático não só é possível, como necessária para determinar a abrangência do controle da aplicação desses institutos nas decisões judiciais: “as regras de experiência podem ser

---

<sup>77</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., pp. 92-93.

<sup>78</sup> Lorenzo Carnelli, *O fato notório*, ob. cit., p. 200, quanto a este aspecto, assim distingue as figuras: “O notório, ao invés, não provém de uma generalização semelhante. O juízo que representa não é, como nas máximas, universal ou geral; produto de juízos vários que reduzindo, pela análise e a crítica, as suas diferenças, chegam, afinal, a coincidir, é, qual já o afirmei, *comum*. Tal qual uma assembléia que consegue pôr-se de acôrdo, ou um grupo de testemunhas que discutindo, chega, afinal, à concordância, assim também a sociedade forja o notório mediante uma espécie de coparticipação assimiladora de saber e crença, conhecimento e fé relativamente à realidade de um fato ou de uma coisa”.

<sup>79</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 93.

<sup>80</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 93.

<sup>81</sup> Jorge L. Kielmanovich, *Teoría de la prueba y medios probatorios*, ob. cit., p. 46, também parte desta distinção: “Se distingue al *hecho notorio* de las ‘máximas de la experiencia’ sobre la base de que estas últimas no son hechos sino juicios o ‘principios generales extraídos de la observación del corriente comportamiento de los hombres’, o ‘elementos para la formación del criterio del juez’, y operan como sustrato para la elaboración de una presunción o como regla para la valoración de la eficacia de la prueba”.

revisáveis pelos tribunais superiores, com base na unidade do Direito, ao passo que os fatos notórios não o podem”.<sup>82</sup>

#### 1.4. Diferença entre máximas de experiência e presunções e indícios.

No tópico dedicado à discussão quanto à natureza jurídica das máximas de experiência foram traçadas as bases de sua distinção em relação às presunções e indícios. Na ocasião, ficou delimitado o seguinte:

- *Indícios*: são os fatos comprovados. O indício surge a partir de um raciocínio lógico pelo qual a existência de um determinado fato conhecido indica um outro, de alguma maneira. “O conhecimento de determinado fato pode ser induzido da verificação de um outro fato. Indício é este fato conhecido, que, por via de raciocínio, sugere o fato probando, do qual é causa ou efeito”.<sup>83</sup> Nesse sentido, o art. 239 do Código de Processo Penal: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. O indício é um fato que revela a presença de outro acontecimento. A importância da prova indiciária está na dificuldade de verificação ou ocorrência da prova de determinados fatos, bem como de fatos futuros, para as demandas de caráter preventivo.<sup>84</sup> É classificado como prova indireta, que é aquela que permite chegar ao fato a ser provado a partir de uma conclusão;
- *Máxima de experiência*: premissas gerais fáticas que decorrem da experiência vivencial do homem de cultura média, a partir da observação do que ordinariamente acontece;
- *Presunção*: a conclusão do processo silogístico de subsunção do indício em uma máxima de experiência. Trata-se de um mecanismo de inteligência do magistrado ao examinar as provas; diz respeito, portanto, ao raciocínio do

---

<sup>82</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 93.

<sup>83</sup> Fredie Didier Jr., *Direito processual civil*, vol. I, 5ª ed., Salvador, Juspodivm, 2005, p. 477. Nesse sentido, Sergio Carlos Covello, *A presunção em matéria civil*, ob. cit., pp. 115-116.

<sup>84</sup> Fredie Didier Jr., *Direito processual civil*, ob. cit., p. 478.

juiz, etapa do processo de valoração das provas. É um conhecimento adquirido.<sup>85</sup>

Daí a conclusão de Rosito, que bem demonstra a distinção entre esses elementos: “nas presunções simples, parte-se de enunciado factual diverso daquele que se pretende demonstrar, mas a ele vinculado por uma posterior relação lógico-semântica. O funcionamento dessa ilação probatória consiste justamente nas máximas de experiência, seja de caráter técnico ou científico, seja de caráter comum (*id quod plerumque accidit*), as quais permitem a passagem lógica de um a outro enunciado de fato, à medida que a atividade de pensamento não se desenvolve desordenadamente. O fato conhecido (indício) se relaciona à regra geral (máxima de experiência). Com ambos, chega-se ao resultado deste processo lógico, isto é, ao fato desconhecido (presunção), como causa ou efeito”.<sup>86</sup>

### **1.5. As máximas de experiência no Direito Comparado.**

As máximas de experiência exercem um importante papel na aplicação do Direito, interferindo na formulação da convicção do juiz, na interpretação da norma jurídica e na integração de lacunas contidas no sistema. Ocorre que, como visto, são conhecimentos ou valores que não estão consagrados no Direito escrito, mas que este admite sejam utilizadas. Tal possibilidade encontra-se expressa em alguns dispositivos legais em relação aos quais cabe uma reflexão. A seguir, serão tratadas as experiências legislativas sobre as regras de experiência no Direito brasileiro e no Direito estrangeiro.

Iniciando pelo Brasil, a possibilidade de aplicação das máximas de experiência encontra-se, dentre outros diplomas, no art. 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT):

---

<sup>85</sup> José Carlos Barbosa Moreira, *As presunções e a prova*, In *Temas de direito processual – primeira série*, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 59. Como assevera Sergio Carlos Covello, *A presunção em matéria civil*, ob. cit., pp. 116 e 119, indícios e presunções não são a mesma coisa, sendo que aqueles são as bases das presunções: “O indício, pois, é o ponto de partida, enquanto a presunção é o ponto de chegada”.

<sup>86</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 98. Assim, como conclui o autor, indício é o fato particular elemento de prova; presunção é “o resultado da avaliação da prova”; e máximas de experiência a ideia geral que permitirá, a partir do fato conhecido (indício), a conclusão indutiva sobre a existência do fato que se deseja provar (p. 98).



“Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar valor às regras de experiência comum ou técnicas”.<sup>87</sup>

Também o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/1990), no inciso VIII do art. 6º, possibilita a utilização das máximas de experiência para facilitar a defesa dos direitos do consumidor:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do

---

<sup>87</sup> Alguns exemplos de aplicação das máximas de experiência na Justiça do Trabalho podem ser encontrados nos seguintes julgados do Tribunal Superior do Trabalho (TST): 1) AIRR nº. 612/2007-055-03-40.3, 3ª T. Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, julgado em 22.04.2009. Neste julgado, o voto do Relator expressa que não configura julgamento *extra petita* o magistrado valer-se das máximas de experiência para tomar sua decisão; 2) AIRR nº. 217/1999-011-02-40.0, 1ª T., Rel. Juíza Convocada Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro, julgado em 02.05.2007: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. O Tribunal Regional estabeleceu seu entendimento por aplicação das máximas da experiência no sentido de que o trabalho de içar móveis e madeiras em apartamentos de edifícios em atividade exercida por pessoa física não apresenta os elementos de habitualidade e subordinação. Assim, não houve adoção da distribuição do ônus da prova e análise da matéria mediante os artigos 333 do CPC e 818 da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento”; 3) RR nº. 743717/2001.7, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, julgado em 27.09.2006: “PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO POR NEGATIVA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Em razão de se tratar de reclamação proposta em janeiro de 1996, com o primeiro Recurso de Revista julgado em 1999 e, portanto, transcorridos mais de dez anos de tramitação, urge analisar com cautela providências que importem em protelar ainda mais a solução final do processo. Acórdão recorrido em que o TRT se apóia na confissão ficta decorrente do desconhecimento da jornada de trabalho do Reclamante pelo preposto do Reclamado e nas máximas da experiência (o que ordinariamente ocorre nos Bancos na região da prestação dos serviços), houve a prestação de quatro horas extras diárias de segunda a sexta-feira; sem relevância os horários exatos de entrada e saída do Reclamante, pois cada um revela a mesma quantidade de horas extras. Prestação jurisdicional completada de forma razoável. Violações não configuradas. Impossibilidade de conhecimento por divergência ante a OJ 115 da SDI-1 do TST. Recurso de Revista não conhecido. [...]”; 4) RR nº. 357574/1997.3, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, julgado em 02.02.2000: “ÔNUS DE PROVA NO PROCESSO TRABALHISTA - Pelo princípio das ‘máximas de experiência’; (art. 335 do CPC), aplicável na inversão do ônus da prova, o ordinário é presumido, cabendo a prova do extraordinário ao réu. Invocação do princípio ontológico de Malatesta, em aplicação correta do art. 818 da CLT, c/c o art. 333 do CPC, observando-se as peculiaridades do processo trabalhista”; e 5) RR nº. 672641/2000.3, 5ª T., Rel. Min. Emmanoel Pereira, julgado em 01.10.2008: “HORAS EXTRAS. INTERVALO INTRAJORNADA. VALORAÇÃO DO DEPOIMENTO PESSOAL DO RECLAMANTE. MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA. Na apreciação do conjunto probatório, o julgador, percebendo não serem críveis as assertivas da parte e não as acolhendo, pode firmar-se no princípio da livre convicção motivada para estabelecer a verdade processual. Recurso de revista não conhecido”.

juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”.<sup>88</sup>

A Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº. 9.099/1990), no art. 5º, também permite a apreciação das provas a partir das regras da vida:

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

---

<sup>88</sup> Alguns julgados exemplificam a aplicação do art. 6º, VIII, do CDC no Superior Tribunal de Justiça (STJ): 1) REsp. nº. 332.869/RJ, 3ª. T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 24.06.2002, DJ 02/09/2002, p. 184: “Serviços de mecânica. Código de Defesa do Consumidor. Artigos 6º, VI, e 39, VI. Precedentes. 1. A inversão do ônus da prova, como já decidiu a Terceira Turma, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao 'critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências' (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da 'facilitação da defesa' dos direitos do consumidor." (REsp nº 122.505-SP, da minha relatoria, DJ de 24/8/98). 2. O art. 39, VI, do Código de Defesa do Consumidor determina que o serviço somente pode ser realizado com a expressa autorização do consumidor. Em consequência, não demonstrada a existência de tal autorização, é imprestável a cobrança, devido, apenas, o valor autorizado expressamente pelo consumidor. 3. Recurso especial conhecido e provido, em parte”. Este entendimento foi ratificado no AgRg nos EDcl no REsp. nº. 994.978/SP, 2ª. T., Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; e 2) REsp. nº. 140.097/SP, 4ª. T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 04.05.2000, DJ 11.09.2000, p. 252: "PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. DEFESA DOS INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISPENSA DE PRÉ-CONSTITUIÇÃO PELO MENOS HÁ UM ANO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE DA AÇÃO COLETIVA SUPERADA. Presente o interesse social pela dimensão do dano e sendo relevante o bem jurídico a ser protegido, como na hipótese, pode o juiz dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano da associação autora da ação de que trata o inciso III do parágrafo único do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, que cuida da defesa coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos. A regra contida no art. 6º/VII do Código de Defesa do Consumidor, que cogita da inversão do ônus da prova, tem a motivação de igualar as partes que ocupam posições não-isonômicas, sendo nitidamente posta a favor do consumidor, cujo acionamento fica a critério do juiz sempre que houver verossimilhança na alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência, por isso mesmo que exige do magistrado, quando de sua aplicação, uma aguçada sensibilidade quanto à realidade mais ampla onde está contido o objeto da prova cuja inversão vai operar-se. Hipótese em que a ré/recorrente está muito mais apta a provar que a nicotina não causa dependência que a autora/recorrida provar que ela causa. Ainda que possa a inicial ter confundido a ação que objetiva promover a defesa coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos, com a ação que tem por fito defender interesses pertinentes a pessoas já definidas e identificáveis, mediante a legitimação ordinária de certas entidades associativas para representarem judicialmente os seus filiados, na defesa de seus direitos, prevista no inciso XXI do seu art. 5º, da Constituição Federal, pode-se permitir o prosseguimento do feito desde que se perceba, como na hipótese, que o objetivo primordial é o de defender os direitos individuais homogêneos, uma vez que se deve extrair da inicial o que possa haver de maior utilidade, relevando certos deslizes formais que sejam periféricos para a compreensão da controvérsia, pois o processo judicial moderno, como já lembrava Couture, não é uma missa jurídica, de liturgia intocável. Ação proposta contra companhias fabricantes de cigarros. Recurso não conhecido".

Esses dispositivos demonstram que o sistema jurídico brasileiro reconhece o valor dos conhecimentos extra-autos ou extraprocessuais na formação da convicção do juiz quanto aos fatos. A partir desses fundamentos legais, o juiz encontra-se legitimado o saber cultural do meio social em que se encontra.

Mas é no Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 335, que prevê expressamente a possibilidade de utilização das máximas de experiência e como é se dá sua aplicação, que se deve se ater mais atentamente:

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

Diverge a doutrina nacional quanto às origens deste dispositivo, que não contém correspondente no Código de Processo Civil de 1939. Para uns – a exemplo de Barbosa Moreira e Kromberg<sup>89</sup> – a fonte do art. 335 do CPC/1973 teria sido o art. 115 do *Codice di Procedura Civile* italiano; para outros, como Pedro Batista Martins, a origem está no § 286 da Z.P.O. alemã.<sup>90</sup> Contudo, como destaca Fabrício e Barbosa Moreira, este em trabalho mais recente<sup>91</sup>, as origens estão no art. 78 do Código de Processo Civil do Vaticano. Parece que a segunda corrente tem mais razão, considerando a proximidade de redações entre os dispositivos vaticano e brasileiro, o que não existe em relação ao art. 115 da lei processual italiana. O art. 78 do *Codice di Procedura Civile dello Stato della Città del Vaticano* tem a seguinte redação:

“Il giudice, nei casi in cui non siano statuite norme giuridiche particolari per la deduzione del fatto da provare dal fatto percepito, applica le

---

<sup>89</sup> José Carlos Barbosa Moreira, Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, ob. cit., p. 61, e Heloisa Helena Monteiro Kromberg, *Das máximas de experiência*, dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1981, p. 20.

<sup>90</sup> Pedro Batista Martins, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3º vol., citado por Heloisa Helena Monteiro Kromberg, *Das máximas de experiência*, ob. cit., p. 19.

<sup>91</sup> Adroaldo Furtado Fabrício, Fatos notórios e máximas de experiência, ob. cit., pp. 05-06. A opinião reformulada de Barbosa Moreira, segundo Fabrício, encontra-se nos seguintes trabalhos de sua autoria: *Il Codice di Procedura Civile dello Stato della Città del Vaticano come fonte del diritto brasiliano*, in *Temas de direito processual – Quinta série*.

regole di esperienza comune, date dall'osservazione di quanto comunemente avviene, e le regole di esperienza tecnica, salva, in questo caso, la facoltà di cui all'art. 121".<sup>92</sup>

O Código de Processo Civil de 1939 não adotou regra semelhante à do art. 335 da lei processual de 1973. No entanto, como observa Kromberg, tendo o referido diploma adotado o princípio da livre apreciação da prova (art. 118), a aplicação das regras de experiência era incontestada, sendo aplicadas com base nos artigos 118 e 253 da lei.<sup>93</sup>

A doutrina muito critica a redação do art. 335 do CPC. Fidélis dos Santos, por exemplo, entende que o dispositivo “pecou por um defeito de linguagem”: referindo-se à prova, não poderia falar em “falta de normas jurídicas particulares”, uma vez que vigora o princípio do livre convencimento (art. 131). Dessa forma, a regra do art. 335 deve ser interpretada como sendo subsidiária, de maneira que o juiz deverá recorrer às máximas de experiência quando da “impossibilidade de se apreender a verdade real dos fatos”.<sup>94</sup>

Greco Filho entende que, estando dentro do capítulo referente às disposições gerais sobre prova, apesar de falar em “falta de normas jurídicas particulares”, o art. 335 não deve ser interpretado como variação da regra sobre aplicação da lei (art. 126 do CPC). Segundo expressa, a referência a “normas jurídicas particulares” não diz respeito às “normas que o juiz deve aplicar para dizer se o pedido do autor deve ser procedente ou improcedente, mas as normas sobre

---

<sup>92</sup> Em tradução livre: “O juiz, nos casos em que não estão estabelecidas normas jurídicas particulares para a dedução do fato a provar do fato percebido, aplica as regras de experiência comum, dadas pela observação do que comumente ocorre, e as regras da experiência técnica, salvo, neste caso, a faculdade do art. 121”. O referido art. 121 se refere à prova pericial.

<sup>93</sup> Heloisa Helena Monteiro Kromberg, *Das máximas de experiência*, ob. cit., pp. 16-17. Cita a autora alguns processualistas que defenderiam a aplicação das máximas de experiência apesar da omissão do CPC/1939: José Mendonça, *A prova civil*; Jorge Americano, *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, vol. I; Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo IV; e Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária*.

<sup>94</sup> Ernani Fidélis dos Santos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, tomo I, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 17. Próximo a esse entendimento, sem, contudo, dar uma interpretação restritiva do dispositivo, Orlando Soares, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 650: “Dispõe o art. 335 sobre a aplicação de regras de experiência comum e de experiência técnica, em matéria de procedimento não só relativas à coleta de provas, mas também no amplo sentido de busca da verdade jurídica, ressaltando, quanto aos aspectos técnicos, a realização de perícia, nos casos mais complexos”.

presunções legais e regras de prova legal”. De maneira que, “na falta destas, aplica-se a regra de experiência comum ou técnica”.<sup>95</sup>

Tanto é assim que, segundo o autor, mesmo não sendo regras jurídicas, um erro no que se refere às máximas de experiência equivale à violação da lei, pois se constitui parte da premissa maior do silogismo utilizado para formular a sentença. Conclui, com o que se deve concordar, que no Direito brasileiro “faltaria a ‘literalidade’ da lei para a ação rescisória com fundamento no art. 485, V, mas é possível interpretar-se que o dispositivo literalmente violado é o do art. 335”.<sup>96</sup>

Fabrício tem entendimento semelhante ao anterior: não havendo regras legais específicas sobre indícios e presunções que se apliquem ao caso concreto, as máximas de experiência serão consideradas para a avaliação da prova ou mais diretamente no próprio convencimento do juiz quanto aos fatos.<sup>97</sup> E prossegue:

“O artigo circunscreve-se, com exclusividade, ao âmbito do direito probatório, até porque sua localização o indica: o Código não está a cuidar, aí, da identificação da norma de subsunção, daquela que se aplica ao caso concreto em litígio, mas estritamente daquela que há de orientar a formação do convencimento do juiz no mesmo caso concreto. Assim não fosse, de resto, a norma seria inútil, pois o art. 126 cumpriria por inteiro a função correspondente ao outorgar faculdade mais ampla ao juiz”.<sup>98</sup>

Embora a interpretação que se deva fazer do art. 335 seja restritiva, não se deve dar às máximas de experiência um papel subsidiário no que se refere à aplicação do Direito. Por isso, as leituras anteriores devem ser feitas com bastante cuidado. Deveras, as máximas de experiência são aplicadas subsidiariamente quando, de fato, não existirem regras específicas sobre presunções e indícios, ou seja, sobre a apreciação da prova. Somente nesta hipótese as regras de experiência serão utilizadas como único fundamento para o juiz decidir a lide e formular a norma concreta. Todavia, esse sentido dado ao art. 335 não significa

---

<sup>95</sup> Vicente Graco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, vol. 2, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 198.

<sup>96</sup> Vicente Graco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, ob. cit., p. 198.

<sup>97</sup> Adroaldo Furtado Fabrício, *Fatos notórios e máximas de experiência*, ob. cit., p. 06.

<sup>98</sup> Adroaldo Furtado Fabrício, *Fatos notórios e máximas de experiência*, ob. cit., p. 06.

dizer que as máximas de experiência serão utilizadas de maneira subsidiária no processo de aplicação da norma jurídica e na apreciação dos fatos. Ao contrário: elas sempre poderão ser utilizadas como um fator a mais para o convencimento, para a busca da verdade do caso concreto e para a fundamentação da interpretação dada ao Direito, que deve buscar o bem comum (art. 5º da LICC).

Dessa maneira, em matéria probatória, a utilização das máximas de experiência como fundamento único da decisão a ser tomada será subsidiária, isto é, restrita às hipóteses em que faltar regras específicas sobre presunções legais e provas legais. Mas isso não importa em dizer que as regras da vida só poderão ser empregadas nestas hipóteses. Ao contrário: elas sempre se farão presentes, como fundamento, critério ou um fator a mais de apreciação dos fatos.<sup>99</sup>

Cabe, por fim, uma reflexão final à parte final do dispositivo, que dá preferência às provas periciais ou científicas em relação às máximas de experiência técnica. As razões para tanto são óbvias: segurança jurídica.

Taruffo demonstra o grau de objetividade e segurança progressivo que existe entre senso comum, regras de experiência e ciência para a formulação de uma decisão. Embora mais racionais que o senso comum, as máximas de experiência estão num nível de objetividade, segurança e racionalidade abaixo da ciência. Por esta razão, prima-se pela prova pericial (científica) em relação ao conhecimento cultural.<sup>100</sup> Esta preferência foi seguida pelo legislador de 1973 ao formular a ressalva do art. 335.<sup>101</sup> “O próprio texto legal (art. 335), ao admitir

Dessa forma, e em resumo, as máximas de experiência podem ser empregadas como fundamento único da decisão judicial quando:

- Faltar regras específicas sobre presunções legais e provas legais; e

---

<sup>99</sup> Neste sentido, Ernani Fidélis dos Santos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, ob. cit., p. 18, ao comentar o art. 335: “embora pareça ele restritivo, as regras da experiência comum sempre são empregadas para apreciação e avaliação de todas as provas, para que se alcance, ou pelo menos, dele mais se aproxime, a verdade real”. Ver, também, Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária*, ob. cit., pp. 381 e ss., e José Carlos Barbosa Moreira, *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*, ob. cit., pp. 61-72.

<sup>100</sup> Michele Taruffo, *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, ob. cit., pp. 171-204.

<sup>101</sup> Sobre o relevante papel da prova científica hoje, veja Carlos Alberto de Salles, *Transição paradigmática na prova processual civil*, ob. cit., pp. 911-921.

- Faltando regras específicas sobre presunções legais e provas legais, não for possível ou não se fizer necessária a prova pericial, porque se refere a um conhecimento técnico que não pertence ao conhecimento ordinário.

Feitas as considerações sobre o tema no Direito brasileiro, e analisada a correta interpretação que se deve dar ao art. 335 do CPC, passa-se, doravante, a elencar o tratamento das máximas de experiência em outros países.

Na Alemanha, a aplicação das máximas de experiência torna-se possível a partir das previsões dos §§ 286 e 291 da *Z.P.O. (Zivilprozessordnung)*, de 12.09.1950, que assim expressam:

“§ 286 Freie Beweiswürdigung.

(1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.

(2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden“.<sup>102</sup>

“§ 291 Offenkundige Tatsachen.

Tatsachen, die bei dem Gericht offenkundig sind, bedürfen keines Beweises“.<sup>103</sup>

Também a *Strafprozeßordnung (St.P.O.)*, que é a lei processual penal alemã, em seu § 244, 3ª cláusula, 2, aborda a questão da notoriedade:

“§ 244

Beweisaufnahme.

[...].

---

<sup>102</sup> Em tradução livre: “§ 286 – Livre apreciação das provas. (1) O tribunal, tendo em conta todos os elementos que proporcionaram as discussões orais sobre o negócio e os resultados da prova executados, resolverá segundo sua livre convicção acerca de se ter por verdadeira ou não cada alegação de fato das partes. Na sentença se indicarão todos os fundamentos e motivos da convicção do tribunal. (2) O tribunal não estará sujeito a regras legais sobre a prova mais que nos casos assinalados nesta lei”.

<sup>103</sup> Também em tradução livre: “§ 291 – Fatos notórios. Os fatos óbvios ao tribunal não requerem prova”.

(3) Ein Beweisantrag ist abzulehnen, wenn die Erhebung des Beweises unzulässig ist. Im Übrigen darf ein Beweisantrag nur abgelehnt werden, wenn eine Beweiserhebung wegen Offenkundigkeit überflüssig ist, wenn die Tatsache, die bewiesen werden soll, für die Entscheidung ohne Bedeutung oder schon erwiesen ist, wenn das Beweismittel völlig ungeeignet oder wenn es unerreichbar ist, wenn der Antrag zum Zweck der Prozessverschleppung gestellt ist oder wenn eine erhebliche Behauptung, die zur Entlastung des Angeklagten bewiesen werden soll, so behandelt werden kann, als wäre die behauptete Tatsache wahr“.<sup>104</sup>

Em ambas as ordenanças processuais, declara-se supérfluo praticar uma prova quando existir média notoriedade. Trata-se, portanto, de uma exceção à proibição de utilização do saber privado do juiz.

Na Itália, o assunto é tratado na segunda *comma* do art. 115 do *Codice di Procedura Civile*, de 28.10.1940, que assim dispõe:

“Art. 115. (Disponibilità delle prove).

Salvi i casi previsti dalla legge il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero.

Può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza”.<sup>105</sup>

Em Espanha, a matéria é disciplinada no art. 386 da Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 01/2000, de 07.01.2000), que se refere expressamente às presunções judiciais ou humanas da seguinte maneira:

“Artículo 386. Presunciones judiciales.

---

<sup>104</sup> Tradução livre: “§ 244 – Das provas. [...]. (3) O pedido de prova será recusado se inadmissível a sua produção. Além disso, um pedido de prova só poderá ser recusado se quando aquela se mostrar desnecessária, se o fato a que se destina se revelar sem nenhum significado ou se já estiver provado, quando a prova for totalmente inadequada ou se for inatingível, se o pedido for feito com o objetivo de atrasar o processo, ou quando uma alegação de quitação do acusado a ser provada não puder ser tratada como se o alegado fosse verdade”.

<sup>105</sup> “Art. 115 (Disponibilidade das provas). Salvo os casos previstos em lei, o juiz deve fundamentar sua decisão nas provas propostas pelas partes ou pelo Ministério Público. Pode, todavia, sem necessidade de prova, fundamentar sua decisão nas noções de fato que entram na experiência comum”. Algumas decisões recentes aplicadas pelas Cortes de Justiça italianas são as seguintes: Cassazione Civile, sez. III, sentenza 18 aprile 2007, n. 9294, Cassazione Civile, sez. I, sentenza 16 aprile 2008, n. 10051 e Cassazione Civile, SS.U., sentenza 16 febbraio 2009, n. 3677.



1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior”.

Em Portugal, a referência às presunções do homem é feita pelo Código Civil (Decreto-Lei nº. 47.344, de 25.11.1966), nos artigos 349 e 351:

## “SECÇÃO II

### Presunções

ARTIGO 349º (Noção). Presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido.

[...]

ARTIGO 351º (Presunções judiciais). As presunções judiciais só são admitidas nos casos e termos em que é admitida a prova testemunhal”.

Para o processualista português Lebre de Freitas, a importância destes dispositivos está em permitir a fundamentação das decisões na busca de um juízo de probabilidade: “No âmbito do princípio da livre apreciação da prova, não é exigível que a convicção do julgador sobre a validade dos factos alegados pelas partes equivalha a uma absoluta certeza, raramente atingível pelo conhecimento humano. Basta-lhe assentar num juízo de suficiente *probabilidade* ou *verossimilhança*, que o necessário recurso às presunções judiciais (arts. 349 e 351 CC) por natureza implica, mas que não dispensa a máxima investigação para atingir, nesse juízo, o máximo de segurança”.<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> José Lebre de Freitas, *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra, 2006, p. 171.

Segundo ensina Taruffo, na França e na Inglaterra houve uma rejeição à possibilidade de se empregar as máximas de experiência como fundamento de decisões judiciais. Explica as razões de tal relutância:

“[...] o conceito de máxima de experiência é intrinsecamente discutível – e não foi por acaso que em várias culturas jurídicas ele não teve recepção, inclusive na Europa, como por exemplo na França e na cultura processual de língua inglesa. Essa rejeição delineou-se com apoio (implícito) em premissas filosóficas da metade do século XIX e na tradicional concepção da indução como instrumento para construir leis gerais partindo de uma série de dados empíricos específicos. Trata-se de concepções lógico-filosóficas que talvez fossem óbvias a um jurista alemão de *fin de siècle*, mas que hoje se mostram inevitavelmente como *naïves* substancialmente indignas de confiança pelo aspecto epistemológico”.<sup>107</sup>

Embora não previstas expressamente no Direito francês, a análise de alguns dispositivos do Code Civil e do Code de Procedure Civile, no entanto, permitem concluir que não seria defeso fundamentar uma decisão em máximas de experiência. Observe os seguintes dispositivos do Código Civil de 1804:

“Article 1349.

Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le Magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu”.

“Article 1353.

Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol”.<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> Michele Taruffo, Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz, ob. cit., p. 187.

<sup>108</sup> “Artigo 1349. Presunções são as conseqüências que a lei ou o magistrado retiram de um fato conhecido para um desconhecido”. “Artigo 1353. As presunções que não são estabelecidas por lei, são deixadas à luz e à prudência do magistrado, que não deve admitir presunções graves, ou quando a lei apenas permite a prova testemunhal, quando o ato não for impugnado por fraude ou engano”.

Parece que este último dispositivo, quando deixa ao magistrado a possibilidade de, a partir de sua prudência, estabelecer as presunções que não são estabelecidas pela lei, em muito se aproxima das leis nacionais analisadas anteriormente e que introduzem as máximas de experiência em seus sistemas jurídicos.<sup>109</sup>

Já no Código de Processo Civil, os seguintes dispositivos chamam a atenção:

“Article 9.

Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention”.

“Article 10.

Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles”.

“Article 11.

Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus. Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime”.<sup>110</sup>

Segundo Denti, em todos os ordenamentos é reconhecida ao juiz a possibilidade de recorrer de ofício às noções da experiência comum aplicáveis à valoração dos fatos. Essa possibilidade se manifesta em fórmulas e preceitos diversos. Na ciência processual alemã, o recurso às noções experienciais foi

---

<sup>109</sup> Nesse sentido, na doutrina francesa, há um exemplo, em matéria de execução fiscal, que consagra a possibilidade de aplicação das presunções fáticas, como aludido por Thierry Afschrift, *Traité de la preuve en droit fiscal*, Larcier, 1998, pp. 204 e ss.: “Attendu que, dans le cadre de la preuve par présomptions de l'homme, si le juge du fond dispose d'un pouvoir souverain quant à la pertinence des faits invoqués à titre de présomption, ainsi que dans l'appréciation du degré de gravité ou de précision nécessaire pour que le fait constitue une présomption, il est en revanche tenu de ne se fonder que sur des faits connus”.

<sup>110</sup> “Artigo 9. Cabe a cada parte provar, em conformidade com a lei, os elementos necessários para o sucesso da sua alegação”. “Artigo 10. O juiz tem o poder de ordenar oficiosamente todos os meios de instrução legalmente admissíveis”. “Artigo 11. As partes são obrigadas a colaborar na obtenção de provas, a menos que o juiz tome qualquer consequência de uma falha ou recusa. Se uma parte tem provas, o juiz pode, a pedido da outra parte, exigir-lhe para produzir, sob pena de sanção. Ele pode, a pedido de qualquer das partes, ordenar, se necessário, no mesmo período, a produção de todos os documentos na posse de terceiros”.

elaborado a partir do conceito de “regras ou máximas de experiência”; nos ordenamentos de *Common Law* deu-se a partir do desenvolvimento do princípio de *judicial notice*.<sup>111</sup> De acordo com Korn, refletindo sobre as *Uniform Rules of Evidence*, de 1953, pode-se definir o princípio de *judicial notice* da seguinte forma:

“specific facts and propositions of generalized knowledge which are capable of immediate and accurate determination by resort to easily accessible sources of indisputable accuracy”.<sup>112</sup>

Ou seja, fatos e proposições específicos de conhecimento generalizado e suscetíveis de determinação imediata e exata, mediante o recurso a fontes facilmente acessíveis de exatidão indiscutível.

Sobre a notoriedade judicial, assim escreve Fábrega P.:

“En el derecho sajón y angloamericano se excluye de necesidad de prueba una categoría de hechos, cuyo conocimiento tiene el juez por razón de su cargo, que consiste en su propia actuación a lo que ha sido objeto de su percepción oficial. Algunos autores denominan este fenómeno, quizás impropriamente, ‘notoriedad judicial’, que en realidad no constituyen subtipos de ‘los hechos de dominio público’ (Stein)”.<sup>113</sup>

É o *conhecimento judicial*.

*Judicial notice* é a permissão dada a um tribunal para reconhecer e aceitar a existência de um determinado fato conhecido vulgarmente por pessoas de inteligência média. Evita, assim, a produção de prova do fato pelas partes. Em resumo, o *mandatory judicial notice* significa que os fatos que constituem conhecimento comum não exigem prova das partes e podem ser utilizados para a tomada de decisão. É reconhecido na *Rule 201 of the Federal Rules of Evidence for U.S. District Courts and Magistrates*, assim previsto:

---

<sup>111</sup> Vittorio Denti, *Estudios de derecho probatorio*, Buenos Aires, EJE, 1974, pp. 277-278. Veja, também, do mesmo autor, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, ob. cit., pp. 421-423.

<sup>112</sup> H. Korn, *Law, Fact and Science in the Courts*, In *Columbia Law Review*, 66, 1966, p. 1088.

<sup>113</sup> Jorge Fábrega P., *Teoría general de la prueba*, 2 ed., Panamá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, p. 369.

"[a] judicially noticed fact must be one not subject to reasonable dispute in that it is either (1) generally known within the territorial jurisdiction of the trial court or (2) capable of accurate and ready determination by resort to sources whose accuracy cannot reasonably be questioned".

Observe-se, por fim, que o *judicial notice* se afasta da noção de máximas de experiência, mas aproxima daquela de fatos notórios. São os fatos notórios conhecidos pelo juiz em razão de suas funções judiciais, os quais as doutrinas continentais têm dificuldade em admitir por causa da tênue linha que os distingue do saber privado (pessoal) do juiz, cuja utilização fere latentemente o princípio dispositivo.<sup>114</sup>

---

<sup>114</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 93.

## CAPÍTULO 2

### O CONHECIMENTO PRIVADO DO JUIZ

Após a definição e caracterização das máximas de experiência, necessário se faz apresentar as transformações históricas ocorridas na ciência jurídica processual quanto ao seu tratamento, até chegar a sua aceitação como categoria autônoma. A abordagem dogmática das máximas de experiência teve início no final do século XIX a partir da obra de Stein. Todavia, sua origem é mais antiga que a data de 1893. Segundo Rosito, o conceito de máximas de experiência possui grande afinidade com as *maximæ propositiones* (regras gerais), de Pietro Abelardo.<sup>1</sup>

Doravante, como complemento das reflexões anteriores, será preciso discorrer sobre a possibilidade de o juiz utilizar e aplicar seu conhecimento privado na valoração do caso concreto. Esse é um tema de grande divergência doutrinária e que a ciência processual contemporânea ainda não foi capaz de resolver satisfatoriamente.<sup>2</sup>

#### 2.1. O conhecimento privado do juiz.

Visando dar uma repercussão prática para a ciência sobre essa questão, o presente trabalho pretende sistematizar o que vem sendo dito pelas diversas doutrinas sobre o assunto, para melhor compreender como pode (e deve!) o juiz utilizar os conhecimentos extra-autos (ou extraprocessuais, ou extrajudiciais) para a solução de problemas jurídicos. É bom frisar, mais uma vez, que as máximas de experiência constituem uma massa de conhecimentos e juízos extrajudiciais, isto é, estão fora dos autos (*extra actis*).<sup>3</sup> A este conhecimento não jurídico – chamado de

---

<sup>1</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 73.

<sup>2</sup> Como destaca Elicio de Cresci Sobrinho, Máximas de experiência, In *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 52, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 92, “Os processualistas têm insistido em afirmar que o juiz, regra geral, não pode fazer valer, no processo, seu *conhecimento privado*, pois não pode ser, ao mesmo tempo, juiz e testemunha [...]”.

<sup>3</sup> Nesse sentido, Adroaldo Furtado Fabrício, Fatos notórios e máximas de experiência, In *Revista Forense*, vol. 376, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 04: “Regras de experiência’ e ‘fatos notórios’ têm comum o pertencerem a uma categoria mais vasta, à qual a doutrina costuma referir-se como

*saber oficial* – a doutrina convencionou designar de *conhecimento privado do juiz* (*saber privado*), e sua utilização no processo, especificamente como fundamento para a dispensa de prova pericial e formulação da decisão, tem sido objeto de divergências ao longo dos anos na processualística. De acordo com Stein, quanto à possibilidade de utilização ou não do conhecimento privado pelo juiz, os juristas se dividem em três grandes grupos<sup>4</sup>:

1. O primeiro grupo parte de uma posição negativista, com fundamento no Direito comum alemão, e é defendida por juristas como Gönner e Wetzell. De acordo com essa teoria, “ao alcançar seu emprego, o juiz teria conseguido um certificado público de capacidade relativo somente ao conhecimento jurídico. Em outros campos, um conhecimento teórico especial não se lhe suporia e nem poderia provar mediante um título oficial, quando cresse possuí-lo. ‘Só é um profissional capacitado aquele que em sua arte é doutor ou mestre e foi aprovado em exames que o capacitam’”<sup>5</sup>;
2. A segunda concepção, que o próprio Stein diz ser mais concorde com as circunstâncias da realidade, e sustentada por autores como Planck, Fitting e Löwe, pretende distinguir o conhecimento técnico adquirido pelo juiz em razão de sua formação geral e sua experiência de vida – ao qual, parece, pertencem as máximas de experiência –, de outro tipo de saber, constituído de máximas que pertencem a campos científicos específicos, cujo conhecimento pelo juiz é fortuito. “A distinção se baseia em que o juiz possui os conhecimentos gerais enquanto juiz e os especiais enquanto pessoa privada”.<sup>6</sup> Esta será a linha de orientação seguida por este trabalho, como se verá mais adiante;

---

‘saber privado do juiz’, vale dizer, ciência dos fatos que ele não hauriu nos autos, mediante produção de provas na forma do processo legal”.

<sup>4</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, 2ª ed., Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 72-75. Nessa época de principiologia e valores nem cabe retomar a discussão sobre se o juiz deve ou não ir além do processo, das partes e da lei. O conhecimento privado do juiz não tem como ser medido nem detido. Bem sabemos que o juiz faz argumentações simuladas a partir de premissas que ele constrói para dar legalidade e legitimidade à sua decisão. Essa discussão, no contexto atual, está demasiado processualizada e carente de um tino filosófico. Fora disso será uma retórica teorizante.

<sup>5</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., pp. 72-73.

<sup>6</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., p. 73.

3. A terceira posição doutrinária é mais radical, reclamando para o juiz a “livre aplicação, em todos os casos, de seus conhecimentos específicos, sem necessidade de praticar a prova”. A propósito, essa corrente não faz distinção entre saber privado e saber oficial do juiz.<sup>7</sup> Todavia, como Stein mesmo acentua, esta corrente se subdivide em outros três posicionamentos, quais sejam<sup>8</sup>:

3.1. Alguns destacam que a lei não restringe o juiz, em nenhum momento, apenas ao conhecimento jurídico. Defendem, ainda, que os peritos não devem ser necessariamente examinados e aprovados, e que é contraditório impor ao juiz um meio auxiliar que não necessita (se tem o conhecimento, não precisa de perito para confirmá-lo);

3.2. Outros consideram a possibilidade de utilização do conhecimento privado como decorrência da livre valoração da prova;

3.3. Já para outro grupo, o juiz não está vinculado ao ditame pericial, considerando a liberdade de valoração do exame pericial concedida pelos §§ 377 e 83 das ordenanças processuais alemãs vigentes à época da primeira edição da obra de Stein.

A posição particular de Stein está mais de acordo com a terceira teoria, que radicaliza a utilização do conhecimento privado e não adere à distinção entre máximas de experiência e conhecimento teórico especial. Todavia, o autor critica todas as três subcorrentes compreendidas na terceira. Na análise que faz nas páginas seguintes à exposição aqui comentada<sup>9</sup>, Stein apresenta alguns pontos das ordenanças processuais alemãs que lhe permitem concluir que a proibição de utilização das máximas de experiência é uma exceção. O conhecimento privado do juiz pode sim ser utilizado no processo como decorrência de um princípio geral

---

<sup>7</sup> Para Elicio de Cresci Sobrinho, Máximas de experiência, ob. cit., p. 92, “seria difícilimo reconhecer a fronteira entre um conhecimento de natureza eminentemente particular e um de caráter *oficial*, e mesmo porque a ciência não poderia dizer onde um e outro se alojam, em compartimentos estanques (?), na mente do juiz. Daí por que julgamentos sem qualquer valor a teoria que procura radicalizar a questão”.

<sup>8</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., p. 74.

<sup>9</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., pp. 75-83.



pelo qual o juiz pode livremente utilizar seu conhecimento de máximas de experiência. Assim, o juiz poderá levar para o processo o seu conhecimento sobre os fatos, não aqueles fatos que constituem premissas menores que são conhecidos e delimitados pelas partes (que, parece, decorre daquilo que ele designa de *Verhandlungsmaxime*, ou máxima da contradição), mas aqueles fatos que constituem premissas maiores de um processo silogístico de valoração da situação concreta, ou seja, as máximas de experiência.<sup>10</sup>

À época da obra de Stein estava em auge o positivismo jurídico, em sua vertente ideológica, que impunha limitações à atuação do juiz no processo. Era a fase do processo essencialmente privado, cujo controle das iniciativas processuais, especialmente as probatórias, competia às partes. Além disso, ainda vigorava com muita força o princípio de origens canônicas pelo qual *quod non est in actis, non*

---

<sup>10</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., p. 85. Sobre a máxima de contradição (*Verhandlungsmaxime*) escreve o autor: “La llamada máxima de la contradicción entre partes puede separarse siempre de la libertad de disposición de las partes fuera del proceso, que algunos designan desafortunadamente como máxima de disposición (*Dispositionsmaxime*). En el proceso, hay que diferenciar radicalmente esa máxima de la forma contradictoria (*Verhandlungsform*), es decir, del mecanismo por el cual la reunión del material no es obra de un único órgano, el juez, sino de la actuación conjunta de una pluralidad de personas. La actividad de las partes se desenvuelve a partir de la esperanza, justificada por la experiencia, que el propio interés les impulsará a hacer todo lo posible para el esclarecimiento de la cuestión y basándose en que ‘el benéfico instrumento llamado juicio contradictorio’ garantiza la mejor y más completa iluminación del supuesto de hecho. [...]. Con esto, por tanto, todavía no hemos llegado a la máxima de la contradicción entre partes. De ésta no se puede hablar hasta que no se concede a la actividad de las partes el efecto de ser por sí sola determinante de la reunión del material, de modo que las partes sean las únicas responsables del resultado, es decir, cuando en el mejor de los casos el juez sólo es un consejero y colaborador, pero sin poder crear por sí mismo material procesal. Por esa razón no rige en el proceso penal, donde la inactividad de las llamadas partes motiva inmediatamente la actividad judicial de aportación de material, como prescribe el § 243, párrafo 3, en relación con § 220 etc., de St.P.O. Por eso la máxima de la contradicción vale como regla en el proceso civil, donde las partes crean mediante su aportación el supuesto de hecho necesario para el juicio (§ 284, Nr. 3 de C. P. O.), donde tienen que presentar exclusivamente las pruebas (§ 255, § 324, Nr. 3), donde sus peticiones determinan los límites de la actividad del juez (§ 279), y donde el principio de la carga de la prueba señala que la parte a quien favorecería jurídicamente la introducción de un hecho en el proceso debe tomar la iniciativa de esa introducción, cargando en caso contrario con la consecuencia de que dicho hecho no se tenga en cuenta. Pero tampoco aquí vale la máxima sola y sin excepciones. Así como se ha introducido la máxima por motivos de conveniencia, por los mismos motivos se ha encomendado al juez la tarea de apoyar a las partes en su iniciativa. A tenor del § 130 y según otros numerosos preceptos sobre el deber de pedir aclaración (*Aufklärungspflicht*), el juez resulta corresponsable del desenlace, aun cuando aquí no puede sustituir, sino sólo estimular, la iniciativa de las partes: todo el inquirir del juez por hechos y medios de prueba encalla en el ‘no quiero’ de la parte. Junto a ello, hay también algunos casos en que tiene derecho de inquisición (los §§ 581, 597), en los que puede utilizar sus conocimientos privados, tanto para sustituir las afirmaciones de la parte como para crear pruebas. Esta segunda facultad la tiene también en el § 402, párrafo 2, y a través del juramento judicial”.

*est in mundo* (aquilo que não está nos autos não está no mundo), que deu ao processo um caráter escrito, superando a forma oral.<sup>11</sup>

Kaufmann faz uma importante caracterização do positivismo legalista que muito bem se relaciona com a atividade processual do juiz no século XIX:

“O ‘positivismo jurídico-científico’, assim baptizado por Franz Wieacker, foi a reacção necessárias à arbitrariedade na jurisprudência suscitada pelo pensamento jusracionalista e à inaudita insegurança jurídica daí decorrente. Tais abusos fizeram-se notar em especial no direito penal. Quando o juiz não conseguia subsumir um caso numa previsão normativa (era esta a *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, abreviadamente designada por ‘Carolina’), decidia de acordo com o seu ‘juízo razoável’ e aplicava uma *pœna extraordinaria*. Acresce que não vigorava o caso julgado. O ilibado (em todo o caso, tratava-se apenas de uma ‘absolvição de instância’) podia, a todo tempo, voltar a ser levado a juízo. Em suma: a lei não valia nada. O século XIX trouxe a *vitória da ideia de lei*, já preparada pela nova concepção de Estado de Jean Bodin. [...] a *validade* de uma lei apenas depender da observação do procedimento legislativo formal, da existência de um autêntico acto de vontade do soberano (*ita ius esto!*), não do conteúdo da lei. A positividade torna-se a ‘natureza’ do direito. [...]. Feuerbach exigiu uma rígida vinculação da jurisprudência à lei, ou seja, *nulla poena sine lege* [...]. Também a doutrina da separação de poderes de Montesquieu desempenhou aqui um papel importante. Segundo o afirmado na sua obra *De l’esprit des lois*, ao poder judicial apenas cabe aplicar o direito, não lhe competindo completá-lo nem suprir as suas lacunas criativamente; a jurisprudência não poderia ser mais do que ‘la bouche qui prononce les paroles de la loi’. Feuerbach expressou-se de forma muito parecida. O juiz, dizia ele, deve estar vinculado às ‘rígidas, nuas letras da lei; a sua actividade não deve ser outra que não a de comparar o caso concreto com essas letras e, sem ter em conta o sentido e o espírito da lei, condenar, quando o som da palavra mandar condenar, ilibar, quando ele ordenar ilibar’.”<sup>12</sup>

A importância da sistematização das máximas de experiência como categoria autônoma é um passo essencial para amenizar o rigor das limitações

---

<sup>11</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 67.

<sup>12</sup> Arthur Kaufmann, A problemática da filosofia do direito do longo da história, In A. Kaufmann e W. Hassemer (Orgs.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria geral do direito contemporâneas*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 114-116. Perceba, pelo citado, que o positivismo jurídico se fundamenta em dois dogmas básicos: 1. O juiz não pode criar o direito; e 2. O juiz não pode denegar a justiça (inafastabilidade de atividade jurisdicional). Esses dois dogmas, de acordo com Kaufmann, pressupõem um terceiro, qual seja: a ordem jurídico-positiva é um todo fechado e completo. Desta pressuposição obtém-se outra: *a ausência de lacunas na lei* (p. 121). Todavia, essa ideia se mostrou insustentável ao longo dos anos, o que ensejou a mudança de paradigma que hoje permite conceber um papel mais ativo ao juiz no processo.

enfrentadas pelo juiz.<sup>13</sup> Rosito bem caracteriza esse período da história do pensamento jurídico e sua influência sobre o direito processual:

“Era um tempo em que predominava a racionalização iluminista, período marcado pela busca da sistematização e simplificação, visando alcançar a almejada segurança jurídica. A pretensão era criar um conjunto normativo, racionalmente deduzido, que contemplasse e disciplinasse todos os fatos possíveis da vida social, encadeados em normas simples, acessíveis a qualquer um do povo. Criou-se, assim, um sistema suficientemente fechado, à semelhança de conjuntos matemáticos. Então, adveio a codificação oitocentista, que deveria ser a expressão integral do Direito. Desse modo, a atividade judicial estava restrita ao puro silogismo, sendo caracterizada pela aplicação mecânica da regra geral posta pela lei ao caso particular em litígio. A norma legal interpretada seria a premissa maior de um silogismo em que os fatos do caso concreto seriam a premissa menor, e com elas obter-se-ia a decisão. O intérprete pouco poderia acrescentar, o que tornava o juiz um instrumento passivo da vontade legislativa. Pressupunha-se que decidir com base na lei era um modo de se ter certeza de que a vontade do povo seria cumprida. Cultuava-se, assim, o texto da lei, cuja interpretação devia estar fundada na intenção do legislador”.<sup>14</sup>

Esse momento do direito processual é bem caracterizado pela exacerbação do *princípio dispositivo* (também chamado de princípio da inércia ou da demanda).

O princípio dispositivo impõe que o início do processo e a definição dos limites da lide competem ao arbítrio do autor.<sup>15</sup> Para Cintra, Grinover e Dinamarco, “consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão: *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*”.<sup>16</sup> Dá à jurisdição a característica da *inércia*, pelo qual o juiz não pode agir *ex officio*. Para que este aja

---

<sup>13</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 74.

<sup>14</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 74.

<sup>15</sup> Flávio Cheim Jorge, *Teoria geral dos recursos cíveis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 219. E prossegue: “O conteúdo da atividade jurisdicional é fixado pela vontade do autor já na petição inicial, não podendo o Estado julgar ou mesmo apreciar qualquer pretensão diversa da desejada pelo autor”. O Código de Processo Civil brasileiro consagra o referido princípio nos artigos 2º e 128.

<sup>16</sup> Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 19ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 64.

será necessária a provocação das partes e da manifestação de suas pretensões.<sup>17</sup> “O princípio é de inegável sentido liberal, porque a cada um dos sujeitos envolvidos no conflito *sub judice* é que deve caber o primeiro e mais relevante juízo sobre a conveniência ou inconveniência de demonstrar a veracidade dos fatos alegados”.<sup>18</sup>

Ao dar a esse princípio um sentido absoluto, a doutrina atribuiu ao processo um aspecto essencialmente privado, pelo qual as partes mantinham controle sobre todas as iniciativas da demanda. O juiz ocupava um papel secundário no debate processual, cabendo-lhe, ao final, proceder à correta subsunção, quase que mecanicamente.

Nesse sentido, destaca Calamandrei que a proibição de o juiz utilizar suas informações privadas sobre os fatos da causa se depreende da tradicional máxima *secundum allegata et probata partium debet iudex judicare, non secundum suam conscientiam* (o juiz deve julgar de acordo com o que foi alegado e provado pelas partes, e não de acordo com a sua consciência). Desse princípio se decompõem duas proibições<sup>19</sup>:

1. *Secundum allegata decidere debet*: impede que o juiz amplie de ofício os limites da lide com outros fatos distintos dos suscitados pelas partes; e
2. *Secundum probata decidere debet*: proíbe a utilização pelo juiz de meios de prova diversos das requisitadas no processo para alcançar a verdade dos fatos alegados pelas partes.

Contudo, a partir da segunda metade do século XIX tem início a superação dessa postura restritiva imposta pelo princípio dispositivo, como bem destacam Cintra, Grinover e Dinamarco:

“Todavia, diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial. Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo

---

<sup>17</sup> Humberto Dalla Bernardina de Pinho, *Teoria geral do processo civil contemporâneo*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 43.

<sup>18</sup> Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, ob. cit., p. 64. E arrematam: “Acrescer excessivamente os poderes do juiz significaria, em última análise, atenuar a distinção entre processo dispositivo e processo inquisitivo”.

<sup>19</sup> Piero Calamandrei, *Per la definizione del fatto notorio*, citado por Rafael de Pina, *Tratado de las pruebas civiles*, 2ª ed., México, Porrúa, 1975, p. 100.

do direito público, e verificada a sua finalidade preponderantemente sócio-política, a função jurisdicional evidencia-se como um dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado. Assim, a partir do último quartel do século XIX, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando de espectador inerte à posição ativa, coube-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar provas, conhecer *ex officio* de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes, dialogar com elas, reprimir-lhes eventuais condutas irregulares etc. Dentro desses princípios, elaboraram-se os códigos processuais civis da Alemanha, da Itália, da Áustria, bem como os nossos, a partir de 1939”.<sup>20,21</sup>

---

<sup>20</sup> Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, ob. cit., p. 64. E concluem que “o processo civil, hoje, não é mais eminentemente dispositivo, como era outrora” (p. 66). Prova dessa mudança de paradigma é o debate que existe hoje em torno do chamado *princípio da cooperação processual*, que tem recebido grande prestígio na Alemanha, França e em Portugal. De acordo com Fredie Didier Jr., *Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*, 5ª ed., Salvador, JusPodivm, 2005, pp. 59-63, esse princípio da cooperação “orienta o magistrado a tomar uma posição de agente colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras. Essa participação não se resumiria à ampliação dos seus poderes instrutórios ou de efetivação das decisões judiciais (arts. 131 e 461, § 5º, CPC). O magistrado deveria adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como o produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio. Trata-se de princípio que informa e qualifica o contraditório. [...] gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar; c) dever de prevenir. O *dever de esclarecimento* ‘consiste no dever do tribunal de se esclarecer junto às partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo’, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas/apressadas. [...]. Não pode o magistrado decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitrada no processo, e por isso posta em contraditório, antes de decidir. Eis o *dever de consultar*. Trata-se de manifestação da garantia do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de tentar influenciar na solução da controvérsia. [...]. Tem o magistrado, ainda, o dever de apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas. Trata-se do chamado *dever de prevenção*. ‘O dever de prevenção tem âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo’. [...]”. Sobre a atuação do juiz, hoje, veja, também, Roberto Berizonce, Recientes tendencias en la posición del juez, In *Revista de Processo*, nº. 96, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

<sup>21</sup> É o que preconiza, também, Lídia Reis de Almeida Prado, *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*, 2ª ed., Campinas, Millennium, 2003, p. 12: “Levado às últimas conseqüências, o formalismo conduziu o Direito ao positivismo legalista da Escola da Exegese e permaneceu no normativismo da Escola de Viena w no pensamento neopositivista. A conseqüência desse modo de conceber o Direito foi o seu distanciamento da realidade (através da separação exagerada entre os mundos dos conceitos e o mundo dos fatos), de acordo com o ‘rincípio que via na sistematização dedutiva o ideal de toda a ciência. No presente, assistimos a uma alteração desse cenário. Reagindo contra a pretensão formalista de reduzir o raciocínio jurídico a uma simples aplicação dedutiva da lei ao fato, Luís Recaséns Siches, Theodor Viehweg, Michel Villey, Chaim Perelman e o chamado *Grupo de Bruxelas*, além de outros, preconizam um alargamento do campo da lógica jurídica para abranger outros processo de conhecimento que correspondem à vida real do Direito”.

Dessa mudança de paradigma resultará a adoção pelos sistemas processuais do princípio da livre investigação das provas, que guarda relação com as máximas de experiência. Mas, ainda sobre a mudança de paradigma em torno do princípio do dispositivo, Rosito escreve sobre a relação dessa nova concepção de juiz com as máximas de experiência:

“Assumi relevância a aplicação das máximas de experiência quando foi abrandada a rigorosa aplicação do princípio dispositivo através do qual, outrora, era vedado ao juiz servir-se de qualquer saber privado ao fim de sua decisão. Percebeu-se que, como o juiz, no processo de conhecimento, adota necessariamente noções empíricas de caráter geral para fundamentar sua decisão, a proibição irrestrita dessas noções gerais inviabilizaria a compreensão do *iter* lógico e argumentativo dessa decisão na reconstrução dos fatos relevantes. Assim, acabou sendo reconstruída, em sede doutrinária, a legitimidade do uso, por parte do juiz, daqueles juízos hipotéticos gerais derivados da experiência. Era o entendimento de que o juiz não pode fugir da lógica da objetividade, ao reviver o passado com base no presente, atento à normalidade das coisas e em conformidade com as leis do pensamento”.<sup>22</sup>

A importância do tratamento das máximas de experiência como categoria autônoma, nesse contexto que pretendeu dar ao juiz maior liberdade de atuação no debate processual, pode ser resumida em dois pontos:

1. *Reconhece que o juiz carrega consigo a cultura do meio popular em que se encontra (senso comum), e que este fator interfere na formulação de sua convicção e posterior decisão; e*
2. *Como conjunto de conhecimentos do homem médio, racionaliza o senso comum que inevitavelmente se aplica no processo, de maneira a evitar subjetivismo e arbitrariedade.*<sup>23</sup>

Essa contextualização histórica vem demonstrar a divergência que existe quanto à possibilidade de o juiz utilizar seu conhecimento privado (extra-autos), do qual decorre as máximas de experiência, na sua decisão.<sup>24</sup> Faz-se necessário, por

---

<sup>22</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 75.

<sup>23</sup> Esta última característica é apontada por Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., pp. 75-76.

<sup>24</sup> Lídia Reis de Almeida Prado, *O juiz e a emoção*, ob. cit., p. 13, comentando sobre o declínio do ideal legalista da exegese francesa, destaca que “Muitos autores ressaltam que a raiz desse novo

isso, melhor discorrer sobre o que consiste o conhecimento privado do juiz, tema tão debatido em matéria de direito probatório. Ou seja, qual a eficácia do conhecimento privado dos fatos pelo juiz em relação à decisão que será prolatada?

De acordo com Pina, as opiniões colhidas na doutrina e as legislações processuais são divididas. Destaca, ainda, que “a doutrina e a legislação mais recente negam eficácia ao conhecimento que dos fatos submetidos a prova possa ter o juiz privadamente, e, como consequência, sua utilização no julgamento”. A preocupação de Pina quanto a aceitar a eficácia do conhecimento privado do juiz para o esclarecimento dos fatos no processo é converter o juiz em uma testemunha privilegiada.<sup>25</sup> Apresentando sua opinião, o autor mexicano assim escreve:

“Nosotros hemos sostenido siempre la tesis de que el conocimiento privado del juez acerca de un hecho o de hechos determinados de influencia en el proceso (es decir, el conocimiento adquirido como particular y no como resultado de su actividad profesional en el caso concreto), no debe considerarse como elemento de convicción. La prueba se dirige al juez para proporcionarle, dentro del proceso, el conocimiento de los hechos objeto de prueba. Si alguno de estos hechos le es conocido privadamente, esta circunstancia le coloca, en cierto modo, en la situación de juez y testigo y lejos de facilitar su tarea de constituir un obstáculo para el ejercicio normal de su función”.<sup>26</sup>

---

*Logos* está na crítica, ocorrida no final do século XIX, às concepções que encaravam a sentença como um silogismo. Isso porque, contrariando o ideal da Escola de Exegese, é impossível a perfeita regulação normativa para a complexa vida social, razão pela qual inexistente uma regra jurídica adequada para cada circunstância concreta”.

<sup>25</sup> Rafael de Pina, *Tratado de las pruebas civiles*, ob. cit., pp. 98 e 99-100.

<sup>26</sup> Rafael de Pina, *Tratado de las pruebas civiles*, ob. cit., pp. 98-99. Essa mesma tese foi sustentada por Bonnier e citada pelo autor: “Los casos en que toma el juez conocimiento por sí mismo de los hechos que hay que probar deben ser limitados. Casi siempre, los hechos sobre que versa el litigio han ocurrido fuera del recinto en que aquel administra justicia, en cuyo caso no podrá sentenciar sino sobre la fe de otro, o guiándose por presunciones. Es verdad que puede muy bien haber sido testigo como hombre de los acontecimientos que está llamado a apreciar como juez; pero entonces ¿le es permitido decidirse según sus conocimientos personales, fuera de lo que le revelan los autos? A primera vista, se siente uno impulsado a adoptar la afirmativa. La verdad es una, diríase; y con tal de que tengamos la íntima convicción de haberla descubierto, poco importan los medios porque hemos adquirido esta convicción. Pero ¿puede el juez apreciar o pesar su propio testimonio? ¿Puede hacer abstracción, desprenderse de sí mismo, para sondear los móviles de interés, de afecto, de preocupaciones que habrán influido, sin saberlo, en sus opiniones sobre tal o cual hecho? Los más graves autores reconocen que, aun en el foro interno, está obligado el juez a dar su decisión, no según lo que sabe como hombre, sino, conforme a lo que ha sabido como juez” (p. 99).

Por outro lado, há na doutrina quem defenda a possibilidade de o juiz recorrer a informações extraprocessuais, às realidades da vida, considerando um absurdo essa proibição: “O juiz é uma pessoa que pertence a uma determinada coletividade e sobre o qual atua o ambiente. Como será possível deixá-lo na pura órbita do juízo, cortar os laços morais e intelectuais que, inevitavelmente, o ligam à sociedade? O conhecimento privado do juiz, enquanto potencialmente conhecido por todos, pode ser, em bom direito, dentro de certos limites, utilizado por ele mesmo”.<sup>27</sup> Como ensina Taruffo, é inegável que o juiz vá além do Direito.<sup>28</sup>

Comentando o pensamento de Llewellyn, autor do realismo jurídico norte-americano, fundado no psicologismo, Prado escreve que “a mente do juiz primeiro antecipa a decisão que considera justa (dentro da ordem jurídico-positiva) e depois procura a norma que pode servir de fundamento a essa solução, atribuindo aos fatos a qualificação apropriada. Percebe-se, por essa observação do autor, a admissão da existência, no processo decisório – sem excluir o prisma legal e o

---

<sup>27</sup> É a opinião de Florian, *Delle prove penali*, descrita por Rafael de Pina, *Tratado de las pruebas civiles*, ob. cit., p. 102. Igualmente, Alexandre Alencar Barroso, *Valoração da prova civil*, ob. cit., p. 124: enquanto ser humano, o juiz participa ativamente da vida em sociedade, observando diariamente como se desenvolvem as relações entre as pessoas dos mais variados níveis financeiros, sociais, profissionais, culturais e até pessoais. Também tem perfeitas condições de perceber os avanços da ciência, de maneira geral e os comportamentos baseados em fatores religiosos, políticos e econômicos. É ineludível que a magistratura integra a elite intelectual de qualquer país”. Elício de Cresci Sobrinho, *Máximas de experiência*, ob. cit., p. 92, citando Vieira de Moraes Júnior, acrescenta que o juiz “não é uma máquina de raciocinar, senão, essencialmente, um homem que toma conhecimento do mundo que o rodeia e o conhece através de seus processos sensitivos e intelectuais”.

<sup>28</sup> Michele Taruffo, *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, In *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, vol. 02, n. 02, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, jul./dez. 2001, p. 172. Ainda de acordo com o autor: “as pessoas são propensas a pensar que o raciocínio do juiz, concentrado na decisão judiciária, seja ou ao menos deva ser estrita e diretamente ditado pelo Direito. Nós somos realmente habituados a pensar, inclusive com base nos princípios fundamentais da ordem jurídica, que o juiz é *sujeito à lei*, que ele *aplica o Direito*, ou que ele seja *la bouche de la loi* e assim por diante. Conseqüentemente, pareceria que nada como o raciocínio do juiz devesse ser intrínseca e essencialmente *jurídico*. Por outro lado, essa mesma proposição pode também mostrar-se extremamente banal porque, se está fora de dúvida que o raciocínio do juiz e sua decisão *tenham a ver* com o Direito e em alguma medida sejam regulados por este (como, *v.g.*, pelas normas que em todos os ordenamentos regem a deliberação, a forma e o conteúdo da sentença), é fácil perceber que esse raciocínio não é delineado pelo Direito nem se exaure nele. O Direito, na realidade, em grande medida omite-se em relação aos modos como o juiz raciocina ou deveria raciocinar. Além disso, é fácil verificar que o juiz, ao formular o raciocínio que se conclui com a decisão, e mesmo quando justifica esta, emprega, como se costuma dizer, o *material* e as *formas* mais díspares e heterogêneas: linguagem técnica e linguagem comum, esquemas e modelos de argumentação, formas dedutivas, juízos de valor, instrumentos de persuasão retórica, conhecimentos de variada natureza, regras éticas e de comportamento, interpretações, escolhas de diversos gêneros *etc.* Trata-se pois de um raciocínio estruturalmente complexo e heterogêneo, no qual se encontram e se baralham diversas dimensões lógicas, lingüísticas, cognoscitivas e de argumentação” (p. 172).



valorativo –, de aspectos extra-lógicos, relacionados com conteúdos subjetivos do juiz”.<sup>29</sup> Esses aspectos extralógicos, conteúdo subjetivo do juiz, nada mais são que as máximas de experiência que ele traz consigo.

A sentença não é mero processo silogístico, um juízo lógico. Como assevera Reale, ela é expressão da *humanidade do juiz*.<sup>30</sup> Essa humanidade do juiz, parece claro, é constituída a partir do meio cultural em que ele, juiz, se insere, informada pelos conhecimentos adquiridos no contexto social, sendo que alguns destes são comuns, quais sejam, aqueles que constituem um saber que decorre do que comumente ocorre e é apreendido ou apreensível pela experiência: as máximas de experiência.

## 2.2. Saber privado e saber cultural do juiz.

Fábrega P. reconhece como regra que o juiz não se pode valer de suas percepções extraprocessuais, mas admite que tal restrição não deva ser vista de forma absoluta, mesmo porque conceitos como “boa-fé”, “bons costumes”, “bom pai de família” etc., eram e são aplicados pelo juiz como derivados de seu

---

<sup>29</sup> Lídia Reis de Almeida Prado, *O juiz e a emoção*, ob. cit., pp. 13-14. Comentando o pensamento de Karl Llewellyn, Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 77-79, destaca relevantes pontos que guardam uma profunda relação com a utilização das máximas de experiência pelo juiz no processo: “Karl N. Llewellyn, em sua teoria hermenêutica, distinguiu as normas no papel das normas efetivas. As normas no papel são as leis, regulamentos, ou seja, as normas que os juízes declaram em suas sentenças, como fundamento de suas decisões. As normas efetivas são as declaradas, ou não, em razão das quais os magistrados realmente decidem os litígios. [...]. Analisa, ainda, Llewellyn, os problemas atinentes às questões de fato, tanto no que concerne à prova como no que diz respeito à qualificação jurídica dos fatos relevantes. Saliencia que os fatos nunca chegam ao magistrado no estado em que realmente se deram, porque lhe são apresentados após uma série de representações e reconstruções. Primeiramente, são os advogados dos litigantes que selecionam os fatos, mostrando ao órgão judicante apenas os que convêm à sua causa, e dentre estes nem todos podem ser apresentados, mas somente os que forem admissíveis legalmente, na forma prescrita pela lei processual. Além disso, os depoimentos das testemunhas, muitas vezes, não exprimem o real pensamento delas, que é o desvirtuado, principalmente nas respostas dadas ao advogado do demandado ou ao do demandante. O juiz ouve e julga os depoimentos sob o jugo de diversos fatores que influenciam sua convicção, como, p. ex., a aparência física da testemunha, o olhar, o tom de voz etc. Depois de substanciados os meios de prova, cada um dos advogados qualifica os fatos de modo diferente, em razão do objetivo que pretende alcançar; conseqüentemente, os fatos da sentença podem não coincidir com os fatos como eles se deram. [...]. Para ele os criadores do direito não são os legisladores, nem os magistrados, porque o direito provém da sociedade em fluxo. Entretanto, embora de origem social, o direito se manifesta com a atividade do Poder Judiciário para o qual a lei e o precedente são tão-somente guias. O direito não se encontra apenas nos textos legais, mas também na conduta do povo em geral e na dos juízes, em especial”.

<sup>30</sup> Miguel Reale, A ética do juiz na cultura contemporânea, In *Revista Forense*, vol. XXX, Rio de Janeiro, Forense, jan./mar. 1994, p. 67.

conhecimento privado, sem, contudo, existir discussões maiores em torno desse expediente.<sup>31</sup> Nesse sentido, destaca os casos em que se refletem as “percepções extraprocessuais” do juiz<sup>32</sup>:

- As regras conhecidas pelo juiz fora do processo, como a experiência adquirida no curso de suas atividades diárias;
- Os fatos notórios (*notoria non egent probatione*);
- Os usos e costumes;
- As normas jurídicas de vigência local;
- A notoriedade judicial;
- As máximas de experiência; e
- O direito estrangeiro.

Fabrício critica a frequência com que alguns juízes, na prática forense, procuram, em estudos privados de materiais estranhos ao processo, elementos para formar sua convicção. Segundo o que escreve, a erudição *ad hoc*, buscada em pesquisas realizadas fora dos autos, “agrava o alijamento das partes dos procedimentos de formação da prova, prejudica o caráter eminentemente dialético do processo e expõe-se aos prováveis equívocos e imperfeições do estudo assistemático, feito de afogadilho, sobre questões eminentemente técnicas, cujo descortino tem de começar pelo domínio dos princípios e fundamentos que lhes são próprios”.<sup>33</sup> Tem razão o autor, principalmente se se considerar a norma do art. 131 do Código de Processo Civil, que impede que o julgamento seja feito fora dos autos: “Quebra-se o princípio, legal mas hoje universal, do livre convencimento

---

<sup>31</sup> Jorge Fábrega P., *Teoría general de la prueba*, 2 ed., Panamá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, p. 365.

<sup>32</sup> Jorge Fábrega P., *Teoría general de la prueba*, ob. cit., pp. 366-373.

<sup>33</sup> Adroaldo Furtado Fabrício, Fatos notórios e máximas de experiência, In *Revista Forense*, vol. 376, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 10. Escreve, ainda: “Vem-se tornando preocupante pela frequência com que ocorre na prática do foro o uso de ir o juiz à procura de elementos com que formará sua convicção em estudos privados de materiais estranhos ao processo, particularmente na rede mundial de computadores. Ora, se vedado é ao julgador utilizar-se de sua prévia formação técnico-científica, e ainda quando excelente e notória, na área de conhecimento envolvida, com muito maior razão se há de afastar a dispensa do exame pericial quando pretenda o magistrado substituí-lo por ciência própria haurida em estudos e pesquisas adrede realizadas, especialmente para solucionar o caso concreto, mediante consulta a livros, registros, *Internet* ou o que seja” (p. 10).

*racional* do juiz, que de um lado libera o julgador da tarifação dos meios de prova e da rigidez das normas preestabelecidas para sua valorização, mas de outra banda proíbe-lhe ir buscar convencimento fora dos autos do processo”.<sup>34</sup>

As críticas expostas pela doutrina majoritária quanto à utilização do saber privado do juiz na formulação de seu convencimento são corretas e fazem todo sentido. Não se trata de mero formalismo processual, mas de garantia dada às partes de que não serão surpreendidas por elementos sobre os quais não tiveram a oportunidade de contraditar.<sup>35</sup> Não se olvide, então, da possibilidade de tal atitude ferir o devido processo legal.

Não obstante a proibição de utilização do conhecimento privado ter se tornado lugar comum, a própria doutrina – e as legislações processuais, como se constata a partir dos artigos 334, I e 335 do CPC brasileiro – admite certas exceções, como aquelas que se fundam em fatos notórios e nas máximas de experiência, que, não há dúvidas, desde a obra de Stein, restam claro como integrantes do conhecimento privado do juiz. Cabe então, questionar o porquê desta possibilidade especificamente.<sup>36</sup> A doutrina não é clara e nem tampouco sistemática quanto a este aspecto. Por isso, doravante, será exposta uma conclusão originada a partir desta pesquisa que objetiva sistematizar melhor a problemática – proibição *versus* permissão – de utilização do saber privado pelo juiz.

Como destaca Denti, “todos os ordenamentos, com fórmulas e preceitos diversos, reconhecem ao juiz o poder de recorrer de ofício às noções da experiência comum, dentre as quais estão, também, as regras técnico-científicas aplicáveis à valoração dos fatos. [...]. Encontra-se a exigência de estabelecer um

---

<sup>34</sup> Adroaldo Furtado Fabrício, *Fatos notórios e máximas de experiência*, ob. cit., p. 10.

<sup>35</sup> Adroaldo Furtado Fabrício, *Fatos notórios e máximas de experiência*, ob. cit., p. 03. Mais adiante explica o autor: “essa inadmissível procura judicial de motivos de convencimento feita além dos limites do processo alija as partes de qualquer possibilidade de acompanhamento quanto às diligências privadas que, do ponto de vista daquelas, só podem ser classificadas como clandestinas. Ver-se-ão os litigantes e seus patronos surpreendidos por dados introduzidos nos autos somente no próprio ato de julgamento, como parte dele, sem que de modo algum pudessem ter influído sobre a formação do juízo emitido ou sequer tido oportunidade de sobre ela manifestar-se e exercer a crítica que o contraditório supõe” (p. 10).

<sup>36</sup> Elicio de Cresci Sobrinho, *Máximas de experiência*, ob. cit., p. 92, destaca que a regra geral admitida pela maioria dos processualistas é quanto à proibição de o juiz se fazer valer do seu saber privado no processo, mas, como adverte, “a generalidade dos estudiosos abre exceção quando o juiz aplica ou se vale de regras de experiência, ou se vale de fatos notórios”.

limite à utilização, da parte do juiz, da própria ciência privada, e este limite é dado a partir da pertinência das noções ao patrimônio da experiência comum, e, então, da possibilidade de seu controle sem recorrer a um conhecimento específico”.<sup>37</sup>

A leitura do referido trecho escrito por Denti levou às seguintes conclusões:

1. O saber privado do juiz pode ser utilizado no processo;
2. A utilização do saber privado precisa de certos limites;
3. Existe um saber cujas noções pertencem ao patrimônio da experiência comum, ao qual pertence as máximas de experiência;
4. As noções que constituem máximas de experiência são suscetíveis de controle porque pertencem ao patrimônio experiencial da coletividade, e é acessível a todas as pessoas de cultura média;
5. Há outro saber constituído de conhecimentos específicos (“*conoscenza specializzata*”), ao qual o juiz não pode recorrer; e
6. O limite que se impõe à utilização do saber privado depende da pertença do elemento a ser empregado a alguma daquelas categorias de saber. Nesse limite, é dado ao juiz recorrer às noções da experiência comum, mas não há permissão para uso da *conoscenza specializzata*.

A partir das conclusões obtidas da leitura do texto de Denti, e justamente pensando na necessidade de impor limites à utilização do saber extraprocessual do juiz no processo, surgiu uma idéia de como solucionar este problema, descrito logo abaixo. Antes, porém, é preciso ressaltar que a sistematização que segue foi feita à luz dos postulados do Direito positivo, especialmente o brasileiro (que, contudo, repete as fórmulas estrangeiras); não se recorreu a especulações principiológicas inconsistentes, que refletem mais opiniões pessoais forçadas dos juristas.

---

<sup>37</sup> Vittorio Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, In *Rivista di Diritto Processuale*, n. 27, Padova, CEDAM, 1972, pp. 421-422: “In tutti gli ordinamenti, con formule e precetti diversi, viene riconosciuto al giudice il potere di far ricorso ‘ufficio alle nozioni di comune esperienza, tra le quali sono anche le regole tecnico-scientifiche applicabili alla valutazione dei fatti. Sia nella elaborazione del concetto di ‘regola di esperienza’ da parte della scienza processualistica tedesca, sia nella delimitazione del principio di *judicial notice* negli ordinamenti di *common law*, si ritrova l’esigenza di porre un limite alla utilizzazione, da parte del giudice, della propria scienza privata, e questo limite è dato dalla appartenenza delle nozioni al patrimonio dell’esperienza comune, e quindi dalla possibilità del loro controllo senza far ricorso ad una *conoscenza specializzata*”.

Deve-se compreender o *conhecimento privado* do juiz como uma categoria de saberes composta por elementos extra-autos (ou extrajudiciais, ou extraprocessuais, ou, ainda, extralegais). Aquela categoria, por sua vez, se subdivide em pelo menos outras duas subcategorias, quais sejam, o *saber privado* e o *saber cultural* (que seria o conhecimento privado propriamente dito).

O *saber privado* é um conhecimento especializado<sup>38</sup>, *ad hoc*, que o juiz adquire fora dos autos, e após o surgimento da pretensão das partes. Caracteriza-se por ser uma convicção pessoal, adquirida pela curiosidade do próprio juiz, que dispensa a colaboração do perito (*expert*), sendo por isso designado de *juiz-perito*. Aqui a palavra “privado” quer indicar o sentido de “individual”, “particular”. São estas impressões que são proibidas pelo art. 131 do CPC brasileiro de serem utilizadas na valoração da prova.

O *saber cultural*, por outro lado, é um conhecimento marcado pela generalidade e é pré-existe ao processo (anterioridade), pois pertence à consciência humana, construído de maneira abstrata. Aqui o conhecimento não é individual, adquirido por estudos casuísticos posteriores, mas sim comum, acessível a todo homem de cultura média. Nesta categoria se incluem as máximas de experiência e os fatos notórios, os quais se diferenciam da primeira categoria de saber pelo maior grau de objetividade (generalidade comum ao homem médio), enquanto aquela é mais subjetiva e aparece posteriormente ao debate processual. Sua utilização é permitida pelos artigos 335 e 334, I do Código de Processo Civil brasileiro.<sup>39,40</sup>

---

<sup>38</sup> Vittorio Denti, *Estudios de derecho probatório*, Buenos Aires, EJE, 1974, p. 277.

<sup>39</sup> Essa também é a opinião de Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 91: “as máximas de experiência e os fatos notórios não estão inseridos propriamente no que se convencionou chamar de ciência privada do juiz. Portanto, são categorias que prescindem de prova para ingressarem no processo, situando-se no patrimônio de noções comuns e pacificamente acolhidas em um determinado círculo social, o que pode ser denominado genericamente de cultura em sentido lato. Nela estão compreendidas não apenas as noções que se aprendem na escola e que representam o resultado de um estudo científico mais ou menos aprofundado, mas também todo o complexo de conhecimentos empíricos extraídos da experiência ou da tradição, que qualquer homem vivente em sociedade possui em decorrência do fato de pertencer a um determinado círculo social”.

<sup>40</sup> TJES, AC 3060016403, Terceira Câmara Cível, Rel<sup>a</sup>. Desig. Des<sup>a</sup>. Subst. Elisabeth Lorges, Julg. 27.01.2009, DJES 17.02.2009, p. 29: “CÍVIL. APELAÇÃO. ACIDENTE DE VEÍCULO. INDENIZAÇÃO. PROVAS. SENTENÇA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. ÔNUS PROBATÓRIO. ANÁLISE DIVERGENTE DE INFERÊNCIA PROBATÓRIA. COERÊNCIA. FATOS DIVERSOS NÃO ANALISADOS. PROVAS ACOSTADAS. CONTRADITÓRIAS AO COMANDO SENTENCIAL. DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA. VÍNCULO COM O FATOS. RELEVÂNCIA

Dessa forma, tem-se:

<b>CONHECIMENTO PRIVADO DO JUIZ</b>	
<b><i>Saber privado</i></b>	<b><i>Saber cultural</i></b>
Pesquisas pessoais do juiz.	Máximas de experiência: <ul style="list-style-type: none"><li>• <i>Regras de experiência comum;</i></li><li>• <i>Regras de experiência técnica;</i></li><li>• <i>Regras de experiência axiológica.</i></li></ul> Fatos notórios.

Stein, no entanto, critica a distinção entre saber privado e saber oficial do juiz:

---

RELATIVA. MÁXIMAS DA EXPERIÊNCIA. REGRAS DE CONDUTA DE TRÂNSITO. LEI Nº 9.503. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. DISTÂNCIA MÍNIMA ENTRE VEÍCULOS. IMPRUDÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1) A reconstrução dos fatos em sede de acidente de veículo para a configuração da responsabilidade do causador do dano, segue análise profunda das provas apuradas, não sendo possível a extração de todo o contexto da verdade de uma única e isolada manifestação. 2) Os depoimentos dos condutores dos veículos envolvidos sempre terão que ser analisados com cautela em razão do envolvimento de suas condutas com os deslindes normais decorrentes da situação, mormente a imputação de responsabilidade em decorrência dos danos causados, razão pela qual devem ser ponderadas as demais provas existentes no feito, como outras testemunhas, o boletim de ocorrência de acidente de trânsito e possíveis perícias efetuadas no local. 3) Segundo as regras máximas de experiência, devem ser analisados outros pontos que traduzem a formação da verdade, à princípio, real sobre os fatos, tomando como base conceitos trazidos do conhecimento formado ao longo dos reiterados julgamentos de outros casos, devendo, nesta situação, ser ponderado com reservas os depoimentos prestados pelos envolvidos no acidente. 4) O sistema brasileiro de provas impôs a motivação do magistrado na análise das provas às quais entende como firmes a sustentar o seu entendimento de acordo com o art. 131 do código de processo civil. Entretanto, segundo as regras probatórias, deve, de igual forma, manifestar-se sobre o porque de não adotar a tese sucumbente, devendo, de igual forma, manifestar-se sobre as mesmas, sendo temerário a sedimentação de seu posicionamento com base em uma única prova acostada ao feito, principalmente quando existirem divergentes pontos a serem analisados. 5) O artigo 333 do código de processo civil estabelece o ônus probatório, devendo o autor comprovar os fatos a seu favor sob pena de ver julgado improcedente o pedido formulado. Quando não verificada a procedência das alegações, face as provas acostadas ao feito e, segundo as regras da máxima da experiência, que devem ser ponderadas, segundo, inclusive o teor da legislação aplicável ao caso, CTB, para aferir as regras de conduta na direção de veículo automotor. 6) Havendo veículos na pista, deve o condutor guardar distância de segurança, em relação aos veículos da frente, em face das condições da pista, climáticas e do veículo, sendo que a permanência próxima ou ultrapassagem em distância inferior, revela imprudência na condução do veículo, gerando, inclusive, penalidade administrativa do motorista”.

“Ya debería ser esclarecedora la imposibilidad de establecer una distinción entre saber oficial y saber privado del juez, de modo que una parte de los conocimientos que posee el juez se adscribiera a un saber, y la otra parte, al otro. Contradice la experiencia y el buen juicio pensar que en el intelecto del juez existen un saber privado y otro oficial, y que, p. ej., la máxima de la experiencia de que el agua fluye río abajo pertenece al saber oficial, mientras que, en cambio, aquélla sobre el carácter letal de un gramo de morfina pertenece al saber privado. Sólo puede tener importancia a la hora de establecer la distinción el *modo* en que el juez ha adquirido su saber, esto es, que la máxima de la experiencia le haya sido comunicada, ya elaborada, por peritos u otras personas, o que la haya formado él mismo por su propia experiencia”.<sup>41</sup>

Deve-se concordar com Stein em parte. Quanto ao modo de aquisição das duas formas de saber, o autor tem razão: o saber cultural é aquele comunicado ou adquirido pela experiência, oficialmente conhecido; o saber privado, por outro lado, são fatos particulares concretos, não obtidos pela atividade oficial. Com o que não se deve concordar com o autor é quanto à impossibilidade/desnecessidade de distinguir ambos os saberes.

A utilização do saber privado constitui um problema, uma vez que informações obtidas sem o contraditório servirão de base para a motivação e fundamentação da decisão. Os argumentos, neste caso, não serão racionais, dada sua individualidade. Como tal, a decisão será arbitrária e, portanto, de acordo com Perelman, *injusta*.<sup>42</sup>

Diferentemente de quando se utiliza o conhecimento cultural (máximas de experiência e fatos notórios), que são acessíveis ao “auditório universal”, por ele compreendidas, uma vez que decorrem de saberes comuns. Como tal, a motivação fundada naqueles elementos é compreensível pelo referido auditório, e, como tal, será racional. Se racional, é, também de acordo com Perelman, *justa*.

Essa distinção vai ao encontro do que ensina Dinamarco. Não se deve confundir o conhecimento privado com *íntima convicção (ciência privada)*. O conhecimento privado que diz respeito às máximas de experiência é aquele que o juiz tem enquanto ser humano membro de uma comunidade. Este conhecimento

---

<sup>41</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., p. 71.

<sup>42</sup> Sobre esta teoria da argumentação veja Chaïm Perelman, Cinco aulas sobre a justiça, In *Ética e Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, § 5, pp. 145-206.

não guarda subjetivismo, uma vez que é comum ao homem médio, ao contrário da ciência privada do juiz. Neste sentido, destaca Dinamarco a diferença entre máximas de experiência e ciência privada do juiz:

“São coisas diferentes a *ciência privada* do juiz, que o art. 131 do Código de Processo Civil exclui terminantemente como elemento de convicção, e as *máximas de experiência*, que são expressões de sua cultura como ser vivente em sociedade. Aquele é o conhecimento pessoal de fatos *concretos*. Esta é a percepção *em abstrato*, de que na experiência comum ordinariamente certos fatos acontecem em associação a certos outros fatos. Daí mandar o art. 335 que o juiz, na busca de conhecimento sobre os fatos relevantes para o julgamento da causa, *aplique as regras da experiência comum, ministradas pela observação do que ordinariamente acontece*. Esse dispositivo, que não constitui sequer exceção à exigência de julgar segundo os autos, atua em campo diferente do art. 131 porque não diz respeito às fontes a serem consideradas no julgamento, mas aos raciocínios dedutivos a serem desenvolvidos por aquele que vai julgar – e esses raciocínios chamam-se *presunções* (no caso, *presunções hominis*)”.<sup>43,44,45</sup>

Por outro lado, o saber cultural (máximas de experiência e fatos notórios), *no juízo probatório*, deve ser utilizado excepcionalmente para confirmar probabilidades que resultam da análise dos autos. Inclusive, não podem elas se sobrepor à prova

---

<sup>43</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 106-107.

<sup>44</sup> Em sentido próximo, Girolamo Monteleone, *Diritto processuale civile*, 3ª ed., Milano, CEDAM, 2002, p. 270, referindo-se ao art. 115 do Código de Processo Civil italiano: “La illustrata regola, anzitutto, non si pone in contrasto con il divieto di scienza privata del giudice, ed anzi implicitamente lo pone. Invero, le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza sono quelle conoscenze oggettivamente e collettivamente acquisite, o facilmente acquisibili, da tutti i componenti un aggregato sociale, di cui anche il giudice è parte. Egli, pertanto, non utilizza una sua particolare e soggettiva conoscenza per decidere la controversia, ma utilizza un dato di fatto che rientra nel patrimonio culturale e consuetudinario di una intera collettività di persone: nella comune esperienza. Mancando tale condizione, è fatto divieto al giudice di usare la propria scienza privata, poiché il primo comma dell’art. 115 gli impone di porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero”.

<sup>45</sup> Muito embora seja necessário estar atento ao fato de que a proibição de utilização do saber privado, no Direito brasileiro, não é absoluta, uma vez admitida a possibilidade de o juiz realizar inspeção pessoal, como bem acrescenta Elicio de Cresci Sobrinho, *Máximas de experiência*, ob. cit., p. 92. Segundo o autor, a inspeção judicial é uma forma de conhecimento particular do juiz, legitimada pelo Código de Processo Civil (artigos 440 a 443). “Por ocasião da inspeção, v. g., o juiz examina os vestígios de uma antiga cerca divisória, de madeira. No auto circunstanciado que manda lavrar, pode até mesmo se referir ao tipo de madeira, se for de interesse para a demanda, sem que ninguém tenha dito nada a respeito, porque o juiz é entendido em tal assunto. Aqui houve aplicação de seu conhecimento particular e em tantas outras oportunidades processuais ocorre a mesma coisa”.



pericial, quando esta for possível (art. 335, *in fine*, do CPC). Nesse sentido, o entendimento de Fabrício com o qual se deve concordar:

“Em regra, pois, o convencimento do magistrado atém-se ao limite traçado pelo conteúdo dos autos; entretanto, a tendência à atenuação do formalismo e a preocupação crescente com a *máxima verossimilhança possível* da ‘verdade’ apurada no processo conduzem a algumas exceções, a saber, o aproveitamento dos fatos notórios e a aplicação das regras de experiência. A fonte do convencimento judicial, em tais situações, acha-se fora dos autos e neles não chega a penetrar senão quando da fundamentação do julgado, por iniciativa do juiz e independentemente de prévia submissão ao exame das partes”.<sup>46</sup>

No que se refere à função metodológica das máximas de experiência (hermenêutica e integração do Direito), aí sua utilização não é tão restrita como no caso da função probatória, uma vez que o Direito, segundo Enneccerus, é parte da cultura de um povo e a lei deve ser interpretada ajustando-se ao máximo às exigências da vida em sociedade e ao desenvolvimento cultural de uma comunidade. Aqui, portanto, não há restrições à utilização do conhecimento cultural, que, na verdade, até se impõe como necessário, para encontrar devidamente a *ratio juris* e interpretar, complementar e aplicar o Direito de forma a atender ao bem comum, à sua função social e à necessidade de promover justiça (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil).

---

<sup>46</sup> Adroaldo Furtado Fabrício, *Fatos notórios e máximas de experiência*, ob. cit., pp. 03-04.

## CAPÍTULO 3

### TIPOLOGIA DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA

Esse capítulo é dedicado à análise da tipologia das máximas de experiência, compreendendo melhor, assim, a divisão do saber cultural. Para tanto, o referencial teórico de partida será a doutrina de Espinosa Rodriguez, o qual explica que o termo “máximas de experiência” compreende três grandes sentidos<sup>1</sup>, que aqui serão designados de “grupos de conhecimentos humanos”:

1. *Conhecimento empírico*: é uma forma de saber humano que é fruto do movimento espontâneo do espírito, constituindo um passo anterior à ciência, que nada mais é do que o aperfeiçoamento deste saber. Como exemplo cita os provérbios, observações recorrentes sobre o homem e suas paixões<sup>2</sup>;
2. *Conhecimento científico*: é o conhecimento técnico, artístico, teórico. Um exemplo é o conhecimento de que água ferve a 100° C, ou que os corpos dilatam quando submetidos a altas temperaturas;
3. *Conhecimento filosófico*: compreende o senso de equidade, aplicado ao Direito para interpretar a lei, integrar lacunas ou valorar as provas (as três funções das máximas de experiência que serão vistas adiante). Os princípios de equidade levam ao aspecto mais transcendental e fundamental da ciência do Direito, a justiça. Afinal, como dizia Celso, o Direito é a “*ars boni et æqui*”.<sup>3</sup>

Ainda segundo o autor, as máximas de experiência são constituídas por dois grupos de elementos:

1. Pelos conhecimentos previamente adquiridos e acumulados pela experiência pessoal que cada um possui e da qual é possível se beneficiar de qualquer modo; e

---

<sup>1</sup> Tulio Enrique Espinosa Rodriguez, *La valoración de la prueba en el proceso*, Bogotá, Temis, 1967, pp. 25-26.

<sup>2</sup> Tulio Enrique Espinosa Rodriguez, *La valoración de la prueba en el proceso*, ob. cit., p. 28.

<sup>3</sup> Tulio Enrique Espinosa Rodriguez, *La valoración de la prueba en el proceso*, ob. cit., p. 25.

2. Por uma série de elementos indefinidos que variam de pessoa para pessoa, de ambiente para ambiente, de época para época, como, por exemplo, os dados experimentais utilizados de forma corrente na vida, no tráfico social, no comércio e na indústria.<sup>4</sup>

Pois bem. Esses conteúdos possíveis das máximas de experiência apontados pelo autor informam as suas espécies. A doutrina tradicionalmente classifica as regras de experiência em dois tipos: *comuns* (que corresponderiam ao conhecimento empírico) e *técnicas* (que corresponderiam ao conhecimento científico). Aliás, o Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 335, expressa essa tipologia. No entanto, considerando que o conhecimento filosófico em torno do senso de equidade constitui um aspecto das máximas de experiência, faz-se necessário indicar a existência de uma terceira categoria até então ignorada pela processualística, muito embora esteja presente no Direito positivo da maioria dos países, inclusive no brasileiro. A contribuição que esta pesquisa objetiva dar é reconhecer a existência de uma terceira espécie de regras de experiência, quais sejam, as *regras de experiência axiológicas*, que resultam do conhecimento humano em torno dos valores comungados pela coletividade. As máximas axiológicas são os princípios gerais do Direito. Essa conclusão é reforçada considerando as funções das máximas de experiência, que não se restringem apenas a colaborar na valoração das provas. Sua finalidade é mais ampla, destinando-se à interpretação e valoração do Direito como um todo, além da sua integração. As máximas de experiência axiológicas são a feição processualística dos princípios gerais do Direito, encontrando positividade no Direito brasileiro nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e nos art. 127 do Código de Processo Civil. Como visto no Capítulo anterior, o art. 335 do CPC se refere exclusivamente à matéria probatória.

Assim, tem-se que:

---

<sup>4</sup> Tulio Enrique Espinosa Rodriguez, *La valoración de la prueba en el proceso*, ob. cit., p. 30. E, citando Luis Caro Escallón, Sugerencias en torno de la prueba jurídica, conclui que “las máximas de la experiencia no comprenden solo leyes naturales, sino también multitud de reglas extraídas de las costumbres comerciales y sociales; de la administración de los servicios públicos; principios de las ciencias químicas, físicas, matemáticas, etc.; ninguno de ellos constará en el proceso a través de una descripción singularizada, ya que, como lo expresa el concepto de Stein, se contienen en una proposición general e hipotética, independiente de cualquier ejemplo concreto”.

<b>MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA</b>	
<b>Conhecimentos humanos compreendidos nas máximas de experiência</b>	<b>Espécies de máximas ou regras de experiência</b>
Conhecimento empírico.	Regra de experiência comum.
Conhecimento científico.	Regra de experiência técnica.
Conhecimento filosófico.	Regra de experiência axiológica.

A seguir serão apresentadas as definições dos dois tipos de regras de experiência (comuns e técnicas), com a citação de exemplos e de jurisprudência que as utiliza. Conseqüentemente, serão apresentadas as regras de experiência axiológica.

### **3.1. Regras de experiência comum.**

São aquelas inerentes à vida em sociedade<sup>5</sup>, ou, nos dizeres de Greco Filho, aquelas extraídas “da observação do que ordinariamente acontece em dado grupo social”.<sup>6</sup> Ou seja, são noções culturais do homem médio que constituem um patrimônio comum de determinado grupo social. A fonte dessas regras, como informa Rosito, é a “reiteração sucessiva de fatos que ocorrem todos os dias, e, dada a sua identidade, permite-se extrair deles uma máxima que pode ser aplicada toda vez que se apresentem idênticas circunstâncias de fato”.<sup>7</sup> Segundo a definição de Baggio, “refere-se às generalizações empíricas fundadas sobre aquilo que originariamente ocorre em um determinado grupo social. Está inserido no patrimônio cultural do homem médio, relacionado com a vida em sociedade, sendo

<sup>5</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, ob. cit., p. 122.

<sup>6</sup> Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, vol. 2, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 196.

<sup>7</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 80. Adverte, no entanto, que “não estão inseridas nesse tipo de máximas de experiência aquelas simples noções de senso comum, as quais se referem a simples tendências de comportamento humano e possuem um conteúdo factual mínimo, resultado daquilo que se entende justo ou preferível, segundo uma chamada experiência comum. São exemplos de tais noções: quem não chora não está machucado; os bons genitores amam os filhos; quem se ruboriza mente; quem foge é culpado, etc. No seu conjunto, essas noções possuem um elevado componente subjetivo, baseado em proposições genéricas pouco confiáveis que não asseguram conclusões acertadas”.

o juiz seu intérprete. Origina-se da reiterada observação de fatos que rotineiramente se repetem e permite a formulação de uma máxima que se pretende aplicável nas próximas situações em que as circunstâncias fáticas sejam idênticas”.<sup>8</sup>

Apesar de sua estreita proximidade com o senso comum, com ele não se confunde. De acordo com uma escala de racionalidade estabelecida por Taruffo, as regras comuns são mais objetivas e racionais que o senso comum, mas seu grau de racionalidade é inferior se comparadas com as regras de experiência técnica ou com a ciência.<sup>9</sup> Nesse sentido, interessante o esclarecimento feito por Rosito: “as máximas de experiência comum possuem um valor objetivo, que permite extrair uma regra com base em elementos empíricos, tornando possível extrair juízos de repetição para casos futuros ainda não observados. Para tanto, não se vale de elementos subjetivos ou individuais, senão se baseia no que ordinariamente acontece na sociedade na qual ele está inserido e da qual é representante”.<sup>10</sup> Veja, como exemplo, as seguintes decisões judiciais. Em uma delas, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a seguinte máxima de experiência comum: “mulher de rurícola, rurícola é”:

1. “RESP – PREVIDENCIÁRIO – TRABALHADOR RURAL – RURÍCOLA – ESPOSA – ECONOMIA FAMILIAR – Há de se reconhecer comprovada a condição de rurícola mulher de lavrador, conforme prova documental constante dos autos. As máximas da experiência demonstram, mulher de rurícola, rurícola é”.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Lucas Pereira Baggio, O artigo 335 do Código de Processo Civil à luz da categoria das máximas de experiência, In Danilo Knijnik (Coord.), *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 188.

<sup>9</sup> Michele Taruffo, Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz, ob. cit., pp. 171-204.

<sup>10</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 81.

<sup>11</sup> STJ, REsp. nº. 210935/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, j. em 30.06.1999, DJ 23.08.1999, p. 175. Outra decisão que exemplifica uma máxima de experiência comum é a seguinte: “RESPONSABILIDADE CIVIL. NOTÍCIA VEICULADA EM JORNAL LOCAL. INFORMAÇÕES SOBRE ASSALTANTES PRESOS. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. 1. Não há abuso de direito à informação jornalística quando publicados fatos ocorridos na proximidade da sede da empresa autora, qualificando-se o local como ‘inseguro’ e ‘perigoso’, mormente porque, conforme as máximas da experiência, postos de gasolina localizados na estrada não são lugares efetivamente seguros, especialmente à noite. No caso concreto, tal releva-se ainda mais adequado, considerando a ocorrência reiterada de eventos danosos. 2. Além disso, não se cogita de dano moral na hipótese, considerando a inexistência de atribuição pejorativa que poderia comprometer a imagem da empresa ou mesmo o nome de seu proprietário. NEGADO PROVIMENTO AO APELO” (TJRS, Ap. Cível nº. 70020760120, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, j. em 13.12.2007).

2. “RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE. PATADA DE CAVALO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. MÁXIMAS DA EXPERIÊNCIA. DEVER DE INDENIZAR. INEXISTÊNCIA. Trata-se de conhecimento comum (CPC, art. 335) que não é prudente passar próximo às pernas traseiras de qualquer cavalo, especialmente se ‘cuiudo’ e desconhecido. Sendo o autor um homem afeito às lides campeiras, torna-se imperioso concluir que se foi vítima de uma patada de tal animal, isso ocorreu exclusivamente em razão de sua conduta imprudente, mormente porque restou demonstrado que o local do acidente era apropriado para se amarrarem os cavalos. APELO IMPROVIDO”.<sup>12</sup>

Proto Pisani oferece um importante rol de exemplos de situações que oportunamente podem constituir regras de experiência. Segundo ele, as máximas de experiência comum podem surgir de todos os campos do saber: técnico, médico, comum, das ciências naturais, morais, psicológicas, econômicas. Trata-se de noção amplíssima e indefinida, na qual se encaixam noções o mais heterogêneas possível, que vão desde leis naturais e lógicas a noções científicas, de generalização empírica, a regras de senso comum, noções vulgarizadas e superficiais de psicologia, ética, economia, sociologia etc. Os exemplos de máximas de experiência comum apresentados pelo autor são os seguintes<sup>13</sup>:

1. *Regras de saber comum:*

- O terceiro desinteressado diz a verdade;
- O terceiro interessado, mas de comprovada moralidade, diz a verdade;

---

<sup>12</sup> TJRS, Ap. Cível nº. 70015032873, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, j. em 23.11.2006.

<sup>13</sup> Andréa Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., Napoli, Jovene, 2006, pp. 417-418. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, ob. cit., p. 123, oferece, também, alguns interessantes exemplos: “Hipótese muito conhecida é a presunção de culpa do motorista que abalroou outro veículo por trás: segundo o conhecimento das pessoas em geral, ordinariamente esse modo de colidir é o resultado da desatenção do motorista de trás ou má conservação de freios ou pneus (negligência), ou de sua incapacidade de deter o veículo a tempo (imperícia), ou de condutas inaceitáveis, como a excessiva velocidade ou aproximação ao veículo da frente (imprudência). Também o *silêncio da testemunha* pode ser, conforme as circunstâncias, indício de um conhecimento que ela não quer revelar. É também do conhecimento comum, que se integra nas máximas de experiência do juiz, que ordinariamente a *cessão de imóvel* se faz a título oneroso, o qual deve ser presumido (o comodato não se presume). O mesmo, quanto à *entrega de dinheiro*, devendo-se presumir a obrigação de restituí-lo”.

- A pessoa idosa recorda mal os fatos recentes e bem aqueles remotos;
- A pessoa muito anciã é provável que tenha dificuldades de audição e visão;
- A declaração da parte desfavorável ao seu próprio interesse e favorável ao interesse adversário é verdadeira;
- A declaração da parte favorável ao próprio interesse e desfavorável ao interesse do adversário não pode ser tida como atendida plenamente.

## 2. Regras de saber comum relativas a documentos:

- Uma declaração subscrita faz própria aquela declaração;
- A representação de uma declaração ou de um fato contida em um documento redigido por quem desenvolve institucionalmente a função de recolher a declaração alheia, representa fatos havidos ante sua presença e tem fé pública;
- A representação de uma fotografia é aceitável, mas se for colorida, as cores podem ser modificadas.<sup>14</sup>

Considerando o exposto, é possível pontuar as seguintes características básicas das regras de experiência comum:

- São noções gerais e abstratas pertencentes ao patrimônio cultural de uma comunidade;
- Originam-se da observação do que ordinariamente ocorre no cotidiano de um contexto social (*id quod plerumque accidit*);
- São conhecidas pelo juiz, uma vez que este é membro dessa coletividade e seu intérprete;
- São objetivas, ou seja, comuns às pessoas de cultura média (homem médio);

---

<sup>14</sup> Caberia aqui, ainda, a ideia de que documento carimbado com fé pública demonstra que aquilo que ali foi declarado é verdade.

- São heterogêneas, podendo surgir de diversos saberes;
- Não se confundem com o senso comum, embora possam representar noções vulgarizadas que se tornaram do conhecimento de todos;
- Considerando a sua notoriedade, cabe destacar que as regras comuns não são objeto de prova<sup>15</sup>;
- Fazem parte da formação do convencimento motivado do juiz.

Dinamarco faz referência aos artigos 231 e 232 do Código Civil brasileiro para demonstrar um problema que abre caminho a uma proveitosa utilização do art. 335 do Código de Processo Civil. O art. 232 autoriza presumir a ocorrência do fato que a perícia visava comprovar em caso de recusa da parte em se submeter ao exame médico, e o art. 231 fixa uma regra geral, ao estabelecer que a recusa ao exame não pode proporcionar conclusões em favor da parte que se recusar a um exame daquela ordem: “essas duas disposições abrem caminho para uma proveitosa interpretação do art. 335 do Cód. Proc. Civil, permitindo considerar incluída neste a máxima segundo a qual *o comportamento da parte no processo pode ser tomado como elemento de convicção para a apreciação da matéria de fato pelo juiz*”.<sup>16</sup> Parece, pois, que esse comportamento dá origem a uma regra de experiência comum: a parte que se recusa ao exame pericial praticou o ato que se deseja provar.

### **3.2. Regras de experiência técnica.**

São aquelas razoavelmente acessíveis a quem não é especializado em técnicas alheias ao Direito; trata-se de um conhecimento apreensível pelo homem médio. De acordo com Baggio, “correspondem aos conhecimentos científicos que estão ao alcance do homem médio, independente de maiores aprofundamentos”,

---

<sup>15</sup> Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 287. Nesse sentido, Marcelo Abelha Rodrigues, *Elementos de direito processual civil*, vol. 1, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 329: “as regras de experiência técnica são aquelas que se desenvolvem e se adquirem pela aglutinação do senso comum, da observação daquilo que ordinariamente acontece. Enfim, faz parte da cultura normal do juiz que sejam livremente aplicadas no conjunto probatório, independentemente de sua prova. Assim, as regras de experiência comum não são objeto de prova, mas fazem parte da persuasão racional do juiz na formação do seu livre convencimento motivado”.

<sup>16</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, ob. cit., p. 124.



as quais acabam por se difundir no meio cultural.<sup>17</sup> Como destaca Dinamarco, são conhecimentos não especializados, profundos, mas de domínio comum: “São regras de experiência técnica, que também o art. 335 manda observar, certos conhecimentos técnicos ou científicos ao alcance do *homo medius* e não dependentes dos conhecimentos mais profundos de que são portadores os especialistas”.<sup>18</sup>

Um exemplo de aplicação de regra técnica encontra-se no seguinte acórdão:

"RESP – COMERCIAL – LOCAÇÃO PREDIAL – SHOPPING CENTER – FUNDO DE COMÉRCIO. O fundo de comércio, instituto judicial no Direito Comercial, representa o produto da atividade do comerciante, que com o passar do tempo, atrai para o local, onde são praticados atos de mercancia, expressão econômica; com isso, o – ponto – para usar *nomem iuris* nascido informalmente nas relações do comércio, confere valor próprio ao local. Evidente, ingressa no patrimônio do comerciante. Aliás, mostram as máximas da experiência, a locação e o valor de venda sofrem alterações conforme a respectiva expressão. Daí, como se repete, há locais nobres e locais de menor expressão econômica. Em regra não sofre exceção quando se passa nas locações em Shopping Center. Sem dúvida, a proximidade do estabelecimento com outro, conforme a vizinhança, repercutirá no respectivo valor".<sup>19</sup>

Dentre os exemplos oferecidos por Proto Pisani, tem-se<sup>20</sup>:

---

<sup>17</sup> Lucas Pereira Baggio, O artigo 335 do Código de Processo Civil à luz da categoria das máximas de experiência, ob. cit., p. 188. Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 81, explica que as máximas técnicas “são regras de conhecimento mais restrito, provenientes da ciência, arte ou profissão, mas que podem ingressar no patrimônio comum, em consonância com o avanço cultural. Em tal caso, o juiz pode aplicar uma lei científica comumente conhecida a um fato a ser verificado”. Por fim, Adroaldo Furtado Fabrício, *Fatos notórios e máximas de experiência*, ob. cit., p. 09, diz que “aquilo que hoje é objeto do conhecimento restrito a um círculo estreito de especialistas, ‘amanhã qualquer um aprenderá na escola’”.

<sup>18</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, ob. cit., p. 123. E faz referências a alguns exemplos: “Certos fenômenos físicos elementares, como a ebulição da água a cem graus Celsius ou alguns efeitos da eletricidade, são do conhecimento geral e o juiz não pode estar alheio a eles; também certos postulados de matemática ou geometria, como aquele de que o *quadrado da hipotenusa corresponde à soma do quadrado dos catetos*; ou mesmo de medicina, como o nexa causal entre certas atividades laborais e determinadas enfermidades etc.”.

<sup>19</sup> STJ, REsp 189.380/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., j. em 20.05.1999, DJ 02.08.1999, p. 228.

<sup>20</sup> Andrea Proto Pisani, *Lezione di diritto processuale civile*, ob. cit., pp. 417-418. Para Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 82, “essas noções técnicas são generalizações que estão inseridas em um contexto teórico, diferentemente das simples regras comuns. Por isso, as noções técnicas distinguem-se das noções comuns por sua exatidão e concisão científicas. Esta constatação tende a representar uma diferença de grau de

1. *Regras de saber médico:*

- A pessoa que está sob turbamento psíquico percebe mal a realidade;
- A pessoa com diminuição de audição não escuta sons de longas distâncias;
- A pessoa míope e sem óculos não enxerga bem à distância;

2. *Regras de saber técnico:*

- Se um carro viaja a 100km/h, então, em uma hora percorrerá por volta de 100km;
- A água ferve a 100°C.

Como se depreende dos exemplos, as regras técnicas pertencem a específicos ramos do conhecimento (ciência, arte *etc.*). Todavia, é importante frisar que para ser considerado uma máxima de experiência, apesar de específico, tal conhecimento deve constituir uma noção pertencente ao patrimônio intelectual da coletividade. Mesmo técnico, o conhecimento deve ser não só do juiz, mas de todos que potencialmente podem tê-lo (homem médio). Do contrário, consistirá em conhecimento privado que não pode ser utilizado pelo magistrado, uma vez afastada a íntima convicção pelo art. 131 do Código de Processo Civil.

É preciso ter em mente a advertência final do art. 335 do CPC: afastam-se as máximas sempre que se fizer necessária e possível a utilização da prova pericial (científica). Rosito esclarece quando se impõe a prova pericial: “se a regra técnica ou científica a ser aplicada se apresenta de tal forma complexa, a ponto de extrapolar o que razoavelmente se entende por cultura média, não estaremos diante de uma própria máxima de experiência, senão de uma regra especializada cujo valor cognitivo não se presta à aplicação abstrata a casos ainda não observados, independentemente de prova. Nesse caso, o juiz não estará em condições de alcançar, com os meios próprios extraprocessuais, a certeza de uma regra, porque esta faz parte de um ramo do saber que requer uma profunda especialização para o seu conhecimento, tornando-se indispensável o recurso à

---

generalidade, experimentação e controle entre as duas espécies, o que poderá implicar tratamento probatório diferenciado”.

prova, especialmente a pericial”.<sup>21</sup> Sempre que o *factum probandum* depender de conhecimento especializado, será indispensável a prova técnica. Essa é a advertência feita pelos artigos 335 e 145 do Código de Processo Civil. Isto implica retomar a discussão em torno da utilização do seu saber privado pelo juiz, bem como toda a sua problemática. Por tal razão, adverte Dinamarco:

“Ainda quando o próprio juiz seja portador de conhecimentos técnicos (de contabilidade, física, ou mesmo engenharia etc.), a perícia será indispensável sempre que a matéria for de alguma profundidade maior, porque sem ela as partes ficariam privadas da participação em contraditório e os tribunais não contariam com as demonstrações objetivas a serem feitas pelos peritos. É impossível traçar *a priori* uma nítida linha divisória entre a autorização a valer-se de conhecimentos especializados próprios e a exigência de convocar peritos; cabe aos tribunais avaliar em cada caso o grau de convicção de que sejam portadores os raciocínios técnico-científicos desenvolvidos pelo próprio juiz. Em qualquer hipótese, na motivação da sentença ele tem sempre o dever de desenvolver os raciocínios e demonstrações técnico-científicas em que apóia a conclusão”.<sup>22</sup>

Discutindo o tema, Cheim e Abelha escrevem que “não pode ser utilizada esta técnica quando a questão de fato que será objeto de sua presunção ou ilação dependa de conhecimento técnico que o magistrado não possua”. Essa discussão está presente em uma apelação cível interposta pelos autores, como advogados de

---

<sup>21</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., pp. 133-134, Assim, STJ, REsp 750.988/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. em 17.08.2006, DJ 25.09.2006, p. 236: "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. ÁREA NON AEDIFICANDI. INDENIZAÇÃO FIXADA PELOS CRITÉRIOS DE EXPERIÊNCIA DO JUÍZO. ARTS. 436 E 335, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE. LAUDO PERICIAL TECNICAMENTE INSUFICIENTE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 27, DO DECRETO-LEI N.º 3.365/41. NULIDADE DA PERÍCIA E DOS ATOS SUBSEQÜENTES. [...]. 4. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, consoante do disposto no art. 436, do CPC, 'podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.' Não obstante, as regras de experiência não podem ser aplicadas pelo julgador quando a solução da lide demandar conhecimentos técnicos sobre o tema, conforme dicção o art. 335, do CPC, [...]. 5. Consectariamente, acaso o juiz entendesse pelo desacerto do laudo pericial oficial que fixou a indenização devida aos demandantes ante a imposição de limitação administrativa que considerou a área de que são titulares do domínio como *non aedificandi*, caberia a ele determinar a realização de nova perícia. [...]."

<sup>22</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, ob. cit., pp. 123-124. É como entende, também, Adroaldo Furtado Fabrício, *Fatos notórios e máximas de experiência*, ob. cit., p. 09: “dispondo o juiz de conhecimento técnico necessário, por exemplo, em medicina, poderia dispensar a perícia nessa área de especialização, aplicando a regra de seu próprio saber técnico para a formação de seu convencimento? Embora a doutrina registre opiniões em sentido oposto, a resposta correta é forçosamente negativa. Do contrário, o juiz acumularia a função de perito, impossibilitando a adoção do correspondente procedimento probatório e amputando às partes a oportunidade de participar dele pela forma que a lei lhe assegura”.

uma empresa de engenharia, contra a decisão do juiz que condenou a apelante a indenizar a vítima de um acidente automobilístico. Essa apelação foi publicada na *Revista de Processo*, nº. 144, e constitui uma interessante fonte de discussão sobre a aplicação das máximas de experiência.<sup>23</sup> O acidente automobilístico em questão foi resultado de uma derrapagem na pista ocasionada pela presença de britas espalhadas pelo asfalto. Alegou a vítima que tais britas foram deixadas de forma negligente pela empresa naquele trecho. “A tese de defesa fundou-se na *prova técnica* de que a brita que utilizava para execução de serviço em outro trecho da rodovia não era a mesma que havia sido ‘responsável’ pelo acidente, não se podendo lhe atribuir a culpa no evento danoso. Não obstante os documentos que atestam a diferenciação técnica dos materiais, somando com os depoimentos das testemunhas do réu, o magistrado entendeu que: ‘Não obstante tentar a ré demonstrar que a especificação técnica da brita utilizada era diferente da encontrada no local do acidente, tem-se que a ‘brita’ depositada sob uma rodovia não é o que ordinariamente acontece (art. 335 do CPC). Ademais, vê-se que das quatro testemunhas arroladas pela primeira ré à f., três mantinham, ou mantiveram, vínculo com tal ou com a outra ré. (...) Não obteve êxito a ré, em que pese a inegável competência do ilustre advogado, em demonstrar que as ‘britas’ sob a rodovia não eram provenientes dos serviços que lá desenvolvia”.<sup>24</sup> Fundamentam a apelação na má apreciação do conjunto probatório e sobrepondo as máximas de experiência aos critérios técnicos, o que feriria de morte o art. 335 do Código de Processo Civil, uma vez que o juiz utilizou as regras de experiência para se convencer de que fora a empresa de engenharia a causadora do dano, afastando a especificação técnica demonstrada pela ré em relação à brita utilizada por ele e à brita que se encontrava no local do acidente. “Da forma como o magistrado valeu-se das regras de experiência, parte da premissa de que todas as britas são iguais, independentemente da finalidade para que sirvam, o que sabemos não ser verdade. [...]. Isso, na verdade, é conhecimento técnico, de engenheiro de

---

<sup>23</sup> Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues, As máximas de experiência (art. 335, CPC) e a impossibilidade de sua aplicação pelo Magistrado quando exige-se conhecimento técnico específico. Apelação interposta contra sentença que excedeu os limites das máximas de experiência, In *Revista de Processo*, nº. 144, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan. 2007, p. 264. A apelação versa em relação à Ação Ordinária 6212/99 (017.03.001128-6), comarca de Domingos Martins, Estado do Espírito Santo.

<sup>24</sup> Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues, As máximas de experiência (art. 335, CPC)..., ob. cit., p. 259.

estradas, e, simplesmente não poderia ser desprezado pelo magistrado cível. Aliás, tal informação técnica foi levada em consideração – e, respeitado o conhecimento técnico – pelo magistrado penal que convenceu-se exatamente em sentido contrário à ilação firmada no juízo cível, que repita-se, foi feito de forma contrária ao conhecimento técnico”.<sup>25</sup> Em grau de apelação, o Tribunal julgou favoravelmente à apelante e prolatou o seguinte acórdão:

“PROCESSO CIVIL – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO E RESSARCIMENTO – ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO – FALECIMENTO – SENTENÇA CRIMINAL ABSOLUTÓRIA – ART. 384, IV, DO CP – INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO NO JUÍZO CÍVEL – ALEGAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA PELO ACIDENTE – NÃO DEMONSTRADA – ALEGAÇÃO DE QUE O JUÍZO A QUO NÃO PODERIA UTILIZAR-SE DE REGRA DE EXPERIÊNCIA COMUM PARA PRESUMIR QUE O ACIDENTE SE DEU POR BRITA DEIXADA NA PISTA DE ROLAMENTO PELA RECORRENTE – BRITA ENCONTRADA NO LOCAL – SOLO BRITA 0,5 MM – BRITA UTILIZADA PELA APELANTE – BRITA ZERO – ALEGAÇÃO ACOLHIDA – SUSTENTAÇÃO DE QUE O JUÍZO MONOCRÁTICO INCORREU EM *ERRO IN IUDICANDO* – MÁ APRECIACÃO DAS PROVAS – PROVA TÉCNICA E *MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA* EM SENTIDO CONTRÁRIO À CONDENAÇÃO IMPOSTA NA SENTENÇA – ALEGAÇÃO ACOLHIDA – RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO. [...] III – Constatado, no caso concreto, que a brita encontrada no local do acidente é diferente daquela utilizada pela empresa apelante, não se pode utilizar das *máximas de experiência*, de vez que, por questão lógica, não se pode presumir que a culpa pelo acidente seria da recorrente. IV – Entende-se que o juízo monocrático incorre em *erro in iudicando* quando, no caso concreto, valora mal as provas dos autos. *In casu*, o juízo *a quo* excedeu os limites das *máximas de experiência*, uma vez que dispensou prova técnica, prova cabal para o devido deslinde da lide, eis que capaz de demonstrar inequivocamente a distinção entre a brita que ocasionou o acidente e a utilizada pela empresa apelante. V – Recurso provido, para reformar *in totum* a sentença monocrática”.<sup>26</sup>

### 3.3. Regras de experiência axiológica.

As regras de experiência axiológica são os juízos de valor que, assim como os outros tipos, integram o patrimônio cultural de uma determinada comunidade e são acessíveis ao homem médio. Para a ciência jurídica, têm um significado

---

<sup>25</sup> Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues, *As máximas de experiência (art. 335, CPC)...*, ob. cit., p. 265.

<sup>26</sup> TJES, Ap. Cível nº. 017.03.001128-6, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Maurílio Almeida de Abreu, j. em 04.07.2006, DJ 03.10.2006.

metodológico, voltado para a análise e valoração de casos concretos, mas, principalmente, para a interpretação e integração do Direito positivo.

Como dito anteriormente, essas máximas de experiência decorrem do chamado conhecimento filosófico inerente em certo contexto social. Compreende o senso de equidade, aplicado às relações sociais e ao Direito para interpretar a lei, integrar lacunas ou valorar as provas (as três funções das máximas de experiência que serão vistas adiante). Como explica Espinosa Rodriguez, os princípios de equidade levam ao aspecto mais transcendental e fundamental da ciência do Direito, a *justiça*.<sup>27</sup>

São *regras da ética* e constituem o que se pode designar de *moral positiva*: um conjunto de valores comungados pelos membros da sociedade que, não obstante sua heterogeneidade e multidimensionalidade, possuem (ou devem possuir) valores comuns que direcionam as relações entre os sujeitos e se tornam referencial não só de conduta, mas também de um programa político para aquela comunidade, direcionando ações e seu destino.<sup>28</sup>

Podem ter várias origens e campos de aplicação, isto é, podem ser juízos de valor de diversos tipos. Contudo, o que os torna todos comuns é o fato de serem referências axiológicas para a vida em sociedade, seja no cotidiano das relações sociais, seja na tarefa de determinar o paradigma desta sociedade, que se expressa na lei. É possível citar dois exemplos que demonstram a diversidade dos conceitos aqui presentes, mas que apresentam um ideal axiológico comum a todos:

- Mãe (ou pai) é quem cria, não quem dá a luz;
- A pessoa que comete ato ilícito não poderá dele se beneficiar;
- Direito é a “*ars boni et æqui*” (Celso).

A primeira regra axiológica do exemplo acima tem repercussões jurídicas, hodiernamente, como na chamada paternidade sócio-afetiva, e tem aplicação recorrente junto aos tribunais brasileiros, como se depreende do seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

---

<sup>27</sup> Tulio Enrique Espinosa Rodriguez, *La valoración de la prueba en el proceso*, ob. cit., p. 25.

<sup>28</sup> Sobre a moral positiva, ver Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís, *Curso de teoría del derecho*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 61-90.

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. – [...]. O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. – O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A *contrario sensu*, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido.<sup>29,30</sup>

---

<sup>29</sup> STJ, REsp. nº. 878.941/DF, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 21.08.2007, DJ 17.09.2007, p. 267. Outra interessante decisão do STJ, que expressa bem o valor contido na máxima, é a do HC nº. 43.604/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 10.08.2005, DJ de 29.08.2005, p. 139: “HABEAS CORPUS. EXPULSÃO. FILHO NASCIDO E REGISTRADO APÓS O FATO CRIMINOSO. LEI Nº. 6.815/80, ART. 75, § 1º. DEPENDÊNCIA SÓCIO-AFETIVA. FATOR IMPEDITIVO. 1. O ordenamento constitucional, de natureza pós-positivista e principiológica, tutela a família, a infância e a adolescência, tudo sob o pálio da dignidade da pessoa humana, fundamento jus-político da República. 2. Deveras, entrevendo a importância dos laços sócio-afetivos incorporou a família estável, fruto de união espontânea. 3. Destarte, inegável que a família hoje está assentada na paternidade sócio-afetiva por isso que, absolutamente indiferente para a manutenção do filho junto ao pai alienígena, a eventual dependência econômica; posto se sobrepor a dependência moral-afetiva. 4. Deveras, é assente na Corte que: ‘A vedação a que se expulse estrangeiro que tem filho brasileiro atende, não apenas o imperativo de manter a convivência entre pai e filho, mas um outro de maior relevo, qual seja, do de manter o pai ao alcance da cobrança de alimentos. Retirar o pai do território brasileiro é dificultar extremamente eventual cobrança de alimentos, pelo filho.’ (HC 22446/RJ, 1ª Seção, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 31.03.2003). 5. Nesse sentido, a leitura principiológica da Súmula n.º 01 do E. STF e da Lei n.º 6.815/80, exurgente em ambiente ideologicamente diverso daquele que norteou a Carta Magna de 1988. 6. Deveras, a Corte, a partir do HC 38.946/DF, julgado em 11.05.2005, publicado em 27.06.2005, exteriorizou: ‘Quando do julgamento do HC nº. 31449/DF, o eminente Ministro Teori Albino Zavascki, inaugurou uma interpretação mais ampliativa ao tema em face da legislação superveniente (Constituição Federal e ECA), concluindo pela proibição do afastamento de estrangeiro, não apenas quanto à questão de ordem material e econômica, mas sobretudo ante a prevalência do interesse da criança em dispor da assistência afetiva e moral, assim dispondo: ‘A norma transcrita foi introduzida pela Lei 6.964, de 09/12/81 e deve ser interpretada em consonância com a legislação superveniente, especialmente com a CF/88, a Lei 8.069 (ECA), de 13.07.90, bem como, as convenções internacionais recepcionadas por nosso ordenamento jurídico. A partir dessas inovações legislativas, a infância e a juventude passaram a contar com proteção integral, que as insere como prioridade absoluta, garantindo, entre outros, o direito à identidade, à convivência familiar e comunitária, à assistência pelos pais’. Ainda que existência de filho brasileiro havido posteriormente ao ato delituoso e ao decreto expulsório, como no caso em exame, em face da nova interpretação mais avançada acerca do tema, importa em reconhecer a preservação da tutela do interesse da criança, tudo em consonância com o que dispõe o ECA e a Constituição Federal. Restringir-se à limitação temporal do § 1º do art. 75 do Estatuto do Estrangeiro é fazer tabula rasa do ordenamento jurídico vigente em que se pauta pela preservação do interesse não apenas econômico, mas, sobretudo, afetivo da criança.’ 7. Outrossim, na ponderação dos interesses em tensão, há sempre de prevalecer a hodierna doutrina do *best interest of the child*. 8. *In casu*, há provas nos autos de que o impetrante é pai de filha brasileira, fruto de união estável com mulher de mesma nacionalidade, por isso que o

Na decisão acima está claro que o STJ aplicou uma regra axiológica, um valor inerente à sociedade, pelo qual deve se sobrepor o afeto ao critério biológico na determinação da paternidade.

A segunda enunciação se fundamenta no sentimento de solidariedade da sociedade, sendo que aquele que causa dano a outrem deverá indenizar (artigos 186, 187 e 927, *caput* e parágrafo único, do Código Civil), afinal, *neminem laedere*.

O terceiro exemplo demonstra a importância desses valores para a determinação do que se entende por Direito, o que se deseja do Direito: um instrumento de paz, promoção e realização. Pela equidade, o Direito deve promover a justiça.<sup>31,32</sup> É bem verdade que este conceito (justiça) é uma das questões mais problemáticas que a ciência, a teoria e a filosofia jurídicas têm a enfrentar, dada a dificuldade de defini-la com objetividade e desapego a inclinações sensíveis subjetivas. Daí o grande valor que as regras de experiência axiológicas têm: elas, como juízos de valor comuns ao homem razoável, podem contribuir para objetivamente direcionar o sentido necessário e adequado à noção de justiça, e compreender melhor, assim, o papel do Direito ou sua finalidade. Essa tarefa não é apenas acadêmica, senão também prática, que se pode verificar no processo, a partir do desenvolvimento de uma consciência em torno desses valores, que em muito poderá contribuir para a formulação de decisões justas, adequadas à lei, interpretada de acordo com esses valores sociais.

Existem outras máximas, provenientes do Direito Romano, que aglutinam juízos de valor e determinam a finalidade do Direito. Nesse sentido, pode-se citar

---

imputado já cumpriu a pena imposta pelo delito motivador do pleito de expulsão. 9. Ordem concedida para determinar a extinção do processo de expulsão, bem como para determinar a imediata soltura do paciente”.

<sup>30</sup> Lucas Pereira Baggio, O artigo 335 do Código de Processo Civil à luz da categoria das máximas de experiência, ob. cit., p. 181, introduz seu trabalho com o episódio bíblico protagonizado pelo Rei Salomão em que duas mulheres disputavam a maternidade de uma criança. O Rei determinou que lhe trouxessem uma espada para que a criança fosse dividida ao meio e, assim, atribuir as metades a cada uma das pretensas mães. Uma delas se opôs. O Rei determinou que a criança fosse entregue a esta, pois nenhuma mãe quer que seu filho seja morto: “a sabedoria do Rei Salomão, no caso, identifica-se com a aplicação das máximas da experiência: o sentimento materno impõe a proteção de sua prole, e a verdadeira mãe prefere não criar o seu filho a vê-lo morrer”.

<sup>31</sup> Nesse sentido, ver Norberto Bobbio, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, São Paulo, Manole, 2007.

<sup>32</sup> Francisco Amaral, A equidade no código civil brasileiro, In Arruda Alvim *et all.*, *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 202, explica a relação, para os romanos, entre *jus* e *æquitas*.



os chamados *juris præcepta* (ou preceitos de direito), formulados por Ulpiano no século II, d. C., e que se encontram no *Digesto 1, 1, 10,1*, quais sejam<sup>33</sup>:

1. *Neminem lædere* (não lesar, isto é, não causar prejuízo a ninguém);
2. *Suum cuique tribuere* (dar a cada um aquilo que é seu);
3. *Honeste vivere*, que mais tarde foi modificado para *pacta servare* (viver honestamente, ou, cumprir os compromissos).

Por tais máximas, vê-se condicionado o Direito àquilo que a sociedade espera da regulamentação jurídica: 1) as regras do Direito devem evitar a lesão (patrimonial, física e moral), isto é, deve preservar a integridade dos sujeitos; 2) o Direito deve promover a justiça (e deve ser justo); e 3) o Direito deve tutelar a paz e a segurança sociais a partir dos compromissos firmados.

As máximas de experiência axiológicas são aquilo que se convencionou designar de “princípios gerais do Direito”. Aqui, porém, deu-se preferência à primeira designação com o propósito de tornar o tema mais de acordo com a processualística e de fundamentar a aplicação direta dos princípios gerais no processo decisório. Os princípios gerais, ou máximas axiológicas, têm basicamente duas funções: integrar lacunas (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil) e servir de orientação para a interpretação e correta aplicação das regras jurídicas (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil c/c art. 127 do Código de Processo Civil).

É preciso admitir a existência de *uma parte imaterial do Direito*, constituída de uma consciência formulada ao longo da experiência jurídica. Veja que não se trata de identificar *um Direito imaterial* – o que corresponderia à noção de Direito natural –, mas sim de identificar um aspecto não ontológico do Direito, que aqui deve ser caracterizado além da visão tradicional de positividade, ou seja, de sua

---

<sup>33</sup> Fernando Noronha, *Direito das obrigações*, vol. 1, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 421-422. O autor destaca que as opiniões de Ulpiano, a partir da *Lei das Citações*, do ano de 426, editada pelos Imperadores Teodósio II e Valentiniano III, passaram a ter força obrigatória. O autor utiliza os *juris præcepta* para demonstrar que eles constituem princípios ético-jurídicos que se relacionam às três categorias de obrigações: negociais, responsabilidade civil e restituição do enriquecimento sem causa. Contudo, percebemos ser possível ampliar o campo de entendimento desses preceitos de direito, entendendo-os como máximas que resultam da experiência jurídica de uma comunidade política. Observados minuciosamente, perceberemos que eles representam ideias centrais da finalidade do Direito. São concepções prévias à noção do Direito, de maneira a atribuir-lhe um sentido.

existência objetiva. Dessa maneira, pode-se dizer que o Direito é constituído pelo estatuto normativo que rege a sociedade e por um conjunto de *alguns valores* que refletem a virtuosidade do Direito em sua preocupação na preservação da humanidade. Esses valores são aquilo que se pode designar de *princípios gerais do Direito*, que correspondem a uma pauta indicativa de como deve ser o Direito, quer dizer, em que deve orientar-se o conjunto de normas para que seja considerado um bom Direito, cumprindo, assim sua função de realização plena das potencialidades dos indivíduos.<sup>34</sup>

A justificativa da existência desse aspecto imaterial do Direito já foi dada por Del Vecchio: “o direito corresponde a uma necessidade humana e é inseparável da

---

<sup>34</sup> Importante esclarecer, seguindo a lição de Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 352, que tais princípios foram “redescobertos”, e não inventados a partir da perspectiva pós-moderna. No entanto, não pense que esses princípios gerais do Direito correspondem ao Direito natural, pois hodiernamente tratou-se de abandonar essa idéia em decorrência das falhas das correntes jusnaturalistas do passado. A partir do formalismo de Rudolph Stammler inaugurou-se o chamado *neo-jusnaturalismo*, que afasta a noção de um Direito natural universal e imutável, e sobreleva a *função* do Direito natural, qual seja, a de controlar a arbitrariedade do legislador na sua função jurígena. Quer dizer, os princípios gerais não são Direito natural, mas têm a mesma função deste Direito natural. Uma justificativa da importância da idéia de Direito natural é oferecida por Giorgio Del Vecchio, *Princípios Gerais do Direito*, Belo Horizonte, Líder, 2003, pp. 28-29, que, com isso, coloca-se como um adepto do *new-jusnaturalismo*: “A idéia de direito natural é, na verdade, daquelas que acompanham a humanidade no seu desenvolvimento; e se, como decerto tem ocorrido, principalmente em nossos tempos, algumas escolas fazem profissão de excluí-la ou ignorá-la, ela se afirma, poderosamente, na vida. Por isso, é vã e incôgrua a tentativa de repudiá-la, e tanto mais quando se trata de interpretar um sistema legislativo que, como o nosso, se formou, direta e indiretamente, sob o império dessa idéia. Disso temos prova não tanto nos trabalhos preparatórios cuja importância não queremos exagerar para os fins da interpretação, quanto no fato de que a nossa legislação de ordem privada deriva, em máxima parte, do direito romano, que se desenvolveu todo em torno da idéia da *naturalis ratio*, e o direito público, dos sistemas constitucionais da Inglaterra e da França, que têm por documentos fundamentais os *bill of rights* e a *Déclaration des Droits*, expressões típicas e genuínas da escola *jus naturalis*. Seja qual for o juízo que o intérprete queira fazer, em sua consciência, dessa grandiosa tradição doutrinal e de sua vitalidade em nossos dias, que, por muitos sinais, entretanto, se manifesta inesgotada, não poderá desconhecer a sua existência e vigorosa influência ao tempo da formação do nosso sistema jurídico. De onde procede a necessidade de estudar essa escola, sob pena de renunciar a inteligência exata e veraz do mesmo sistema”. A escola jusnaturalista “ajuda, antes de tudo, a descobrir a fonte daquela parte dos princípios gerais do direito que o legislador teve ocasião de recolher e formular, ainda que sem dar-lhes expressão completa; e também daqueles outros não formulados, mas não menos existentes, virtualmente, no âmbito do sistema, quase sepultados na congêrie das normas particulares, que lhes são aplicações mais ou menos exatas” (p. 29). Nesse diapasão é que se torna possível justificar que existe um aspecto do Direito que se encontra em nossa própria natureza humana, gerado pelo espírito humano, e que independe de materialização por parte do legislador. Trata-se dos princípios gerais do Direito. Segundo Del Vecchio, “as normas sancionadas pelo direito positivo podem não corresponder, em absoluto, aos princípios deduzidos da razão e contradizê-los em parte, ou modificá-los, ou, de vários modos, restringi-los” (p. 60). Por tal razão, fácil é perceber que existe uma categoria de princípios positivada (que aqui se convencionou designar “princípios jurídicos”) e outra não positivada (os “princípios gerais do Direito”).

própria vida do homem”.<sup>35</sup> Fácil é compreender o significado de tal afirmação: quer dizer que existe Direito ainda que não exista legislador. E esse Direito que independe de legislador – ou melhor, de Estado – é aquele conjunto de princípios gerais. Os princípios gerais do Direito não se referem aos princípios de um Direito positivo nacional, mas sim ao Direito *in genere*, ou seja, aos elementos lógicos e éticos do Direito que, por serem racionais e humanos, são, virtualmente, comuns aos diversos povos.<sup>36,37</sup>

Os princípios gerais do Direito são resultado daquilo que se entende por Direito e daquilo que se deseja como Direito, e que está historicamente condicionado. Significa que os princípios gerais são reflexos de um *sentimento* que constrói a idéia de Direito. E esse sentimento tem sua origem na *experiência jurídica dos povos*, no processo de evolução do Direito e na noção que se tem

---

<sup>35</sup> Giorgio Del Vecchio, *Princípios Gerais do Direito*, ob. cit., p. 32.

<sup>36</sup> Giorgio Del Vecchio, *Princípios Gerais do Direito*, ob. cit., p. 12. E continua na mesma página: “A *ratio juris* universal é patrimônio comum de nossa consciência jurídica desde os romanos”. Mais adiante, na p. 26, disserta que “Se houve contraste absoluto entre o *certo*, que deriva da autoridade, e o *verdadeiro*, que deriva da razão, não teríamos leis, e sim aparências de leis [...]. O direito positivo tem, pois, no fundo, certa racionalidade”.

<sup>37</sup> É também em Giorgio Del Vecchio, *Princípios Gerais do Direito*, ob. cit., nota nº. 10, p. 11, citando Prececutti, que se encontra uma definição de princípios gerais do Direito: “regras que a razão humana deduz da natureza das coisas e de suas mútuas relações. E todo direito positivo, ainda que sem expressa declaração do legislador, encontra o seu verdadeiro complemento no direito natural, que reúne, em sumo grau, o duplo caráter de unidade e universalidade”. É certo também, que o Direito objetivo é constituído por normas que seguem a seguinte tipologia: *regras de conduta e princípios*. Há algumas normas que são orientações valorativas e possuem uma carga axiológica tal que são consideradas princípios. A origem destes princípios pode ser os princípios gerais. Todavia, nem todo princípio do Direito está incluso no sistema normativo: aqueles que estão positivados, ou seja, foram reconhecidos ou criados pelo legislador (*princípios jurídicos*) são princípios diferentes daqueles que independem de reconhecimento do Estado e que são fórmulas universalizadas (*princípios gerais do Direito*). De maneira semelhante, ensina Giorgio Del Vecchio, *Princípios Gerais do Direito*, ob. cit., p. 18: “circunscrever esses princípios às mesmas normas particulares já formuladas e pretender que sejam eles, exclusivamente, obtidos por esse modo, importa introduzir, de novo o inconveniente que o legislador quis remover e tolher aos princípios gerais a virtude integralizadora que lhes é própria”. Quer isso dizer que os princípios gerais estão além da positivação, e considerá-los como imateriais é uma necessidade lógica, pois só assim cumprem sua função (planejada pelo próprio legislador, como se depreende da simples leitura do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil), e, principalmente um outro aspecto de sua funcionalidade, qual seja, a de servir de paradigma e referencial para o aperfeiçoamento do Direito. Conclui-se que os princípios gerais têm dupla função: 1ª) aperfeiçoamento (orienta a busca de um bom e ideal Direito positivo); e 2ª) integração (soluciona casos concretos para os quais não haja norma precisa ou matéria análoga que se lhe aplique). Dessa forma, os princípios gerais servem para determinar a juridicidade natural do Direito ou complementar sua juridicidade positiva.

deste.<sup>38</sup> E aí está a sua estreita relação com as regras de experiência axiológica, como será melhor desenvolvido a seguir.

No seu “*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*” (Da vocação de nosso século para a legislação e a ciência do direito), Savigny, um dos fundadores da Escola Histórica, defende o desenvolvimento do Direito a partir do povo (*Vol*). O povo, anterior e superior ao Estado, segrega uma espécie de consciência popular, o *espírito do povo* (*Volksgeist*). É do espírito do povo que surge o Direito, instintiva e inconscientemente.<sup>39</sup> Pois bem, é desse espírito do povo, é desta consciência popular, constituída da experiência conjuntural (política, jurídica, social, filosófica *etc.*) deste povo – da *tradição*, portanto –, que parecem brotar as máximas de experiência axiológicas que terão importância decisiva na criação e na aplicação do Direito. Elas indicarão a perspectiva e a virtude que o Direito deve ter como sistema de controle social.

Máximas de experiência axiológicas são aquilo que a sociedade espera do Direito, ou aquilo que a sociedade espera que o Direito imponha a ela: proteção, respeito, paz, correição *etc.* Elas são critérios de adequação/conexão do Direito ao *espírito do povo*. Constituem a parte imaterial do Direito e servem de critério de avaliação da lei, das normas jurídicas, e indicam o paradigma axiológico do Direito. Veja, então, que conectam o Direito à consciência social, de maneira a orientar ao juiz, ao jurista, ao legislador, enfim, a todos os operadores do Direito, a como constituí-lo e interpretá-lo de maneira a atender à sua finalidade social.

É preciso questionar, agora, onde se localizam as máximas de experiência axiológicas no ordenamento jurídico. Isso porque as regras de experiência comum e técnica estão determinadas expressamente no art. 335 do Código de Processo Civil. Mas ele nada fala sobre valores predominantes na sociedade. Pelo menos não explicitamente. Então, de onde se obtém a existência das máximas axiológicas em nosso sistema jurídico? Como resposta é possível citar alguns dispositivos de relevo: os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e os artigos 127 e o próprio 335 do Código de Processo Civil.

---

<sup>38</sup> Para melhor compreender o Direito como experiência, veja, por todos, Miguel Reale, *O Direito como experiência* (introdução à epistemologia jurídica), São Paulo, Saraiva, 1968, especialmente pp. 01-20.

<sup>39</sup> Friedrich Carl von Savigny, *La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*, Bologna, Forni, 1968, pp. 30 e ss.

O art. 5º do Decreto-Lei nº. 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil) prescreve: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. A simples análise desse comando indica que o processo (interpretação e aplicação do Direito) deve ser um espaço de promoção da função social da lei e do bem comum.<sup>40</sup> Qual suporte hermenêutico, porém, deve utilizar o juiz para compreender a função social e o bem comum? Ora, a partir daquilo que a própria sociedade entende como sendo os fins da lei e o bem.

Nessa perspectiva, as máximas de experiência (comuns, técnicas e, principalmente, as axiológicas) ocupam um importante papel para determinar, com objetividade, qual é o *telos* que a sociedade espera alcançar com as leis.

A outra norma introdutória das máximas de experiência axiológicas é o art. 127 do Código de Processo Civil: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. Embora a redação restrinja a utilização da equidade (apenas quando autorizado por lei, como no caso do § 4º do art. 20 e do art. 1.109 do CPC, bem como o art. 15 da Lei nº. 5.478/68 e dos artigos 413, 479, 944, §, 953, §, 954 e 156 do Código Civil), o dispositivo deve ser lido de maneira diferente, demonstrando a abertura do sistema ao princípio da equidade, especialmente após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que utiliza como técnica legislativa as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que demandam do juiz um trabalho hermenêutico maior para promover a justiça do caso concreto.<sup>41</sup> Assim, é

---

<sup>40</sup> Maria Helena Diniz, *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 162-163, escreve que “Não há lei que não contenha uma finalidade social imediata. Por isso o conhecimento do fim é uma das preocupações precípua da ciência jurídica e do órgão aplicador do direito. O princípio da finalidade da lei norteia toda a tarefa interpretativa na busca da autêntica *mens legis*; [...]. Os fins sociais, como bem observa Tércio Sampaio Ferraz Jr., são do direito, pois a ordem jurídica, como um todo, é um conjunto de normas para tornar possível a sociabilidade humana; logo dever-se-á encontrar nas normas o seu fim (*telos*), que não poderá ser anti-social. A legislação tornou-se um dos meios mais eficazes para atingir fins precisos no domínio social. Para Vander Eycken os fins sociais têm valor desigual, havendo uma hierarquia entre eles: subsistência da sociedade, liberdade, segurança, igualdade, abundância. O aplicador deverá ter por escopo a felicidade da sociedade política”.

<sup>41</sup> Nesse sentido, Francisco Amaral, *A equidade no código civil brasileiro*, ob. cit. Disserta, ainda, o autor sobre os significados principais da equidade para o Direito: “A equidade é um conceito multissignificativo, uma verdadeira cláusula geral, uma hipótese legal de ampla generalidade que se faz presente em todas as experiências jurídicas do mundo ocidental, interessando à filosofia e à teoria do Direito, particularmente no que tange à interpretação jurídica. Excepcional por natureza, pois somente aplicável nas hipóteses legais previamente estabelecidas, tem vários significados, conforme sua imediata função. Tem-se, assim: a equidade *interpretativa*, quando o juiz, perante a dificuldade de estabelecer o sentido e o alcance de um contrato, por exemplo, decide com um justo comedimento; a equidade *corretiva*, que contempla o equilíbrio das prestações, reduzindo, por exemplo, o valor da cláusula penal; a equidade *quantificadora*, que atua na hipótese de fixação do *quantum indenizatório*; a equidade *integrativa*, na qual a equidade é fonte de integração, e ainda a

preciso esclarecer, quanto ao art. 127, que, na realidade, em toda atividade aplicadora do Direito, mesmo nas mais simples subsunções, deverá o magistrado cumprir seu ofício à luz da equidade, ou seja, deverá promover a justiça no caso concreto. Como destaca Amaral, “a sedes *materiæ* da eqüidade está no problema da realização integral da justiça, pelo que justiça e eqüidade são inseparáveis. Ora, a justiça é uma virtude que consiste em dar a cada um o que é seu. Representa basicamente uma preocupação com a igualdade e com a proporcionalidade. A primeira implica uma correta aplicação do direito, de modo a evitar-se o arbítrio. A segunda significa tratar de modo igual os iguais e de modo desigual os desiguais, na proporção de sua desigualdade e de acordo com o seu mérito. Equivalência e proporção”.<sup>42</sup> Nesta hipótese, a equidade é o referencial axiológico que leva à correta aplicação do Direito, e, por isso, estará sempre presente na atividade jurisdicional, independentemente de autorização legislativa.<sup>43,44</sup>

---

eqüidade *processual*, ou juízo de eqüidade, conjunto de princípios e diretivas que o juiz utiliza de modo alternativo, quando a lei autoriza, ou permite que as partes a requeiram, como ocorre nos casos de arbitragem” (pp. 198-199).

<sup>42</sup> Francisco Amaral, A eqüidade no código civil brasileiro, ob. cit., p. 199.

<sup>43</sup> Nessa perspectiva, veja a parte destacada no seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça: “Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo sócio-afetivo. Peculiaridades. – A ‘adoção à brasileira’, inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor. – [...] – Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar ‘adotivo’ e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico. – *Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões.* Recurso especial provido”. (STJ, REsp. 833.712/RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 17.05.2007, DJ 04.06.2007, p. 347).

<sup>44</sup> “MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA. HORAS IN ITINERE. EQÜIDADE. O fato da justiça do trabalho ser especializada, possibilita uma efetiva observação dos fatos que ordinariamente acontecem nos sucessivos casos que lhe são submetidos ao conhecimento, por intermédio das ações aforadas. Se a propalada insuficiência torna extremamente penoso o deslocamento do obreiro, não pode ser considerado mera insuficiência, mas incompatibilidade de horário ou ausência de transporte público. As Leis e as Súmulas devem ser aplicadas e interpretadas de acordo com a eqüidade para evitar injustiças. É muito cômodo para nós falarmos em mera insuficiência de transporte como causa excludente do direito às horas extras *in itinere*, oriundas da regra consubstanciada no artigo 4º, da CLT, quando não sofremos os percalços daqueles que se utilizam do deficiente transporte rodoviário, urbano ou não, deste estado” (TRT 17ª Região, RO nº. 01017.2007.191.17.00.6; Ac. 5290/2009, Rel. Des. Cláudio Armando Couce de Menezes, DOES 19.05.2009, p. 9).

Explica Amaral quais são as funções da equidade no processo de aplicação do Direito:

“O recurso à equidade como critério intermediador no processo de realização do Direito pode deixar clara a inadequação da norma jurídica devido a, por exemplo, um processo de mudanças sociais, exigindo uma reflexão sobre o Direito e sua aplicação, donde dizer-se, também, ser a equidade a consciência do Direito. Vislumbram-se assim, desde já, duas funções para a equidade: 1) proporcionar um critério para a interpretação jurídica, concedendo ao intérprete maior autonomia, e 2) constituir-se, como consciência do Direito, em impulso para as respectivas mudanças, buscando o Direito, o novo Direito, como solução justa para casos concretos”.<sup>45</sup>

A equidade está presente em todo processo de aplicação do Direito, pois ela representa a adequação da lei às necessidades sociais. A noção de equidade decorre do conhecimento filosófico de um povo, que determina seu conteúdo. A esse saber sobre valores, designamos, aqui, de regras de experiência axiológicas. A equidade, então, é determinada por essas máximas de experiência. Nesse sentido, assevera Amaral que o Código Civil de 2002 (Lei nº. 10.406/2002), tendo empregado a técnica legislativa das normas vagas (cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados), inaugura uma nova fase de jurisprudencialização dos conflitos cíveis, de maneira que para dar o alcance e a interpretação mais adequados das normas vagas ao caso concreto, deverá o juiz ser norteado pela equidade. Daí a necessidade de distinguir ideologicamente o Código Civil de 2002 e o Código de Processo Civil de 1973:

“O Código de Processo Civil (Lei 5.869/73), sancionado na vigência da Emenda Constitucional de 1969, consubstanciando valores e princípios diversos dos que legitimam a atual Constituição, é produto de uma concepção formal e legalista (veja-se o art. 2º do CPC), que

---

<sup>45</sup> Francisco Amaral, A equidade no código civil brasileiro, ob. cit., p. 199. Mais adiante, assevera a distinção: “O Código de Processo Civil, por sua vez, dispõe, no art. 127, que o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei. Insere-se esse dispositivo no Livro I, Título IV, Capítulo IV, referente aos poderes, deveres e responsabilidade do juiz na condução do processo e no julgamento da lide, compondo o conflito de interesses e realizando a Justiça. Dessa disposição processual resulta evidente, de imediato, que, no Direito brasileiro, só se admitiria o juízo ou decisão por equidade nos casos permitidos em lei. É de explicitar-se, porém, que o juízo de equidade não se contrapõe ao juízo legal, ambos pertencem ao mesmo sistema de tutela jurisdicional, sendo o juízo de equidade apenas um derivativo do juízo legal” (pp. 206-207).

não se coaduna com o espírito do novo Código Civil, de fundamentos axiológicos outros. E reconheça-se, com Philip Heck que, ‘em cada decisão jurídica concreta pode atuar o conteúdo global da ordem jurídica’. Logo, o Código de Processo Civil vigente e o novo Código Civil representam pensamentos jurídicos, histórica e filosoficamente diversos. O primeiro, normativista, orientado para a aplicação lógico-dedutiva das normas jurídicas; o segundo, jurisprudencialista, dispondo de princípios e cláusulas gerais, orientando o intérprete para a decisão jurídica de modo “problemático-dialético”, prevendo o recurso a critérios ético-jurídicos que permitam chegar à concreção jurídica, conferindo maior poder ao juiz para encontrar a solução mais justa ou eqüitativa. Não obstante, o mesmo Código de Processo Civil, no seu art. 471, ao estabelecer as exceções à regra geral, segundo a qual nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, não inclui nessas exceções a decisão proferida em juízo de eqüidade”.<sup>46</sup>

Dessa forma, o recurso a este princípio, após o Código Civil de 2002, tornou-se uma necessidade constante, isto é, será empregado não só quando a lei determinar, mas sempre que o juiz tiver que enfrentar a realização do Direito no caso concreto. Concluindo, entende que o juiz recorre à eqüidade quando<sup>47</sup>:

1. A lei assim o determinar (art. 127 do Código de Processo Civil);
2. As partes assim convencionarem em acordo de compromisso arbitral;
3. O juiz tiver que decidir com base nas cláusulas gerais. Nesta hipótese, a eqüidade cumpre o papel histórico de igualdade e proporcionalidade, orientando a interpretação das normas jurídicas.

Assim, a inserção da eqüidade no novo Código Civil brasileiro – necessária para que o Código cumpra os objetivos da técnica legislativa empregada – torna o Código um sistema aberto. Devido às suas funções interpretativa e corretiva, a eqüidade permite maior autonomia ao intérprete e aumenta o poder criador do juiz em face do caso concreto que se lhe apresenta.

---

<sup>46</sup> Francisco Amaral, A eqüidade no código civil brasileiro, ob. cit., p. 199. Com conclusões semelhantes, veja, também, Francisco Amaral, O Código Civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. Do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório, In *Revista Brasileira de Direito Comparado*, nº. 28, Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 1º sem. 2005, pp. 51-80.

<sup>47</sup> Francisco Amaral, A eqüidade no código civil brasileiro, ob. cit., p. 208.



## CAPÍTULO 4

### FUNÇÕES PROCESSUAIS DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA

Embora tradicionalmente abordadas no campo do direito probatório, as máximas de experiência devem ser compreendidas além do seu papel junto à valoração das provas. Deve-se, então, afastar a restrição feita por Satta à aplicação das máximas de experiência, limitadas apenas à valoração dos fatos.<sup>1</sup>

As regras de experiência, verdadeiramente, devem ser entendidas como instrumentos metodológicos e processuais de realização do Direito. Na primeira hipótese, sua importância é acadêmica: são subsídios para uma compreensão teórica e científica multidimensional do Direito, conectado à realidade social. Quanto à sua importância processual, são critérios objetivos que o juiz utiliza como orientação para aplicar o Direito no caso concreto.

É o papel processual das máximas de experiência (comuns, técnicas e axiológicas) que interessa por ora. A tarefa a ser desenvolvida nesse capítulo consiste em buscar a destinação que se pode dar às regras de experiência no processo. Fala-se, assim, de suas *funções*.

A funcionalidade jurídica de um instituto indica aquilo que este faz *no e pelo* Direito. As máximas de experiência, como já apontado, dada sua origem na mentalidade social, servem de critérios que permitem que a aplicação do Direito esteja em consonância com os anseios sociais, cumprindo, assim, seu fim social através da realização do bem comum (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil). Então, em síntese, a função processual das máximas de experiência é servir de *critério orientador para a aplicação do Direito*.<sup>2</sup> Serão utilizadas para valorar fatos,

---

<sup>1</sup> Salvatore Satta, *Diritto processuale civile*, 7ª ed., Padova, CEDAM, 1967, p. 164.

<sup>2</sup> As máximas de experiência foram empregadas pelo Supremo Tribunal Federal num sentido próximo a este, quando entende que elas se integram às normas jurídicas, no RE nº. 75.675/SP, 1ª T., Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. em 17.06.1974, DJ de 13.12.1976: “RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO ESTETICO ORIUNDO DE AMPUTAÇÃO DA PERNA. 1) A JURISPRUDÊNCIA DO STF ADMITE A REPARAÇÃO DO CHAMADO DANO ESTETICO OU MORFOLOGICO. 2) AS MAXIMAS DA EXPERIENCIA INTEGRAM-SE NA NORMA JURÍDICA E A COMPLETAM NA APRECIACÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, MORMENTE QUANDO DIAGNOSTICAM VÍCIO LOGICO DO JULGADO”.

interpretar as normas e preencher lacunas na lei.<sup>3</sup> Dessa forma, são três as funções processuais das máximas de experiência:

- *Função probatória;*
- *Função hermenêutica;*
- *Função integrativa.*

Confirmando a tese das funções variadas das máximas de experiência aqui apresentada, Cresci Sobrinho<sup>4</sup> resume o uso das regras da vida nas seguintes hipóteses:

- *Entendimento e interpretação do material que as partes trazem para o processo;*
- *Valoração dos meios de prova e dos indícios;*
- *Subsunção dos fatos na lei;*
- *Preenchimento de conceito legal em branco por meio da experiência;*
- *Quando o juiz deve pronunciar uma consequência jurídica com base na sua convicção.*

Igualmente, Didier Jr. também entende que existem funções variadas das máximas no processo: “a) apuração dos fatos, a partir dos indícios; b) valoração da prova, comparando aquelas já produzidas; c) interpretação dos enunciados normativos, auxiliando no preenchimento do conteúdo dos chamados conceitos jurídicos indeterminados”.<sup>5</sup>

A importância de se analisar as máximas de experiência nessa perspectiva multifuncional é bem demonstrada por Barbosa Moreira:

---

<sup>3</sup> José Carlos Barbosa Moreira, Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, In, *Temas de direito processual – 2ª série*, São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 61-72, igualmente, dá função variada às máximas, além daquela de apuração dos fatos (probatória).

<sup>4</sup> Elicio de Cresci Sobrinho, O juiz e as máximas da experiência, In, *Revista Forense*, ano 82, vol. 296, Rio de Janeiro, Forense, out./dez. 1986, p. 431. Na página seguinte, cita o conceito de máximas de experiência dado por Richard Holzhammer, o qual destaca o papel das regras na valoração dos fatos e das normas: “são regras da experiência vivencial geral (assim, da psicologia, das ciências naturais) ou de um especial conhecimento (costumes do comércio, por exemplo) e servem para o julgamento de fatos (ou formação de juízos de valor) e também para a constatação de fatos, como ocorre com a prova por indícios. O juiz utiliza tais regras independentemente das partes e segundo seu conhecimento das ocorrências da vida”.

<sup>5</sup> Fredie Didier Jr., *Direito processual civil*, vol. I, 5ª ed., Salvador, Juspodivm, 2005, p. 477.

“É óbvio que o legislador, ao redigir normas, não emprega unicamente palavras e expressões de cunho técnico-jurídico, nem se preocupa em definir todas as noções de que se serve. Ele espera ser entendido na medida em que confia na existência de um acervo de conhecimentos comum à generalidade das pessoas que terão de lidar com as normas: ao falar, por exemplo, em ‘preço’, em ‘consentimento’, em ‘animal’, em ‘edifício’, parte do pressuposto de que são geralmente conhecidos, e por isso dispensam explicação, os conceitos expressos em tais vocábulos; apenas quando pretende atribuir-lhes, para fins específicos, significarão mais ampla ou mais restrita do que a vulgar, é que cuida de lançar definições”.<sup>6</sup>

Cabe analisar, a seguir, cada uma dessas funções, separadamente.

#### 4.1. Função probatória.

Essa função diz respeito à utilização das máximas de experiência na apuração dos fatos e consequente formulação da convicção do juiz.<sup>7</sup> No juízo probatório, as máximas de experiência participam como fonte da prova *prima facie* (presunções *hominis*) e na valoração/raciocínio do juiz do suporte fático levado pelas partes ao processo.<sup>8</sup>

De acordo com Pistolose – em monografia que aborda as regras de experiência como prova *prima facie* (*Beweis des ersten auschein*, também chamada de *prova de primeira aparência*) – a prova *prima facie* é uma consequência da valoração que o juiz faz daquilo que geralmente acontece. A regularidade de certos acontecimentos conhecidos pela experiência, permite

---

<sup>6</sup> José Carlos Barbosa Moreira, Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, In *Temas de direito processual – 2ª série*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 64.

<sup>7</sup> José Carlos Barbosa Moreira, Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, ob. cit., pp. 66-67.

<sup>8</sup> TST, AIRR nº. 157/2002-042-03-00.0, 1ª T., Rel. Min. João Oreste Dalazen, j. em 08.02.2006, DJ 03.03.2006: “PROVA. PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO RACIONAL. ART. 131 DO CPC. 1. No sistema processual vigente não há qualquer tarifação legal que atribua valores às provas. Pelo contrário, a lei consagrou a independência do juiz na indagação da verdade e na apreciação das provas, apenas exigindo que o magistrado fique adstrito aos fatos deduzidos na ação, à prova desses fatos nos autos, às regras legais específicas e às máximas de experiência, e à indicação dos motivos que determinaram a formação de seu convencimento. Cuida-se do princípio da livre convicção racional da prova ou persuasão racional ou livre convencimento motivado, previsto no artigo 131 do CPC, à vista do qual não existe hierarquia entre os diversos meios de prova. 2. Não viola, portanto, o artigo 131 do CPC acórdão de Tribunal Regional do Trabalho que conclui pela configuração da prestação de horas extras com base nas provas carreadas aos autos. 3. Agravo de instrumento a que se nega provimento”.

formular conclusões quanto aos fatos que se pretende provar.<sup>9</sup> Isso nada mais é que o conceito de presunção. A prova *prima facie* é aquela que deriva da experiência da vida. Como tal, não deverá ser diferenciada da prova por presunção judicial ou de experiência. Da mesma forma que se faz a relação entre máximas de experiência e presunção, aquelas são as fontes destas, ou melhor, são as premissas maiores na qual se subsumem os indícios e de cuja conclusão resulta uma presunção.<sup>10</sup>

Ainda quanto ao papel desempenhado pelas máximas de experiência no juízo de apuração dos fatos, cabe destacar sua incidência direta na valoração das provas e formação da convicção do juiz a partir do raciocínio que o magistrado faz sobre o material fático-probatório trazido ao processo. O juiz, como ser humano que é, raciocina com base na cultura do homem médio, ou seja, a partir das regras vivenciais do ser humano. O raciocínio do juiz é uma das fases do *iter* de valoração da prova, um procedimento complexo que abrange uma série de operações sensoriais e intelectuais e que pode ser dividido nas seguintes fases<sup>11</sup>:

1. *Percepção*: quando o juiz entra em contato com os fatos, pessoas, coisas ou documentos (meios de prova);
2. *Reconstrução*: quando o juiz procede à representação histórica do acontecido;
3. *Raciocínio*: quando o juiz procede à concatenação dos fatos para inferir uma decisão, a partir de uma lógica do razoável.

---

<sup>9</sup> Gennaro Roberto Pistolese, *La prova civile e le c. d. massime di esperienza*, Padova, CEDAM, 1935, pp. 70 e ss.

<sup>10</sup> Nesse sentido, Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 284: “As máximas de experiência operam como critérios para formular inferências probatórias, servindo, sobretudo, como *remissas maiores* para as *presunções simples*, que são aquelas as quais não estão previstas na lei, mas que o magistrado extrai de um fato conhecido para chegar a um fato desconhecido. Assim, por exemplo, a presunção de culpa do motorista que colide na parte traseira do veículo que estava na sua frente é uma presunção simples, derivada da experiência comum, que pode ser elidida somente por provas substanciais em sentido contrário. Do mesmo modo, se ficou provado que nove meses antes do parto a mãe de Caio havia mantido relações sexuais com Tício, o juiz, com base no seu conhecimento de que a gestação dura aproximadamente esse período, vai reconhecê-lo como o pai da criança”.

<sup>11</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, pp. 40-41.

Veja, portanto, que a valoração interfere diretamente na formação da convicção do juiz quanto aos fatos, como consequência da adoção do princípio do livre convencimento (art. 131 do Código de Processo Civil).

A importância da discussão em torno aos sistemas de apreciação das provas diz respeito ao processo de valoração do material probatório, especialmente aquele realizado pelo juiz e que vinculará as partes de um processo. *Valoração da prova* é a formação de um juízo de valor sobre o objeto da prova (*thema probandum*), através do qual o juiz forma seu convencimento acerca do *fato probandi*,<sup>12</sup> de maneira a pronunciar sua conclusão que implica num ato de decisão (aplicação da norma jurídica).

É possível estabelecer a existência histórica de três sistemas de apreciação da prova:

1º) *Prova legal*: é aquela em que a lei fixa detalhadamente o valor a ser atribuído a cada meio de prova.<sup>13</sup> É originado das *Ordálias* (juízos de Deus), cuja evolução permitiu chegar ao sistema da prova legal.<sup>14</sup> Neste sistema, cabe à lei atribuir um valor fixo aos meios de prova, que deverão ser levados em consideração pelo juiz no processo de formulação de seu convencimento<sup>15</sup>, ou seja, o propósito era tarifar as provas, afirmando que determinados fatos deveriam ser provados por certo meio, ou que um outro meio era inadequado para tal fim. Com essa medida seria possível diminuir a liberdade do juiz, vinculando-o ainda

---

<sup>12</sup> Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, vol. I, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 402. Ou, nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 101: “Valoração da prova é a *avaliação da capacidade de convencer, de que sejam dotados os elementos de prova contidos no processo*”.

<sup>13</sup> Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 19ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 352.

<sup>14</sup> Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, ob. cit., p. 402. Segundo o autor, no sistema das ordálias “acreditava-se que a parte que estivesse com a razão seria protegida pela divindade. Desta época são os meios de prova mais estapafúrdios e cruéis, como a utilização de água fervente (a ser jogada sobre a parte, a fim de verificar se a mesma mentia) ou da fogueira”.

<sup>15</sup> Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, ob. cit., pp. 402-403, assim exemplifica o sistema da prova legal: “se a lei atribuísse à prova testemunhal peso um, à prova documental peso dois e à confissão peso três, o juiz, ao final do processo, deveria verificar quanto de cada um desses meios probatórios cada parte dispõe, para que possa declarar então quem teve a melhor sorte no processo. Tal sistema, hoje inteiramente superado, transformou o processo em verdadeiro jogo, onde o sucesso ficaria ao lado do melhor estrategista”. Mais à frente (p. 403), o autor destaca que o art. 227 do Código Civil, que revogou tacitamente o art. 401 do Código de Processo Civil, negando qualquer valor à prova exclusivamente testemunhal nos negócios jurídicos cujo valor exceda dez vezes o valor do salário mínimo vigente no país é um resquício da prova legal no Direito contemporâneo.

mais ao Direito positivo, pois, como bem destaca Dinamarco, “constituem *vínculos normativos à formação do convencimento pessoal do juiz*”.<sup>16</sup>

De acordo com Stein, a prova legal substituía a experiência individual e a opinião do juiz sobre o valor dos meios de prova. As regras sobre as provas já expressavam, no entendimento de seus cultores, as máximas de experiência, tanto assim que a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil alemão vigente à época do autor dava às regras de prova legal o caráter de “máximas de experiência de ouro”, ou seja, regras de experiência em forma de lei.<sup>17</sup>

2º) *Íntima convicção ou valoração “secundum conscientiam”*: é aquele pelo qual o juiz deverá julgar de acordo com seu convencimento, a ser constituído a partir de quaisquer elementos trazidos ao processo. Veja, portanto, que este sistema deixa ao juiz integral liberdade de avaliação<sup>18</sup> (ciência privada do juiz). “O juiz não fica, por este sistema, vinculado às provas produzidas, podendo proferir sua decisão, até mesmo, com base em impressões pessoais e fatos de que tomou conhecimento extrajudicialmente”.<sup>19</sup> Por tais razões, é um sistema de extrema insegurança e inimigo do Estado de Direito.<sup>20</sup>

3º) *Persuasão racional, ou livre convencimento, ou livre convencimento motivado*: o juiz forma livremente seu convencimento (não se prende ao Direito positivo), porém dentro de critérios racionais que deverão ser indicados na motivação da decisão (fundamentação).<sup>21</sup> Este é o sistema adotado pelo ordenamento processual civil brasileiro, como se depreende do art. 131 do Código de Processo Civil. Inclusive, é o mesmo sistema que vigora no processo penal, tanto que o art. 131 do CPC funciona como parâmetro hermenêutico para o art. 157 do Código de Processo Penal. É preciso ter em mente, como destaca Cintra,

---

<sup>16</sup> Candido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, ob. cit., p. 103. Segundo

<sup>17</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, 2ª ed., Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 32-33.

<sup>18</sup> Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; e Candido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, ob. cit., p. 352.

<sup>19</sup> Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, ob. cit., p. 403. Destaca, ainda, que este sistema vige até hoje em relação ao Tribunal do Júri, uma vez que os jurados não estão vinculados às provas existentes, podendo decidir de acordo com suas inclinações e convicções pessoais.

<sup>20</sup> Candido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, ob. cit., p. 104.

<sup>21</sup> Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; e Candido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, ob. cit., p. 352.

Grinover e Dinamarco, que “persuasão racional, no sistema do devido processo legal, significa convencimento formado com liberdade intelectual mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão”.<sup>22</sup> Perceba, então, que junto da decisão deverá o juiz apresentar os motivos que o levaram a decidir daquela determinada maneira (princípio da motivação das decisões judiciais – art. 93, IX da Constituição da República c/c art. 458, II do CPC). Dinamarco bem elenca as características, em síntese, deste sistema: “a) ainda que *livre*, o convencimento do juiz deve ser racional e não emocional; b) ele deve necessariamente resultar do material colhido nos autos do processo; c) o juiz tem o dever de justificá-lo ao motivar a decisão; d) em certos casos, o valor da prova é dimensionado pela lei e não pelo juiz. Segue-se que no direito atual o juiz valora livremente a prova, mas *não tão livremente assim*”. Outrossim, para Didier Jr., a liberdade na apreciação está sujeita a certas regras, que condicionam a convicção, tais como: “a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica; b) às provas destes fatos colhidas no processo; c) às regras legais e às máximas de experiência. O livre convencimento motivado também fica limitado pela racionalidade, não sendo admitida a apreciação das provas de acordo com critérios irracionais, por mais respeitáveis que sejam; não pode o magistrado, em um Estado laico, decidir com base em questões de fé, por exemplo”.<sup>23</sup>

Também aqui neste último sistema as máximas de experiência encontram expressão, pois servirão elas para embasar a persuasão racional do julgador, uma vez que expressam aquilo que ordinariamente acontece.

Rosito traz uma antiga discussão quanto ao método de raciocínio que o juiz emprega em sua convicção<sup>24</sup>:

1º) *Método dedutivo*: do geral ao particular (raciocínio lógico-dedutivo). Comporta apenas um juízo de verdade ou falsidade, e não de probabilidade. O

---

<sup>22</sup> Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; e Candido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, ob. cit., p. 352. Destaca Alexandre Freitas Câmara, *Lições de direito processual civil*, ob. cit., p. 404, que neste sistema não poderá o juiz formar sua convicção a partir de elementos que não estejam nas provas carreadas para os autos, baseando-se no brocardo *quod non est in acti non est in mundo* (o que não está nos autos não está no mundo).

<sup>23</sup> Fredie Didier Jr., *Direito processual civil*, vol. I, 5ª ed., Salvador, Juspodivm, 2005, p. 497.

<sup>24</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., pp. 17-19.

raciocínio dedutivo lida com conclusões que devem, necessariamente, ser verdadeiras, uma vez que todas as premissas são verdadeiras. Um exemplo: todo metal conduz eletricidade; o cobre é um metal; logo, o cobre conduz eletricidade (sendo as premissas verdadeiras, logo, a conclusão também o é)<sup>25</sup>;

2º) *Método indutivo*: do particular ao geral. Esse raciocínio toma por base uma observação experimental para verificar se o fato já conhecido é suscetível de reproduzir-se com análogos resultados. Parte de questões particulares para alcançar formulações generalizadas. Exemplo: uma amostragem de certo número de eleitores contabilizou certa porcentagem de votos para determinado candidato; logo, naquelas eleições, aquele percentual corresponde ao provável resultado final das eleições. Enquanto o pensamento dedutivo leva a conclusões verdadeiras inquestionáveis, já contidas nas hipóteses, o raciocínio indutivo leva a formulações prováveis, mas gerais que as hipóteses<sup>26</sup>;

3º) *Método abduativo ou reconstrutivo*: toma por referência que o raciocínio do juiz conduz a uma decisão, e não a uma verdade. Essa decisão expressa uma verdade provável e depende de certa racionalidade para que seja aceita. A lógica que o juiz emprega em seu raciocínio é a da abdução ou reconstrução, através da qual se propõe a descobrir o passado: “Parte-se, conseqüentemente, de elementos para reconstrução de um fato que vem afirmado, sendo o seu princípio cardinal a probabilidade determinada pelas convergências”.<sup>27,28</sup>

---

<sup>25</sup> Esse é o método dos racionalistas, desenvolvido por Descartes, Spinoza e Leibniz. A principal referência do raciocínio dedutivo é o silogismo, uma construção lógica que, a partir de *premissas* (proposições), retira uma terceira proposição logicamente implicada nas primeiras, denominada *conclusão*. Veja, então, que nesse método parte-se de princípios reconhecidos como verdadeiros e possibilita chegar a conclusões em razão de sua lógica, de maneira puramente formal. Seu campo primeiro de aplicação é a Física e a Matemática, cujos postulados científicos comportam a formulação de verdadeiras leis universalmente válidas. Já nas ciências sociais esse método encontra utilização mais restrita, por causa da dificuldade de se obter argumentos gerais, cuja veracidade não possa ser colocada em dúvida. Para que nas ciências sociais esse método encontre aplicação, será necessário partir de posições dogmáticas, o que nem sempre é aceito e possível por parte da comunidade científica.

<sup>26</sup> O método indutivo é desenvolvido pelos empiristas, a exemplo de Galileu, Bacon, Hobbes, Locke e Hume. Procede de maneira inversa ao raciocínio dedutivo, pois parte do particular e coloca a generalização como um produto posterior do trabalho de análise de dados particulares. A generalização não é *a priori*, mas uma constatação a partir da observação de casos concretos que confirmam a realidade. Passou a ser utilizado pelas ciências naturais. Com o positivismo de Auguste Comte, que pretendeu levar para as ciências sociais o método das ciências naturais, o raciocínio indutivo passou a ser aplicado também nas ciências sociais. Neste sentido, serviu para que os sociólogos abandonassem uma postura especulativa e se inclinassem a adotar a observação como procedimento indispensável para atingir o conhecimento científico.

<sup>27</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 19.



Esse método reconstrutivo foi objeto de análise de Dellepiane, quando propôs à comunidade acadêmica e à prática forense uma nova teoria da prova. O propósito do autor, no trabalho que aqui será seguido como paradigma, é demonstrar a estreita relação entre a teoria da prova judicial e a chamada metodologia da história que é empregada nas ciências designadas de *reconstrutivas*.<sup>29</sup> Segundo escreve, o juiz, antes de proceder à subsunção, reconstrói o fato (*thema probandum*) historicamente, para só então determinar qual a norma aplicável àquele caso concreto:

“antes de preocuparse de averiguar cuál es la ley aplicable al caso sometido a su decisión, – lo que supone el conocimiento de dicha ley y su correcta interpretación – necesita el juez imperiosamente haber establecido el caso *sub-judice*, es decir, haber reconstruido el hecho sobre el cual versa el litigio o el proceso; tarea que exige en el magistrado una preparación especial, enteramente distinta de la jurídica, no obstante que las leyes procesales contengan, como contienen, diversos preceptos, encaminados, a veces, a guiar al juez, y, en otros casos, a fijarle normas para ese proceso de reconstrucción, como sucede con las disposiciones relativas a la recepción de la prueba de testigos”.<sup>30</sup>

Nessa tarefa abduativa dos fatos, não restam dúvidas de que as máximas de experiência podem servir para confirmar as reconstruções sobre o *thema probandum*. Como adverte o próprio Dellepiane, “ao falar de reconstrução convém

---

<sup>28</sup> Paolo Tonini, *A prova no processo penal italiano*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 56-57, caracteriza da seguinte maneira o método abduativo: “O raciocínio de tipo *abduativo* parte de um fato *particular* para afirmar a existência de um outro fato *particular*. Nesse caso, o raciocínio baseia-se em uma simples ‘observação’ dos fatos, sem requerer necessariamente especial competência científica. Um exemplo clássico: ‘aquele que matou A usava tênis manchado de uma tinta amarela’ (fato particular); ‘B era a única pessoa que naquele dia, naquela situação, vestia tênis manchado de tinta amarela’ (fato particular); ‘B matou A’ (conclusão)”.

<sup>29</sup> Antonio Dellepiane, *Nueva teoría general de la prueba*, 4ª edición, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1939, pp. 13-14.

<sup>30</sup> Antonio Dellepiane, *Nueva teoría general de la prueba*, ob. cit., p. 24. Prossegue sua lição identificando o trabalho do juiz com o do historiador (*juiz historiador*): “probar un hecho es establecer su existencia, es demostrar que existió antes o que existe en la actualidad, resulta evidente que esta primera tarea del juez se confunde con la del historiador y la del juez, entre la prueba judicial y la historia, radica, desde luego, en la identidad de fines, dado que la última se propone también establecer hechos pretéritos, mostrar y explicar cómo pasaron las cosas en el pasado. Y si los fines son idénticos no lo son menos los medios, en uno y otro caso, en cuanto el juez y el historiador utilizan, bajo nombres distintos, los mismos medios para llegar a su objeto, que lo son los rastros, vestigios o huellas dejados por los hechos al producirse (medios de prueba, fuentes de la historia), y en cuanto ambos siguen los mismos procesos lógicos para esa reconstrucción” (pp. 24-25).

determinar que não se trata propriamente de um ato ou operação material, senão ideal ou mental, em suma, figurada”.<sup>31</sup> Desta forma, as máximas de experiência, ao que parece, podem servir de critério objetivo para guiar esse procedimento mental figurativo, evitando, assim, subjetividades que podem levar a um resultado arbitrário: “a história, e, por conseguinte, os casos judiciais, são uma ficção, fantasia ou novela verdadeira, em cuja composição ou elaboração desempenha um grande papel a imaginação inventiva”.<sup>32</sup> É por isso que, conscientes dessa característica do método reconstrutivo, é preciso prever um campo de atuação objetivo e limitado. Neste sentido, as máximas de experiência podem servir de critério e referencial confirmativo das conclusões obtidas, de maneira que o fato reconstruído, estando em desacordo com o que ordinariamente acontece, já é um forte indicativo de que a abdução foi realizada de forma irracional. Afinal, a história pretende conhecer exatamente a realidade como ela existiu.

De acordo com Dellepiane, o processo de reconstrução compreende as seguintes operações<sup>33</sup>:

- *Busca de rastros;*
- *Coleção dos rastros, diretamente ou com o auxílio de peritos e inspeção in situ;*
- *Conservação dos rastros;*
- *Descrição e representação figurada dos fatos;*
- *Descrição do lugar e reprodução figurada por meio de fotografias etc.;*
- *Observação e estudo dos rastros diretamente ou auxiliando-se com peritos ad hoc;*
- *Formação de inferências e hipóteses baseadas nos rastros colhidos;*
- *Crítica das hipóteses para estabelecer seu valor;*
- *Comparação e combinação de inferências para investigar o acordo ou desacordo dos fatos (aplicação do princípio da confirmação);*

---

<sup>31</sup> Antonio Dellepiane, *Nueva teoría general de la prueba*, ob. cit., p. 32.

<sup>32</sup> Antonio Dellepiane, *Nueva teoría general de la prueba*, ob. cit., p. 33.

<sup>33</sup> Antonio Dellepiane, *Nueva teoría general de la prueba*, ob. cit., pp. 37-38.

- *Exclusão de hipóteses contraditórias (intervenção do azar, da falsificação de provas etc.).*

Pois bem. Como consequência do reconhecimento do método abduutivo tem-se que a análise do raciocínio judicial permite constatar a superação da dicotomia entre *verdade real X verdade formal*<sup>34</sup>, para dar relevância a uma *verdade provável* no âmbito do processo civil, baseada num *juízo de probabilidade*. Isso porque, como adverte Rosito, a investigação judiciária adotando por excelência o método abduutivo, “não partindo da certeza do fato, mas somente do resultado conhecido, não se pode conceber outra coisa a não ser que a investigação judiciária adota o método abduutivo, visando a remontar a causa que o produziu. Dessa forma, a construção representa o resultado de uma série de inferências abduativas, que, combinadas entre si, contribuem para a formação de uma hipótese provável, com caráter propriamente inventivo e de descoberta”.<sup>35</sup> Trata-se da chamada *verdade histórica*, definida por Mittermaier como “aquela que procuramos obter sempre que

---

<sup>34</sup> Sobre a dicotomia entre verdade formal e verdade material, assim escreve J. E. Carreira Alvim, *Teoria geral do processo*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, pp. 279-280: “O juiz, tendo por ofício aplicar a lei ao caso concreto, precisa saber da verdade; persegue a verdade dos fatos. A verdade, no processo, costuma ser considerada pela doutrina sob um duplo aspecto: *formal* e *material*. Chama-se *verdade formal* aquela que resulta do processo, embora possa não encontrar exata correspondência com a realidade. Assim, prescreve o art. 302 do CPC que ‘presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados’. Deixando de impugnar determinado fato, este se torna incontroverso, e a parte que deveria prová-lo fica isenta do ônus da prova. Se o autor afirmou que o fato ocorreu num dia chuvoso, e o réu deixa de negar esta circunstância, não importa que, na realidade, naquele dia, o sol tenha secado os rios (Lopes da Costa). Por outro lado, chama-se *verdade material* aquela a que chega o julgador, reveladora dos fatos tal como ocorreram historicamente e não como querem as partes que tenham ocorrido”.

<sup>35</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 21. Jair Pereira Coitinho, Verdade e colaboração no processo civil (ou a prova e os deveres dos sujeitos processuais), In Guilherme Rizzo Amaral e Márcio Louzada Carpena (Coords.), *Visões críticas do processo civil brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 79, destacando a crise da verdade no processo, e assumindo a verossimilhança como consequência da falibilidade do conhecimento humano, assim escreve: “Dados os limites à reconstrução de fatos pretéritos, o discurso judicial não pode alimentar a esperança de obtenção da verdade absoluta, livre de vícios ou imperfeições. Esse é o primeiro óbice enfrentado na instrução da causa, e decorre do abandono da ilusão liberal individualista. [...] A idéia implica a derrocada dos padrões rígidos adotados desde a promulgação do Código Civil francês (também conhecido como Código Napoleônico), em 1804, a partir do que a aplicação do Direito passou a ser vista como procedimento meramente lógico-formal por dogma de subsunção. A insuficiência desse paradigma é notória porque a aplicação do direito, enquanto decisão jurídica de conflitos sociais, não pressupõe apenas um raciocínio de índole formal, fundado na Lógica Clássica; pelo contrário, encontra-se intimamente vinculada a discursos que articulem valores, que não se confundem com evidências racionais ou empíricas (pressupostos básicos da aplicação do raciocínio silogístico dedutivo ou indutivo), o que faz sobrelevar a importância da argumentação”.

queremos nos assegurar da realidade de certos acontecimentos, de certos fatos realizados no tempo e no espaço”.<sup>36</sup>

No processo é suficiente a formulação da convicção com base em um juízo de probabilidade ou verossimilhança, obtido a partir da reconstrução dos fatos. E aí se encontra, mais uma vez, a experiência humana como determinante para a construção racional dessa “verdade provável”, como destaca Lebre de Freitas:

“No âmbito do princípio da livre apreciação da prova, não é exigível que a convicção do julgador sobre a validade dos factos alegados pelas partes equivalha a uma absoluta certeza, raramente atingível pelo conhecimento humano. Basta-lhe assentar num juízo de suficiente *probabilidade* ou *verossimilhança*, que o necessário recurso às presunções judiciais (arts. 349 e 351 CC) por natureza implica, mas que não dispensa a máxima investigação para atingir, nesse juízo, o máximo de segurança”.<sup>37</sup>

É preciso compreender que esse método reconstrutivo, empregado no raciocínio do juiz, não segue um catálogo de regras jurídicas. O juiz é livre para formar seu convencimento (art. 131 do Código de Processo Civil), analisando as provas e as probabilidades. Ao valorar os fatos, o juiz não é guiado por um catálogo de normas que possam instruir como deve raciocinar. De acordo com Couture: “El juez, nos permitimos insistir, no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve de la vida”.<sup>38</sup> Isso significa que o juiz formula sua convicção sob fatores ou pré-conceitos de caráter supra-legal, originados da

---

<sup>36</sup> C. J. A. Mittermaier, *Tratado de la prueba en materia criminal o exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc.*, 9ª edición, Madrid, Reus, 1959, p. 79.

<sup>37</sup> José Lebre de Freitas, *Introdução ao processo civil: conceito e princípios*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra, 2006, p. 175. Os artigos 349 a 351 citados pelo autor se referem ao Código Civil português.

<sup>38</sup> Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1969, p. 272. Assim também Michele Taruffo, Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz, In *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, vol. 02, n. 02, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, jul./dez. 2001, pp. 171 e 172.

experiência vivencial e cultural do meio em que vive, quais sejam, as *máximas de experiência*.

Mittermaier, por exemplo, reconhece o papel da experiência na averiguação da verdade. Segundo escreve, ao averiguar a verdade, o juiz ou o intérprete, se subordinam a certas regras decisivas; seguem vias que são traçadas pela *razão* e pela *experiência*. Quando o entendimento sobre os fatos é tido por *verdadeiro*, apoiando-se em motivos sólidos, forma-se a chamada *convicção*. A convicção se torna *certeza* a partir do momento em que todos os motivos contrários são afastados e as hipóteses se confirmam.<sup>39</sup> Mas, para que haja certeza, é preciso atender às seguintes condições essenciais, assim enumeradas pelo autor<sup>40</sup>:

- *Existência de um conjunto de motivos creditados pela razão e pela experiência para servir de base à convicção. Veja o papel da experiência (expressa nas máximas ou regras de experiência) para confirmar as impressões históricas que constituem a base da convicção judicial;*
- *A convicção deve ser precedida de um esforço imparcial, profundo, que separe os meios que tendam a fazer admitir uma solução contrária;*
- *Não existirá certeza até serem afastados todos os motivos dos resultantes dos autos que deem um resultado positivamente contrário aos demais motivos subministrados;*
- *O entendimento não poderá olvidar as circunstâncias simplesmente imaginárias, desde que existam indícios na causa que estabeleçam uma probabilidade ainda que distante de negar os motivos sobre os quais se baseiam a convicção histórica.*

Entretanto, Mittermaier conclui que a certeza não existe, vez que se exime do vício da imperfeição humana, e que sempre o contrário pode ser suposto em relação àquilo que se admite como verdadeiro. O que existe, então, é uma certeza razoável:

---

<sup>39</sup> C. J. A. Mittermaier, *Tratado de la prueba en materia criminal*, ob. cit., pp. 83, 84 e 86.

<sup>40</sup> C. J. A. Mittermaier, *Tratado de la prueba en materia criminal*, ob. cit., p. 86.

“En efecto: en cualquier caso puede imaginarse tal combinación extraordinaria de circunstancias, que venga a destruir la certeza adquirida. Pero a pesar de esta combinación posible, no dejará de quedar satisfecho el entendimiento cuando motivos suficientes estableciesen la certeza, cuando todas las hipótesis razonables hubiesen desaparecido o sido rechazadas después de un maduro examen: el Juez entonces creará ciertamente estar en posesión de la verdad, único objeto de sus investigaciones. Además, el legislador ha querido que en esta certeza razonable estuviese la base de la sentencia. Pretender más, sería querer lo imposible, porque no puede obtenerse la verdad absoluta en aquellos hechos que salen del dominio de la verdad histórica. Si la legislación rehusara sistemáticamente admitir la certeza siempre que pudiera imaginarse una hipótesis *contraria*, se verían quedar impunes los mayores culpables, y, por consiguiente, la anarquía se introduciría fatalmente en la sociedad”.<sup>41</sup>

Por tais razões, trata o autor de distinguir entre *certeza e probabilidade*. Esta última existe quando a razão, apoiando-se em motivos consistentes, tem por verdadeiro um fato, mas, no entanto, ainda há motivos com o poder de negar a verdade desse fato, que não desaparecem completamente da base circunstancial da situação. Como a certeza não é possível de ser alcançada pela inteligência humana, a probabilidade, segundo Mittermaier, recobra sua importância no curso do processo, dirigindo a instrução e autorizando plenamente as medidas necessárias de serem tomadas.<sup>42,43</sup>

---

<sup>41</sup> C. J. A. Mittermaier, *Tratado de la prueba en materia criminal*, ob. cit., pp. 87-88.

<sup>42</sup> C. J. A. Mittermaier, *Tratado de la prueba en materia criminal*, ob. cit., pp. 88-89: “Resulta la probabilidad, o de que las pruebas que debieran por sí mismas establecer la verdad no se presentan por sí mismas establecer la verdad no se presentan a primera vista con las condiciones necesarias, o de que, en oposición a los motivos suministrados por ella, existen otros también, muy fundados, en sentido contrario, o de que la convicción no descansa sino en ciertos datos, que a pesar de su reunión, no son todavía bastante poderosos para producir la certeza. En ninguno de estos casos puede tomarse la probabilidad por base de una condena, porque siempre queda lugar a la duda, y la conciencia no puede quedar satisfecha de tal modo que parezca haberse desvanecido la posibilidad de lo contrario. En cambio, la probabilidad recobra toda su importancia en el curso del proceso, dirige la instrucción y autoriza plenamente, las graves medidas que es necesario tomar. Sabido es, en efecto, que el procedimiento de inquisición sigue una marcha mesurada y concienzuda, y que, para agravar la suerte del acusado con nuevos rigores, es, ante todo, preciso que éstos se justifiquen por el resultado de la información que precede. Por eso nunca se decreta la prisión sin que existan graves presunciones; por eso, para pasar a la información especial o principal, es preciso que el punto de hecho aparezca fundado, por lo menos, en grandes probabilidades, y que se alcen terribles cargos contra el acusado. Sólo, pues, la probabilidad existente puede poner al Juez en movimiento dentro de los límites de sus atribuciones, y ella sola aparece a menudo en el curso del proceso. Gradúase también según su valor; así, cuanto más numerosos y dirimientes son los motivos de la afirmativa, menor es la influencia de los motivos en contrario. Citemos, para concluir, un ejemplo: un solo testigo que venga a corroborar muchos indicios del cargo, da mucha más fuerza a la probabilidad que si prestara solamente una

Taruffo reconhece a importância das regras de experiência no raciocínio do juiz: “a máxima de experiência é uma regra geral construída indutivamente com base na experiência relativa a determinados estados de coisas. Essa regra pode depois ser utilizada pelo juiz como critério para fundar seus raciocínios e, sendo uma regra *geral*, ela serve para este como premissa-maior dos silogismos mediante os quais articula seu raciocínio”.<sup>44,45</sup>

---

declaración desnuda, aislada, o si los objetos robados que se encontrasen en poder del acusado depusieran por sí solos contra él”.

<sup>43</sup> Exemplo de como as máximas de experiência contribuem para a formulação de um juízo de probabilidade pode ser dado a partir do seguinte julgado: TJDF, Rec. 2007.11.1.006218-3, Ac. 355.335, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Rel. Juiz James Eduardo Oliveira, DJDFTE 13.05.2009, p. 229: “DIREITO DO CONSUMIDOR. OPERADORA DE TELEFONIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. INJUSTIFICADO ATRASO NA INSERÇÃO DE CRÉDITOS REGULARMENTE ADQUIRIDOS PELO CONSUMIDOR. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS. TRANSTORNOS E CONSTRANGIMENTOS QUE CONFIGURAM DANO MORAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL PASSÍVEL DE COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA. I. Pela teoria do risco do negócio ou da atividade, explicitamente albergada pelo Código de Defesa do Consumidor, as concessionárias dos serviços de telecomunicações respondem objetivamente pelas vicissitudes empresariais que envolvem a prestação de serviços a seus clientes. II. A responsabilidade objetiva das empresas de telefonia, além de sedimentada na legislação de defesa do consumidor, tem matiz constitucional porque os serviços de telecomunicações são explorados diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão da União. Inteligência dos arts. 21, XI e 37, § 6º, da Constituição da República. III. A operadora de telefonia responde objetivamente, isto é, independentemente de dolo ou culpa, pelos danos oriundos da demora injustificada na inserção de créditos e disponibilização de serviços ao consumidor que se encontra absolutamente em dia com o cumprimento de suas obrigações contratuais. IV. Segundo as máximas da experiência comum, cuja aplicação é legitimada pelos arts. 5º da Lei nº 9.099/95 e 335 do Código de Processo Civil, os transtornos e constrangimentos causados ao consumidor pelo injustificado atraso na regularização dos serviços e o conseqüente embaraço à realização de ligações e utilização dos bônus a que fazia jus, por afetarem sua estabilidade psíquica, ainda que episodicamente, caracterizam dano moral passível de compensação pecuniária. V. Para o correto e justo arbitramento da compensação do dano moral devem ser ponderados, à luz das circunstâncias do caso concreto, a capacidade econômica e a situação pessoal das partes, a gravidade e repercussão do dano e o nível de reprovação do ato doloso ou culposos do fornecedor. VI. No terreno das relações de consumo, o arbitramento da compensação do dano moral deve ser especialmente vocacionado à sua finalidade didática e pedagógica. Acentua-se, nesse caso, o escopo social e político do processo, voltado à pacificação social e à desestimulação de condutas omissivas ou comissivas que atentam contra os direitos elementares dos consumidores no tráfego negocial. VII. Deve ser prestigiada a sentença que arbitra a indenização do dano moral à luz do princípio da razoabilidade, de modo a efetivamente compensá-lo, a incutir no fornecedor percepção de maior responsabilidade empresarial e que, ao mesmo tempo, não desborda para o locupletamento indevido do consumidor. VIII. Sentença confirmada. Recurso desprovido. IX. Condenação da recorrente no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da verba condenatória. X. Acórdão lavrado nos termos do art. 46 da Lei nº 9.099/95”.

<sup>44</sup> Michele Taruffo, *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, ob. cit., p. 186. E prossegue: “A máxima de experiência atua como premissa-maior de uma ilação que o juiz formula, a qual pode ser portadora da certeza lógica da dedução silogística, precisamente porque fundada em uma premissa fática de natureza geral” (pp. 187-188).

<sup>45</sup> Colhem-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça os seguintes acórdãos que podem ser empregados como exemplos em que as máximas norteiam o raciocínio do magistrado na sua convicção: “RESP – CIVIL – LOCAÇÃO – DESPEJO – USO PROPRIO – LOCADOR –

Tradicionalmente, como visto no primeiro capítulo, a doutrina coloca as máximas de experiência como premissa-maior, defendendo sua aplicação a partir de uma ilação indutiva (subsunção). Porém, é preciso atentar para o fato de que tais regras vão além da inferência judicial, ou, como ensina Rosito, “as máximas de experiência estão inseridas no contexto lógico de natureza de abdução, fornecendo elementos ulteriores de confirmação da decisão. Assim, em sede de formulação da inferência probatória, servem para determinar a probabilidade da existência ou inexistência do fato probando”.<sup>46</sup> Por isso, confirmando o que se disse anteriormente, constituem, verdadeiramente, prova *prima facie*. Tal se percebe no seguinte exemplo de aplicação prática das máximas de experiência:

“Apesar de aduzir que não têm condições financeiras para custear o processo, os próprios apelantes confirmam o que o ora apelado afirmou em sua impugnação, que são comerciantes e que estão construindo uma casa de duzentos metros quadrados, de dois pavimentos. Tais circunstâncias, pelas máximas da experiência, abadas ao fato de haver contratação de advogados de sua confiança, não autorizam aventar-se o reconhecimento da falta de condições para custear o processo, pois não são próprias daqueles a quem ao Estado incumbe prestar assistência judiciária gratuita. Assim sendo, diante da própria confissão dos apelantes, não se vislumbra que sejam economicamente necessitados, de molde a justificar a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita”.<sup>47</sup>

---

PROPRIEDADE. Normalmente, o locador e o proprietário do prédio. Pode, entretanto, não sê-lo. Um e outro têm legitimidade para desconstituir a relação locatícia. Ainda que o seja para uso próprio da coisa alugada. Cumpre raciocinar com as máximas da experiência. Se alguém aluga, em nome próprio, imóvel de terceiro, presumir-se-á cessão de direito (ainda que informalmente), cujo feixe compreende o uso” (STJ, REsp 38.678/RS, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., j. em 23.11.1993, DJ 21.02.1994, p. 2189). Assim, também: “RESP – CONSTITUCIONAL – ANISTIA. A anistia visa a superar fatos anteriores, podendo, inclusive, desconsiderá-los normativamente. Instituto de interpretação ampla, encontra restrições registradas pela própria lei que a concede. Não afronta, porém, o princípio da isonomia, a ponto de gerar desigualdade jurídica. No caso de retorno do funcionário ao serviço público, urge estabelecer o paralelo da situação funcional do interessado com a vida também funcional dos colegas. E de considerar-se, raciocinando com as máximas da experiência, que o impetrante teria obtido a mesma movimentação na carreira. Inadequado, porém, contempla-lo com posição inatingida pelos colegas” (STJ, REsp 196.681/RJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., j. em 16.03.1999, DJ 19.04.1999, p. 190).

<sup>46</sup> Francisco Rosito, *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*, ob. cit., p. 87.

<sup>47</sup> TJSP, Apelação Cível c/ Revisão nº. 772603005, 34ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Cristina Zucchi, j. em 16.03.2009. Assim, também, TJSP, Apelação 7003351100, 22ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Campos Mello, j. em 25.03.2009: “INDENIZATORIA CONTA INATIVA. ANOTAÇÃO EM CADASTRO DE DEVEDORES PROCEDÊNCIA DECRETADA EM 1º GRAU. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE PERMITE FORMAÇÃO DE CONVENCIMENTO DE QUE HOUVE O ILÍCITO CONTRATUAL. DESNECESSIDADE DA PROVA DO DANO ALEGADO, QUE É PRESUMIDO, INFERIDO SEGUNDO JUÍZO DE EXPERIÊNCIA. ARBITRAMENTO RAZOÁVEL. RECURSO DESPROVIDO”.



É bem verdade que as máximas de experiência não podem oferecer uma certeza absoluta. Porém, é verdadeiro, também, que concedem um valor cognitivo de probabilidade mais racional, posto que decorrem daquilo que ordinariamente acontece na vida cotidiana e é apreensível pelo homem de cultura média. Por isso que foi destacado, anteriormente, que as máximas de experiência são um instrumento de equidade nas mãos do juiz, permitindo-lhe fazer a justiça do caso concreto<sup>48</sup>, especialmente quando o material probatório for insuficiente, como se verifica no caso deste acórdão:

“DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ALEGAÇÃO DE VENDA QUE NÃO INCLUÍA O TERRENO, MAS TÃO SOMENTE O PRÉDIO DE ALVENARIA. Pelas máximas de experiência a compra e venda de uma casa de alvenaria inclui o terreno, onde ela se assenta, não havendo prova concreta em contrário. APELO DESPROVIDO”.<sup>49</sup>

A falta ou insuficiência das provas constitui um problema para o processo, uma vez que: 1) o juiz não terá – ou o terá com baixa consistência – o material probatório sobre o qual possa formular com segurança sua convicção; e 2) tenham ou não as partes provado suas afirmações, o juiz deve decidir, em decorrência do princípio da inafastabilidade. A solução dada por Amaral Santos para este problema toma por referência o princípio *allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*: “Dada a imperiosa necessidade da prova, quando esta não se faz fica o juiz sem meios para decidir com quem ou de que lado está a verdade. É perfeita, assim, a máxima – *allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*. Não provados os fatos alegados, por quem tenha o dever de prová-los, não decorre o direito que deles se originaria se provados, e, como consequência, permanece o estado anterior à demanda. O juiz, não achando elementos para reconhecer a verdade,

---

<sup>48</sup> Nesse sentido, Lucas Pereira Baggio, O artigo 335 do Código de Processo Civil à luz da categoria das máximas de experiência, In Danilo Knijnik (Coord.), *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 200, discordando de Michele Taruffo, afirma a importância metodológica das máximas de experiência para o processo civil: essa categoria pode auxiliar grandemente “na solução justa e adequada do caso concreto, mediante a equilibrada ponderação entre a realidade, os valores, os fatos e o plano normativo”.

<sup>49</sup> TJRS, Ap. Cível nº. 70006761696, 20ª Câmara Cível, Rel. Léo Romi Pilau Júnior, j. em 03.12.2003.

não pode ir além do estado de fato preexistente à ação, e decidirá de forma a assim ficar, ou repelindo a ação, ou rejeitando a exceção”.<sup>50</sup> Disso decorrerá:

- *Actore non probante reus absolvitur*: se o autor não faz sua prova, decai da ação e o réu é absolvido; ou, então, na hipótese contrária,
- *Reus in excipiendo fit actor*: como na exceção o réu tem os mesmo ônus do autor, não fornecendo prova da exceção, será condenado.<sup>51</sup>

Essas soluções dadas por Amaral Santos ao problema da falta ou insuficiência de provas estão de acordo a orientação da doutrina e legislações contemporâneas que, seguindo as tradições romanas, entregam aos princípios informativos do ônus da prova a solução da carência de provas.<sup>52</sup> Todavia, as máximas de experiência, neste contexto, podem oferecer soluções – atendendo a certo grau de probabilidade e verossimilhança – que permitem a entrega da tutela jurisdicional de maneira equitativa.

#### **4.2. Função hermenêutica.**

A aplicação do Direito é uma decisão que tem como fundamento uma norma. Aplicar o Direito significa utilizar os preceitos normativos para solucionar casos concretos, conflitos ou não. Esse processo aplicativo sempre supõe uma decisão.

Como, porém, se chega a essa decisão que realiza uma norma? Para tanto, é preciso descobrir do que se está tratando, isto é, a mensagem que a norma traz em seu bojo. Para chegar a uma decisão, no processo de aplicação, deve-se descobrir uma decisão anterior que está contida nessa norma, e para isto é necessário saber preliminarmente o significado da norma, ou seja, qual o dever-ser, a conduta planejada, a regra, o mandato que está sendo requerido. Esta tarefa de descobrir o sentido da norma depende da interpretação jurídica, que pode ter uma acepção ampla ou estrita. Em sentido amplo (*lato*), a interpretação consiste em atribuir significado e estabelecer o alcance de expressões jurídicas; em sentido

---

<sup>50</sup> Moacyr Amaral Santos, Moacyr Amaral Santos, *Primeira linhas de direito processual civil*, vol. 2., 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 371.

<sup>51</sup> Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, ob. cit., p. 371.

<sup>52</sup> Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, ob. cit., p. 371.

estrito, interpretar é esclarecer os significados possíveis de uma expressão duvidosa.<sup>53</sup>

Entende Santiago Nino que a interpretação, como atividade, tem duas etapas<sup>54</sup>:

1. *Etapa pré-interpretativa*: previamente à determinação do significado, o intérprete identifica no sistema quantas e quais normas tratam da questão que ele tem em vista solucionar. Antes de adentrar à questão sintática, semântica, pragmática, lógica, o intérprete primeiro tem que identificar o enunciado, com base em sua importância e transcendência para a interpretação da norma que é o passo seguinte. Concluída essa etapa, passa-se a outra;
2. *Etapa interpretativa*: trabalha com o significado dos enunciados encontrados. Esta fase comporta uma subdivisão: num primeiro momento o intérprete busca os diferentes significados que uma oração, um enunciado ou uma proposição tem; no segundo momento, o intérprete opta por um significado dentre todos os possíveis que foram encontrados, e o aplica.

Todavia, a interpretação não se trata de uma atividade simples, como a primeira vista pode parecer. Peces-Barba, Fernández y Asís descrevem da seguinte forma o papel da interpretação para o Direito:

“La interpretación posee un carácter problemático y dialéctico. Ante un problema jurídico, cada operador puede dar una interpretación a un texto enfrentada con la de los restantes, y la solución será aquella que

---

<sup>53</sup> Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís, *Curso de teoría del derecho*, segunda edición, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 229. Abelardo Torrè, *Introducción al derecho*, 12ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pp. 434-435, advierte que toda norma jurídica é suscetível de interpretação: “Con esta advertencia, cabe decir que interpretar una norma jurídica consiste en establecer su verdadero sentido y alcance: a) *Establecer su sentido*: esto se explica porque una norma jurídica – como todo objeto cultural – significa algo, o si se quiere, tiene una ‘finalidad’, es decir, un sentido. Por ejemplo, una ley que establece vacaciones anuales pagadas por el empleador, tiene la ‘finalidad’ de asegurar un descanso necesario para la salud física y mental de los trabajadores. Y éste es su sentido. b) *Alcance*: quiere decir la extensión de esa finalidad o sentido, porque con dos leyes o dos proyectos, puede perseguirse una misma o análoga finalidad, aunque con distinto alcance. Por ejemplo, una ley provincial que establezca vacaciones anuales para los empleados públicos provinciales y otra nacional que establezca también para todos los empleados y obreros: como es evidente, la finalidad perseguida es la misma, pero no hay duda que en distinta medida”.

<sup>54</sup> Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 4ª ed., Barcelona, Ariel, 1991, pp. 245-248.

cuenta con mejores apoyos racionales o también aquella que decida quién tiene poder para ello (el juzgador o a quien se haya otorgado tal potestad, como ejercicio de su voluntad). En cualquier caso, esa solución interpretativa no puede decirse que sea la única o la verdadera (aunque en el Derecho llegue a adquirir ese papel). Así, en la actividad interpretativa hay una importante presencia de valoraciones. Es decir, a pesar de que puedan ser descritos criterios y mecanismos jurídicos interpretativos, a la hora de interpretar aparecen también las valoraciones del intérprete que tiene que elegir entre posibles significados, y está condicionado por el momento jurídico. En relación con esta cuestión suele diferenciarse, de forma muy cuestionable y teórica, entre interpretación declarativa, restrictiva y extensiva. La primera sería aquella que atribuye el significado exacto de las palabras que componen la norma (si es que esto es posible); la segunda, aquella que aparta algunos de estos significados amparándose en el supuesto con la misma justificación anterior”.<sup>55</sup>

Veja, portanto, tratar-se de um processo complexo. E é este processo complexo que será abordado a seguir, com a intenção de melhor descobrir a função das máximas de experiência na interpretação e aplicação das normas jurídicas e no consequente desenvolvimento judicial do Direito.

Tradicionalmente a aplicação é colocada como silogismo: premissa maior (norma), premissa menor (fato), de que resulta a decisão (norma concreta). É a *subsunção*, isto é, o encaixe perfeito entre o fato social e a norma descrita na lei. Contudo, isso implica numa visão estreita da aplicação.

Da parte de Peces-Barba, Fernández y Asís, a aplicação é aquela atividade que consiste na utilização de uma norma para a resolução de um problema jurídico.<sup>56</sup> Nesse sentido sua relação com a interpretação é clara: a norma, para ser

---

<sup>55</sup> Gregorio Peces-Barba, Eusébio Fernández y Rafael de Asís, *Curso de teoría del derecho*, ob. cit., pp. 231-232. Assim também entende Ronald Dworkin, *O império do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 64: “um participante que interpreta uma prática social propõe um valor a essa prática ao descrever algum mecanismo de interesses, objetivos ou princípios ao qual, se supõe, que ela atende, expressa ou exemplifica. Muitas vezes, talvez até mesmo quase sempre, os dados comportamentais brutos da prática – o que as pessoas fazem em quais circunstâncias – vão tornar indeterminada a atribuição de valor: esses dados serão compatíveis com atribuições diferentes e antagônicas. Uma pessoa poderia ver nas práticas da cortesia um meio de assegurar o respeito a quem o mereça devido a sua posição social ou outro atributo qualquer. Outra pessoa poderia ver, com a mesma nitidez, um meio de tornar as relações sociais mais convencionais e, portanto, *menos* indicativas de juízos diferenciais de respeito. Se os dados brutos não estabelecem diferenças entre essas interpretações antagônicas, a opção de cada intérprete deve refletir a interpretação que, de seu ponto de vista, atribui o máximo de valor à prática – qual delas é capaz de mostrá-la com mais nitidez”.

<sup>56</sup> Gregorio Peces-Barba, Eusébio Fernández y Rafael de Asís, *Curso de teoría del derecho*, ob. cit., p. 232: “La aplicación, por su parte, sería aquella actividad que consiste en la utilización de una norma para la resolución de un problema jurídico. En este sentido su relación con la interpretación

utilizada, deverá ser previamente interpretada, para que seja possível compreender seu significado, sua mensagem deôntica e seu alcance. Assim, pode-se dizer que aplicação é a utilização da interpretação dada a uma norma jurídica para a resolução de um problema jurídico. Após o aplicador alcançar um determinado significado, segue o momento da decisão. Então, a decisão sempre supõe previamente a interpretação da norma. *A decisão é resultado de uma prévia interpretação.*

Para Dworkin esse processo é mais amplo que o simples silogismo. Defende que na aplicação, entre a lei, a norma – como premissa maior –, e o fato – como premissa menor –, existem diversos outros fatores condicionantes que interferem na decisão a ser tomada, tais como os fatores políticos, culturais, sociais, ideológicos, morais e circunstanciais (de espaço, de tempo). Dworkin reforça a ideia de que a atividade de aplicação que o juiz faz sofre influência de muitos fatores, muitas vezes não jurídicos.<sup>57</sup> É este aspecto que interessa a este trabalho. Por isso não é um processo tão simples, e não se pode minimizar a importância de compreender a aplicação como processo decisório, de realização do Direito, subsequente à interpretação.

De acordo com Torr  a aplica o do Direito é algo mais que uma mera dedu o silogística. Não há d vida de que interv m valora es que são impossíveis de serem negadas, pois toda norma jurídica implica uma valora o de condutas.<sup>58</sup> E um juiz, no momento de aplicar a norma a um caso concreto, valora n o apenas a conduta, o fato, mas a própria norma que pretende aplicar. Descreve da seguinte maneira o caráter complexo da aplica o do Direito:

“Tradicionalmente se compara la actividad mental del juez al sentenciar, es decir, al aplicar la norma a un caso concreto, con el razonamiento deductivo mediato llamado *silogismo*. En este silogismo

---

es clara, ya que la norma para su utilización deberá ser previamente interpretada. Así, en un sentido más correcto, podríamos decir que la aplicación es la utilización de la interpretación dada a una norma para la resolución de un problema jurídico. En todo caso, conviene advertir cómo la aplicación, desde una visión del Derecho como ordenamiento, puede ser tratada junto con la creación normativa. En efecto, la tarea creadora de los órganos legislativos puede ser entendida como resultado de la aplicación de la Constitución en la resolución de un problema jurídico, y así sucesivamente”.

<sup>57</sup> Ronald Dworkin, *Uma questão de princípio*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, pp. 175-266.

<sup>58</sup> Abelardo Torr , *Introducción al derecho*, ob. cit., pp. 432-434.

jurídico, la *premisa mayor* es la ley, la *premisa menor*, el caso a resolver y, la *conclusión* es la sentencia. Pero en realidad, es ésta una comparación muy simplista y errónea, sin que ello implique negar que el juez haga también un razonamiento deductivo. [...]. Veamos ahora un poco más detalladamente qué hace un juez para sentenciar (igual que cualquier jurista para resolver un asunto): dado un caso, se comienza investigando los hechos a fondo, en todos sus detalles, valiéndose de los medios de prueba disponibles (piénsese, p. ej., en la complejidad de algunos hechos delictivos); después de esto, el jurista lo encuadra o subsume en una norma, esbozando una solución o sentencia; vuelve después al caso para ver si ese esbozo coincide o no con el sentido del caso, aceptando o rechazando entonces la norma elegida; volverá otra vez a la norma y después de nuevo al caso y así varias veces, hasta tener la convicción de que el caso encuadra por su sentido en una norma determinada. [...]. Elegida la norma, no hay duda de que cabrán dos o más soluciones igualmente válidas y de ellas, el juez elegirá una. Cabe ahora preguntarse, ¿en qué se basa el juez para elegir una y no otra? Por ahora diré que, evidentemente, lo hace por una valoración, en virtud de la cual, una de ellas le parece, por ejemplo, más justa que la otra u otras. En conclusión, todo esto nos demuestra que la aplicación del derecho es algo más que una mera deducción silogística. No hay duda de que interfieren valoraciones imposibles de negar, pues, como ya se ha explicado, toda norma jurídica implica una valoración de conductas, y el jurista, al aplicarla a un caso concreto, *valora a su vez la norma y también la conducta*. De ello resulta, como dice Cossio, que ‘... el pensamiento del juez no sólo refiere el caso a la ley por *subsunción deductiva*, sino también refiere la ley al caso por *dialéctica estimativa*: el caso está sometido a la ley por subsunción sólo después que la ley ha sido declarada apta para el caso por valoración’.”<sup>59</sup>

Para Ross, o pensamento do juiz não somente se refere à subsunção, dedutiva, do fato à lei, mas também se refere a uma *dialéctica estimativa* da lei, do fato, da decisão. O caso está submetido à lei por subsunção somente depois que a lei tenha sido declarada apta para o caso a partir da *valoración*, quer dizer, não é somente um silogismo dedutivo, porque na aplicação do Direito não acontece

---

<sup>59</sup> Abelardo Torr , *Introducción al derecho*, ob. cit., pp. 432-434. Igualmente criticando o método tradicional, Gregorio Peces-Barba, Eusébio Fernández y Rafael de Asís, *Curso de teoría del derecho*, ob. cit., pp. 232-233: “En la tradición jurídica la aplicación del Derecho se ha descrito a través de la idea de la subsunción. Esta idea ha servido para caracterizar el ‘método jurídico’ desde la Revolución francesa, que no es otra cosa que la forma con la que presumiblemente se resuelven los problemas jurídicos mediante la utilización de las normas. El método jurídico tradicional, apoyado, como acabamos de decir, en la subsunción, venia a decir que la solución de los problemas jurídicos podía ser representada como la realización de un silogismo perfecto, en el que la premisa mayor estaba constituida por la norma jurídica y la premisa menor por los hechos que se enjuiciaban. Así la solución del silogismo (representado en el  mbito judicial por el fallo) era el resultado de la subsunción de la premisa menor en el supuesto de hecho de la premisa mayor, y por tanto estaba constituida por la consecuencia presente en ésta. Evidentemente, aunque con carácter general puede seguir siendo válida esta forma de representar la aplicación jurídica, el proceso es mucho más complejo”.

apenas que encaixada a premissa menor numa premissa maior se obtém uma conclusão. Logicamente, esse encaixe supõe, antes, que o aplicador proceda a uma valoração do fato e das circunstâncias até chegar à conclusão de que essa norma corresponde a esse fato e, conseqüentemente, que essa prescrição deve ser aplicada ao sujeito que interfere nesse fato.<sup>60</sup>

A aplicação é um processo pelo qual um fato se subsume em uma norma, mas com o objetivo de atingir o critério teleológico que se encontra impregnado nessa norma. Isto significa a realização da norma, ou, em sentido mais amplo, a realização do Direito.<sup>61</sup> Esse processo de realização do Direito compete às autoridades estatais: a aplicação é promovida pelas instituições e órgãos do Estado, que criam a norma, ocupando-se dos seus objetivos, e a aplica para que atinja sua finalidade.<sup>62</sup>

Com a mudança de paradigma ocorrida da saída do Estado Liberal para o Estado Social, a jurisdição ganha um papel mais atuante na aplicação do Direito, a ponto de Picardi destacar que nosso tempo está vocacionado à jurisprudencialização.<sup>63</sup> Apontando fatores que conduziram a essa situação de dependência cada vez maior do juiz, escreve Picardi:

---

<sup>60</sup> Alf Ross, *Direito e justiça*, Bauru, Edipro, 2000, pp. 135-187.

<sup>61</sup> Para Ronald Dworkin, *Uma questão de princípio*, ob. cit., pp. 175-217, no processo de aplicação o órgão aplicador não lança mão unicamente de uma norma, mas utiliza todo o Direito. Dessa maneira, o correto é falar em aplicação do Direito, e não aplicação das normas. O aplicador parte de um determinado enunciado normativo para procurar em outros enunciados, inclusive os que são não normativos, a resposta mais adequada do Direito para o caso concreto.

<sup>62</sup> A aplicação sempre supõe a criação de uma norma: aplica-se Direito, criando Direito. Quando os aplicadores são instituições ou órgãos do Estado, aplica-se Direito criando Direito. É aí que está a diferença entre o particular e a autoridade estatal. a autoridade estatal, quando aplica a norma, cria Direito. Quando o particular, porém, observa uma norma, também ele é aplicador do Direito, mas sua atitude de abstenção ou cumprimento segundo o estabelecido não produz novas normas, exceto na hipótese de um negócio jurídico, no qual as partes produzem normas, muito embora esse negócio só seja possível porque uma norma superior o autorizou. Aqui também há uma maneira de realizar as normas.

<sup>63</sup> Nicola Picardi, La vocazione del nostro tempo per la giurisprudizione, In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 41-71. Escreve que: “oggi si avverte uno stato d’animo tendente a rivalutare il momento giurisprudenziale del diritto. È convinzione diffusa che il compito di adeguare il diritto alla realtà storico-sociale spetti anche al giu dice e non è mancato chi, sia pure sotto diverse sfumature, abbia considerato la sua opera come fonte, concorrente e strumentale, di produzione giuridica. La giurisprudizione assume, peraltro, il ruolo di fonte sussidiaria e flessibile; si è parlato, in proposito di ‘source délicieuse’ o di ‘diritto mite’. Si tratta di una linea di tendenza che – in forme più o meno accentuate – appare comune alla civiltà giuridica occidentale” (p. 42).

“È noto che, con il passaggio dallo Stato liberale classico allo Stato sociale di diritto, i compiti del legislatore, e degli apparati amministrativi, si sono moltiplicati. Ma l’ampliamento di questi apparati ha determinato, al di là e contro le intenzioni, un incremento dei poteri del giudice. Il fenomeno risulta accelerato, soprattutto, dalla patologia di una legislazione oscillante tra l’inflazione in alcuni settori e l’inattività in altri. La caratteristica della c.d. inflazione legislativa non consiste solo nella moltiplicazione delle leggi, ma anche nella svalutazione della legge. Innanzitutto, moltiplicazione delle disposizioni legislative, non solo e non tanto quantitativa, ma soprattutto qualitativa. Penso, da un lato, alla pluralità dei centri di produzione normativa, sia nazionali (Stato, Regioni, altri livelli di autonomia, autorità indipendenti di regolazione, autonomia privata) che sovranazionali (in specie, Unione europea); dall’altro, al fenomeno per cui spesso la fonte secondaria prende il sopravvento sulla fonte primaria e la disciplina organizzativa di interi apparati pubblici viene demandata allo strumento più flessibile del regolamento. La pluralità delle normative finisce, poi, per provocare un calo di effettività: esse sono, nello stesso tempo, meno conosciute e meno applicate”.<sup>64</sup>

A inflação legislativa que se verifica, especialmente sob o aspecto da desvalorização qualitativa das leis, implica num fortalecimento do papel do juiz, que atua para solucionar os casos concretos e dar efetividade ao Direito. A magistratura ganha um relevante papel suplementar na criação do Direito.<sup>65</sup> O juiz

---

<sup>64</sup> Nicola Picardi, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, ob. cit., pp. 44-45.

<sup>65</sup> François Ost, *Jupiter, Hercules y Hermes: tres modelos de juez*, In *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº. 14, Alicante, Cerventes, 1993, pp. 169-194, analisa historicamente o crescimento do papel do juiz de acordo com os modelos de Estado conhecidos desde a Revolução Francesa. Para o autor, não existe de maneira evidente nenhum outro modelo de referência, nenhuma outra definição unívoca de uma profissão que tenda a traduzir-se tão multiforme e pluralista. A constatação, por sua vez, inscreve-se na observação de um campo judicial e jurídico definido como “heterogêneo e complexo”, de tal maneira que as evoluções em curso impedem “toda referência à idéia de um modelo”. Objetiva construir modelos de juiz de acordo com a idéia de Direito existente em determinada época, porém toma o cuidado de fugir da modelização: “1. *Modelo da pirâmide ou do código ou Direito jupiteriano*. Sempre proferido a partir de cima, de algum Sinai, este Direito adota a forma de lei. Expressa-se no imperativo e dá preferência à natureza do proibido. Intenta inscrever-se em um depósito sagrado, tábuas da lei ou códigos e constituições modernas. Deste foco supremo de jurisdição emana o resto do Direito em forma de decisões particulares. Desenha-se uma pirâmide, impressionante monumento que atrai irresistivelmente o olhar em direção acima, em direção a esse ponto focal de onde irradia toda a justiça. Evidentemente esse Direito jupiteriano está marcado pelo sagrado e pela transcendência; 2. *Modelo hercúleo*, que nos traz sobre a terra, toma a figura de revolução – gesto iconoclasta que faz do homem, mais concretamente do juiz, a fonte do único Direito válido. No rastro das diversas correntes que se declaram realistas – pensa especialmente no realismo americano e particularmente na *sociological jurisprudence* –, entra em jogo um modelo que qualificaria de funil (pirâmide invertida) ou de *dossier*. É Ronald Dworkin, como é sabido, quem, revalorizando ao extremo a figura do juiz moderno, dá-lhe os traços de Hércules. Sem poder – longe de pretendê-lo – reduzir a posição de Dworkin à dos realistas americanos, mantém o nome de Hércules, particularmente acertado para designar a esse juiz semideus que se submete aos trabalhos extenuantes de vulgar e acaba por conduzir o mundo sobre seus braços estendidos, reproduzindo fielmente a imagem do funil. A partir daqui, não há mais Direito do que o jurisprudencial; é a decisão e não a lei a que cria autoridade. Ao código o substitui o *dossier*; a singularidade e o concreto do caso se superpõem à generalidade e



é chamado a aplicar e desenvolver o Direito no caso concreto. Por isso, todo processo de aplicação feito pelo magistrado é também um processo de realização das normas jurídicas. Assim, cada vez mais ganha importância o desenvolvimento judicial do Direito. É essa a perspectiva adotada aqui: o juiz desenvolve o Direito e seus valores toda vez que exerce a jurisdição, e o questionamento que fica é como as máximas de experiência podem contribuir nesse processo. A resposta é

---

abstração da lei. Esta mudança de perspectiva nos leva dos topos da transcendência da lei em direção à imanência de nossos interesses em conflito. A pirâmide sugeriria o sagrado e o ideal; o funil evoca a matéria, o profano, inclusive o alimentício. Ao predomínio de uma justiça inspirada pelo mandato jupiteriano, substituí-o a balança de nossos cálculos e compensações cotidianas. Tudo leva a crer, com efeito, que a complexidade que se apresenta é, todavia, muito maior do que a sugerida pela superposição destes dois modelos. Além do fato de que um e outro entraram hoje em crise, eles só oferecem representações empobrecidas da situação que pretendiam descrever em sua época. A sociedade e o Direito pós-moderno merecem algo melhor que esse artifício teórico. Encontra-se, então, ante a configuração de um novo modelo em que convém fixar-se. 3. *Modelo de Hermes, o mensageiro*. Sempre em movimento, Hermes está simultaneamente no céu, sobre a terra e nos infernos. Ocupa resolutamente o vazio entre as coisas, assegura o trânsito de umas às outras; conecta os vivos e os mortos; deus dos navegantes, supera travessias desconhecidas. Hermes é o mediador universal, o grande comunicador. Não conhece outra lei que a circulação dos discursos, com a qual arbitra os jogos sempre recomeçados. Se a montanha ou a pirâmide convinham à majestade de Júpiter, e o funil ao pragmatismo de Hércules, por outro lado, a trajetória que desenha Hermes adota a forma de uma rede, uma multidão de pontos em inter-relação. Um campo jurídico que se analisa como uma combinação infinita de poderes, tão logo separados como confundidos, freqüentemente intercambiáveis; uma multiplicação de atores, uma diversificação dos catálogos, uma inversão das réplicas. Tal circulação de significados e informações não mais se deixa conter em um código ou em um *dossier*; se expressa sob a forma de um banco de dados. O Direito pós-moderno, ou Direito de Hermes, é uma estrutura em rede que se traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizáveis, tal como pode ser um banco de dados. As diversas mudanças ocorridas na sociedade pós-moderna não deixam de ocasionar substanciais modificações das modalidades de ação jurídica. Se o Estado Liberal podia satisfazer-se só com as modalidades de permitido, proibido e obrigatório (em aplicação das regras de bronze: para os particulares, tudo o que não está proibido está permitido e para o poder público, tudo o que não está explicitamente autorizado está proibido), ao contrário, o Estado presente experimenta uma gama quase infinita de intervenções sobre as coisas e as condutas. Desde o momento em que pretende conduzir a mudança social e não só enquadrar o mercado, o Estado promete, estimula, planifica (ou, ao inverso, dissuade de levar a cabo as condutas que considera indesejáveis). Para este fim porá em prática uma vasta panóplia de instrumentos flexíveis para a direção da ação social: planos, recomendações, pressupostos, declarações governamentais, pactos políticos, circulares administrativas para assuntos externos, técnicas que se inscrevem em seqüências complexas de ação que visam à realização de programas finais, a serviço dos quais estas modalidades (jurídicas e pára-jurídicas) outorgam-se um mútuo apoio. Deste modo, é bem conhecida a realização sob a ameaça da adoção de uma legislação de autoridade, assim como no Direito penal a transação aparece como substituta de uma sanção mais forte, enquanto que, ao inverso, as leis votadas pelo Parlamento deixam geralmente à administração uma confortável margem de manobra para permitir-lhe prevenir-se contra toda eventualidade. E se, casualmente, for considerado que a intervenção direta se revela ineficaz, o Estado far-se-á reflexivo, como se disse na teoria geral do Direito alemão: contentar-se-á com instalar um marco procedimental para canalizar a autonomia dos subsistemas suficientemente diferenciados, e capazes de se auto-regular. Todas as estratégias, tanto simbólicas como instrumentais, parecem desde então ser utilizadas simultaneamente. Desregulamenta-se, porém amiúde isto não é mais que uma maneira de regulamentar de outro modo; se despenaliza, mas com freqüência é em proveito do redesenvolvimento de outras medidas coercitivas, tais como a medicalização ou a fiscalização para os comportamentos indesejáveis; desjudicializa-se, mas é para colocar imediatamente mecanismos de peritagem, de conciliação, de mediação ou de arbitragem”.

simples: sendo as regras de experiência os conceitos culturais, sociais e valorativos que o juiz traz consigo enquanto ser humano, elas incidem diretamente sobre toda a valoração que caracteriza a interpretação jurídica. As máximas de experiência tomam parte da valoração prévia à aplicação da norma, orientada por outra atividade, a *interpretação*: toda aplicação supõe, obrigatoriamente, uma interpretação. A importância dessa atividade para a aplicação diz respeito ao que ela proporciona: o entendimento, a compreensão, a explicação, a descrição e a valoração do Direito.

Stein, precursor dos estudos quanto às máximas de experiência, reconhece o papel que elas desempenham na atividade julgadora. A experiência do juiz é um fator determinante para a subsunção dos fatos a um conceito jurídico.<sup>66</sup> Segundo escreve, cada vez mais é reconhecido o papel da experiência da vida como base para as valorações inerentes ao processo de aplicação do Direito:

“No se puede decir de ningún modo que en los preceptos jurídicos siempre estén expresados con precisión por la ley el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica. De la misma manera que en el campo de la apreciación de la prueba la desconfianza en la capacidad del juez ha llevado en ocasiones al legislador a imponer al juez indicaciones limitadoras, mientras que en otros tiempos los peligros anejos a la libertad individual eran considerados menos importantes que los dimanantes del establecimiento y rigidez de reglas fijas, así ha oscilado también la legislación sustantiva en diversas épocas y en diversa medida, de forma que tan pronto ha intentado determinar por sí misma los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas con exclusión de los factores individuales como ha considerado superlativa excelencia la flexibilidad inherente a la discrecionalidad del juez. Este fenómeno nos es familiar en lo que atañe a las consecuencias penales. Todos nosotros hemos aprendido en la escuela la oposición entre las penas absolutamente determinadas y las determinadas sólo relativamente (dentro de ciertos límites) o no determinadas en absoluto. Pero la misma técnica legal ha actuado en otros mil casos, y si los signos no nos engañan, su evolución apenas ha sido captada. No necesito más que recordar la oposición entre los *stricti iuris* y los *bonae fidei iudicia* que caracterizaba la libertad o no libertad del juez en el establecimiento de consecuencias jurídicas del derecho civil. En esta oposición, la balanza se inclinó del lado de la libertad en cuanto

---

<sup>66</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., p. 38: “En primer lugar, el tribunal tiene que establecer el exacto contenido del precepto jurídico que se va a emplear como premisa mayor. Si dicho precepto es de derecho positivo, entonces necesita ser interpretado, para lo cual, como todo mundo sabe y hace, hay que tener en cuenta el uso idiomático, los modos de ser sociales y morales y las circunstancias bajo las que fue promulgada la ley. Si se trata de derecho consuetudinario, entonces el mismo precepto jurídico es una máxima de la experiencia, es decir, un juicio general obtenido de una plétora de casos particulares”.

creció la confianza en la judicatura. Hoy en día, aparecen casi en todos los procesos valoraciones de ese tipo, basadas en la experiencia de la vida”.<sup>67</sup>

O Direito é mais que a *mens legislatoris*, ou apenas o que está no texto da norma (*mens legis*). Um enunciado pode adquirir diferentes significados, dependendo da função social que tem a executar, da pessoa que o emite, da autoridade que o aplica, do contexto social e do momento histórico em que se pretende sua aplicação.

Dworkin defende, embora não claramente, um método de interpretação do Direito que seja *construtivo*. O processo de interpretação é um processo de construção.<sup>68</sup> Esse método se relaciona com a o aumento dos poderes do juiz, que delegam a possibilidade de desenvolver (judicialmente) o Direito. O resultado da interpretação não está apenas na lei e naquilo que o juiz entende do enunciado, mas, também, é o que a sociedade demanda que seja estabelecido. Esse critério construtivista de interpretar o Direito representa um processo dialético que reúne, ao mesmo tempo, muitos métodos e que é uma consequência da pragmática judicial americana. A questão não está em ficar preso em uma norma, não é ficar preso na intenção do legislador, senão em fazer uma interpretação progressiva através da qual o intérprete acaba construindo um significado. A busca do significado acompanha as mutações, as demandas do processo social. Isso tem muito a ver com as máximas de experiência, especialmente as axiológicas. Cabe, portanto, concluir com as palavras de Stein: “a interpretação – concebida como apreciação da prova ou como subsunção – é uma conclusão a partir das máximas

---

<sup>67</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., pp. 38-39.

<sup>68</sup> Ronald Dworkin, *O império do direito*, ob. cit., pp. 01-54 e, especialmente, p. 492. Nesta última assim expressa: “O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado por um catálogo de regras e princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. [...]. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. [...]. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.”

da experiência de caráter fático pertencentes ao campo da linguagem, da vida do tráfico *etc.*”.<sup>69</sup>

Os fatores apontados por Dworkin não são outra coisa senão máximas de experiência (comuns, técnicas ou axiológicas), inerentes à mentalidade da autoridade responsável pela realização do Direito (magistrados, legisladores, funcionários da Administração Pública *etc.*). Elas também são critérios que interferem na prévia valoração dos fatos, de maneira a indicar, dessa forma, como o Direito pode se realizar no caso concreto cumprindo sua função social e atendendo ao bem comum. Destaca Barroso:

“A compreensão em abstrato da vida em sociedade, pois, é fundamental para que declare a vontade concreta do direito. Não se esqueça que em todos os momentos em que é chamado a se manifestar, o juiz é (e sempre deve se considerar e ser considerado) agente dos mais qualificados de realização dos conceitos e das aspirações da sociedade do seu tempo. Como observado, por mais que o legislador se esforce, é lógico que o direito positivo não acompanha com o mesmo ritmo o desenvolvimento das relações sociais, de modo que cabe ao magistrado concretizar essa relevantíssima tarefa de realizar o bem comum (respeitando a sua limitação funcional), através do cumprimento do ordenamento jurídico”.<sup>70</sup>

Como escreve Baggio, as máximas de experiência podem “desempenhar importantes funções quanto às normas jurídicas (regras e princípios). Parte-se da premissa de que a experiência fornece elementos importantes para o juiz (e, em última análise, para toda a sociedade) na interpretação do sistema jurídico. Ressalte-se que o juiz não deve estar alheio à realidade em que vive. Assim, na aplicação das regras e dos princípios, o magistrado estará vinculado aos conceitos provenientes do senso comum ou mesmo técnico”.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, ob. cit., p. 43.

<sup>70</sup> Alexandre de Alencar Barroso, *Valoração da prova civil*, Tese de Doutorado, FDUSP, 2002, pp. 124-125.

<sup>71</sup> Lucas Pereira Baggio, O artigo 335 do Código de Processo Civil à luz da categoria das máximas de experiência, ob. cit., pp. 196-197.

Para Engisch, o Direito é parte de uma cultura global e deve ser interpretado de acordo com as exigências da vida em sociedade e desenvolvimento cultural.<sup>72</sup> Nesse contexto, é possível perceber que as máximas de experiência indicam a mentalidade social e aquilo que a sociedade é e deseja, bem como para onde essa comunidade deseja ir. Por isso que se insiste tanto que as máximas de experiência são um indicativo da socialidade que as normas de Direito devem cumprir.<sup>73</sup>

### 4.3. Função integrativa.

As máximas de experiência ocupam um papel importante na determinação do conteúdo das normas vagas no caso concreto. O sistema do Código Civil de 2002 empregou como técnica legislativa diversas cláusulas gerais, princípios gerais e conceitos legais indeterminados. A idéia do Código liga-se à intenção de durabilidade da codificação: objetiva-se prolongar a aplicação dos institutos jurídicos a partir da possibilidade dada ao juiz de adequá-los ao desenvolvimento social e à dinâmica da vida. As normas vagas – ou conceitos em branco – obrigam o magistrado a concorrer para a formulação da norma.<sup>74</sup> Ocorre, assim, uma mudança de paradigma: da aplicação – através do qual se manifestava o Código Civil de 1916 –, para a construção jurisprudencial – que informa o Código de 2002. Ou, como prefere Amaral, a passagem do normativismo ao *jurisprudencialismo*:

---

<sup>72</sup> Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 3ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 111-112.

<sup>73</sup> Nesse sentido, Ronald Dworkin, *O império do direito*, ob. cit., p. 492, propõe uma nova maneira de encarar o Direito: “O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado por um catálogo de regras e princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. [...]. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. [...]. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter”.

<sup>74</sup> Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, Parte Geral, In *Código civil anotado e legislação extravagante*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 139-144. Veja, também, Rodrigo Reis Mazzei, Notas iniciais à leitura do novo Código Civil, In Arruda Alvim e Teresa Alvim (Coords.), *Comentários ao código civil brasileiro – parte geral*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 2005, pp. IX-CXV.

“No que diz respeito à interpretação jurídica, o novo Código, seguindo o princípio da concretude, surge como elemento catalisador de radical mudança, passando do paradigma da aplicação, próprio do normativismo-positivista sempre cultivado, para uma outra perspectiva, a do paradigma jurisprudencialista, cujas principais coordenadas são o caso, como *prius* problemático, e os princípios jurídicos como *prius* fundamentante, a caracterizar o pensamento jurídico como razão prática e como pensamento judicativo-decisório, tudo isso a convocar os juristas, advogados e magistrados, para a tarefa, hercúlea sem dúvida, como requer Dworkin, mas irrecusável para um direito civil que se quer vivente”.<sup>75</sup>

Dessa forma, o Código Civil aparece como um sistema aberto; uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais. Como dito anteriormente, aplicar o Direito é realizá-lo, e para tanto a simples subsunção não é suficiente, pois a decisão deve ser construída a partir do processo de interpretação e valoração dos fatos, da norma, enfim, das circunstâncias. E o juiz exerce papel importante quanto aos poderes que derivam das cláusulas gerais, porque cabe a ele concretizar aquilo que está em abstrato nas normas abertas, preenchendo-as com valores. E é aí que as máximas de experiência podem exercer um importante papel na apreciação desses conceitos vagos: “quer para a interpretação, quer para a subsunção, o ato judicial é ato do espírito criador do juiz. Certo, também, que o juiz, para preencher certos ‘conceitos em branco’ ou conceitos indeterminados não somente usa as máximas da experiência, mas também um sentido *hermenêutico ético e social*”.<sup>76</sup> As regras da vida indicam qual é esse sentido ético e social que a interpretação deve ter.

Antes, porém, de compreender essa importância das máximas de experiência para o preenchimento das normas vagas, é preciso delimitar que, aqui, entende-se a concretização das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados como um processo de interpretação-integração de normas jurídicas.

O preenchimento das normas de tipo aberto depende de uma interpretação integrativa. Há uma falha do legislador ao deixar indeterminada a hipótese e/ou a

---

<sup>75</sup> Francisco Amaral, O Código Civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. Do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório, In *Revista Brasileira de Direito Comparado*, nº. 28, Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 1º sem. 2005, p. 79.

<sup>76</sup> Elicio de Cresci Sobrinho, O juiz e as máximas de experiência, ob. cit., p. 435.

consequência normativas, que deverá ser suprida pelo juiz no caso concreto, no momento de aplicar a norma. Todavia, essa lacuna não é aquela que se refere à incompletude da lei, ou, ausência de norma para solucionar determinado problema jurídica; a lacuna é quanto à determinação semântica da norma (aquilo que Diniz chama de “lacuna de reconhecimento” e Hart designa como “problema de penumbra”).<sup>77</sup> Carrió demonstrou que a linguagem jurídica tem como base a linguagem natural, e, portanto, terá os mesmos problemas de ambiguidade e de vagueza que têm as palavras na linguagem natural.<sup>78</sup>

Pela interpretação integrativa, o juiz abstrai princípios gerais do ordenamento jurídico que poderão ser aplicados nas situações particulares. De acordo com Bobbio, esse gênero de interpretação compreende uma *analogia juris* e uma interpretação extensiva.<sup>79</sup>

Contudo, não apenas nestas hipóteses se aplicam as máximas de experiência. Elas também se fazem presentes no preenchimento das lacunas normativas, quando não há norma expressa que diretamente se aplique a um determinado fato. Neste sentido, decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, o que encontrou acolhida junto ao Tribunal Superior do Trabalho:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA UNIÃO. SÚMULA 331, IV, DO TST. O juiz não se exime de sentenciar e, não havendo lei, recorre aos costumes, analogia, equidade, máximas de experiência e princípios gerais de direito, de forma que nenhum interesse prevaleça sobre o interesse público. Esta é a conclusão que se extrai do art. 8.º, da CLT e art. 126, do CPC. A Súmula 331, IV, do TST é uma construção jurisprudencial nascida da interpretação da lei, atividade típica do Poder Judiciário, por isso mesmo, não viola os artigos 2.º, 5.º, II, 22, I, 37, § 6.º e 48, todos da Constituição Federal. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO. A responsabilidade subsidiária envolve toda a condenação imposta à prestadora de serviços, por visar a recomposição patrimonial do ex-empregado, caso a empregadora não honre os compromissos. A terceirização é feita por conta e risco do tomador. O trabalho humano não pode ser objeto de mercancia e quem trabalhou merece receber o que lhe é devido. A recorrente não

---

<sup>77</sup> Jorge Tosta, *Manual de interpretação do código civil: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, pp. 61-62.

<sup>78</sup> Genaro Rubén Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. Ver, também, Genaro Rubén Carrió, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires: Astrea, 1973.

<sup>79</sup> Norberto Bobbio, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, São Paulo, Ícone, 1995, p. 219.

cuidou de zelar para que as verbas fossem solvidas a tempo e modo, por isso, concorreu diretamente para a mora que resultou na penalidade pertinente. Recurso conhecido e desprovido”.<sup>80</sup>

O preenchimento de lacunas normativas atende ao disposto no art. 4º da LICC e no art. 127 do CPC. Este consagra a equidade, neste trabalho entendida no contexto das chamadas máximas de experiência axiológica. Assim sendo, ante a ausência de uma norma, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes, os princípios gerais do direito, a equidade e as máximas de experiência. É como decidiu, de forma inconsciente, o Superior Tribunal de Justiça no acórdão abaixo, considerando a ausência de critérios legais para a fixação do valor do *quantum debeat* da indenização por dano moral:

RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO EM VÔO INTERNACIONAL. AGÊNCIA DE TURISMO. FRETAMENTO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA AFRETADORA. DANO MORAL. CABIMENTO. QUANTUM. RAZOABILIDADE EM FACE DAS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS DO CASO CONCRETO. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE ACOLHIDO. I – Nos termos da orientação das Turmas que compõem a Segunda Seção, a empresa afretadora responde pelo dano oriundo da deficiente prestação do serviço de transporte, incidindo o Código de Defesa do Consumidor. II – Ausente prova de caso fortuito, força maior ou que foram tomadas as medidas necessárias para que não ocorresse o dano decorrente do atraso do voo, cabível é o pedido de indenização por danos morais. III – A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, orientando-se o julgador pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> TRT 10ª Região, RO nº. 00547-2005-006-10-00-1, 1ª T., Rel. Juíza Cilene Ferreira Amaro Santos, DJ de 24.02.2006.

<sup>81</sup> STJ, REsp. nº. 305.566/DF, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 22.05.2001, DJ 13.08.2001, p. 167



## CONCLUSÃO

Os propósitos projetados para este trabalho foram:

1. Discutir as questões mais relevantes com relação às máximas de experiência, oferecendo uma contribuição à comunidade jurídica, especialmente os tribunais, para a aplicabilidade deste instituto que está destinado à adequada entrega da tutela jurisdicional;
2. Refletir sobre as máximas de experiência a partir de sua objetividade e universalidade, tratando-as como juízos comungados pela coletividade, o que justificaria seu emprego no processo decisório, seja como fundamento da convicção do juiz, seja como critério hermenêutico que determina a função social do Direito; e
3. Entender o Direito Processual como voltado à realização dos valores da coletividade, refletidos nas normas de Direito material, buscando dar ao processo decisório um enfoque ultrassubjetivo.

Uma vez aplicado o instrumento de coleta de dados – bibliografia, legislação nacional e estrangeira, e decisões judiciais –, foram eles processados e obtidas as informações das quais surgiu um conjunto de análises que levaram a resultados que permitem ao pesquisador apresentar o seguinte conjunto de conclusões que seguem. Como se espera de toda pesquisa, não se ateve apenas à sistematização da matéria. Outras contribuições, substanciais para a ciência jurídica – especialmente a processual – podem ser enumeradas. Assim, pode-se destacar como as mais importantes contribuições do presente trabalho:

*1. Quanto ao que são as máximas de experiência:* é o conhecimento que constitui uma opinião comum, formada a partir daquilo que ordinariamente acontece. É um juízo sobre determinada situação, adquirido pela experiência prolongada e aprovado pela coletividade. E o juiz, como ser humano, membro da sociedade, leva esse conhecimento para suas ações do dia-a-dia, dentre elas a de julgar.

Isso posto, sempre foi dúvida doutrinária a possibilidade de o juiz empregar esse tipo de conhecimento no processo. E, quanto a isso, inúmeras divergências

doutrinárias se apresentaram. Daí que resulta a segunda contribuição desta pesquisa:

2. *Quanto à possibilidade de o juiz utilizar seu conhecimento privado no processo*: as divergências doutrinárias levaram a concluir pela possibilidade de dividir o conhecimento do juiz em dois grupos: o *saber privado* (pesquisas pessoais do juiz) e o *saber cultural* (que são as percepções extraprocessuais caracterizadas pela objetividade e universalidade). É neste último grupo que se encontram as máximas de experiência e os fatos notórios, que constituem o chamado “conhecimento privado” do juiz, cujas características permitem sua utilização no processo decisório.

Mas, como utilizar, então, o conhecimento privado? A resposta a esta indagação levou à formulação a terceira contribuição da pesquisa:

3. *Quanto às funções das máximas de experiência*: a pesquisa revelou as funções probatória (art. 335 do Código de Processo Civil), hermenêutica (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil) e integrativa (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 127 do Código de Processo Civil).

E, por fim, quais são as categorias das máximas de experiência? A partir da lição de Espinosa Rodriguez, detectou-se o seguinte:

4. *A tipologia das máximas de experiência*: os conhecimento culturais humanos permitem concluir pela existência das seguintes categorias de máximas de experiência:

<b>Conhecimento humano</b>	<b>Tipo de máxima de experiência</b>
Empírico	Regras de experiência comum
Científico	Regras de experiência técnica
Filosófico	Regras de experiência axiológica

Ante o exposto, está claro que as máximas de experiência são as noções extralegais e extrajudiciais do juiz, fruto de sua cultura e colhidas de seus

conhecimentos sociais e científicos ou práticos, dos mais aperfeiçoados aos mais rudimentares. Esses conhecimentos não representam sua íntima convicção, mas fatores que surgem da vivência (experiência) coletiva e são apreensíveis pelo homem médio (*bonus pater familiæ*), adquirindo autoridade exatamente porque trazem consigo essa imagem do consenso geral. Às máximas de experiência devem ser dados três sentidos: 1) histórico-cultural, 2) subjetivo individual, e 3) de gênese popular ou bom senso. Nelas existe uma juridicidade e uma moralidade poucas vezes destacadas. De uma parte, as máximas devem ser relacionadas com a moral e sua continuidade natural e humana; de outra, as máximas devem ser relacionadas com a ordem juridicamente posta num certo contexto. São, em resumo, fatos, evidências e valores que fazem parte da cultura de uma determinada sociedade e que podem – e, por vezes, devem – ser aplicados pelo juiz para que seja dada a solução ao caso concreto mais apropriada e próxima da razoabilidade, da verdade e da justiça.

Como destacou Stein, “O processo não pode em nenhum momento ir além da sabedoria de seu tempo e de seu povo”.<sup>1</sup> O objetivo final do processo – a decisão judicial – deve ser marcado não apenas pela legalidade, mas também pela aceitação e pela legitimidade popular, o que se verifica a partir da experiência política, jurídica, moral, cultural e científica de uma determinada comunidade, indicada pelas máximas de experiência (comum, técnica e axiológica).

Enfim, espera-se ter alcançado o grande propósito deste trabalho: aproximar a compreensão do Direito ao “espírito do povo” a partir das máximas de experiência. Afinal, como ensina Savigny, “O Direito é um produto de forças interiores, que operam em silêncio e está profundamente enraizado no passado da nação, e as suas verdadeiras fontes são a crença popular, os costumes e a consciência do povo”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 32.

<sup>2</sup> Friedrich Karl von Savigny, *La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*, Bologna, Forni, 1968, pp. 30 e ss.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFSCHRIFT, Thierry. *Traité de la preuve en droit fiscal*. Larcier, 1998.

ALLORIO, Enrico. Osservazioni sul fatto notorio. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. XI, parte II, ano XII. Milano: CEDAM, 1934, pp. 03-17.

AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. A equidade no código civil brasileiro. In: ARRUDA ALVIM; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; e ROSAS, Roberto. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 197-208.

\_\_\_\_\_. O Código Civil brasileiro e o problema metodológico de sua realização. Do paradigma da aplicação ao paradigma judicativo-decisório. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Nº. 28. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 1º sem. 2005, pp. 51-80.

\_\_\_\_\_. Os princípios jurídicos na relação obrigatória. In: *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Nº. 99, vol. 32. Porto Alegre: AJURIS, set. 2005.

AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 2002.

BAGGIO, Lucas Pereira. O artigo 335 do Código de Processo Civil à luz da categoria das máximas de experiência. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 181-202.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: *Temas de direito processual – 2ª série*. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 61-72.

\_\_\_\_\_. As presunções e a prova. In: *Temas de direito processual – primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977.

BARROSO, Alexandre de Alencar. *Valoração da prova civil*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BERIZONCE, Roberto. Recientes tendencias en la posición del juez. In: *Revista de Processo*, nº. 96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007.

BUZAID, Alfredo. *Estudos de direito*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1972.

CALAMANDREI, Piero. Verità e verossimiglianza nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 10, 1955, pp. 164-192.

\_\_\_\_\_. Massime di esperienza in cassazione. Rigetto del ricorso a favore del ricorrente. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Vol. IV, parte II. Milano: CEDAM, 1927, pp. 126-134.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil*: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARNELLI, Lorenzo. *O fato notório*. Tradução de Érico Maciel. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957.

CARNELUTTI, Francesco. Massime di esperienza e fatti notori. In: *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 2. Padova: CEDAM, 1959, pp. 639-640.

CARREIRA ALVIM, J. E. *Teoria geral do processo*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARRIÓ, Genaro Rubén. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

\_\_\_\_\_. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Astrea, 1973.

CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. In: *Revista de Processo*, nº. 152. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.

2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. 3ª ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COAN, Emerson Ike. Aplicação prudencial e experiencial-conjetural do Direito e as “regras de experiência” do art. 335 do CPC. In: *Revista de Processo*, nº. 154. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2008.

COELHO, Luis Fernando. Dogmática e crítica da prova no processo. In: *Revista de Processo*, nº. 154. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2008.

COITINHO, Jair Pereira. Verdade e colaboração no processo civil (ou a prova e os deveres de conduta dos sujeitos processuais). In: AMARAL, Guilherme Rizzo e CARPENA, Márcio Louzada (Coords.). *Visões críticas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 75-102.

COMANDUCCI, Paolo. Princípios jurídicos y indeterminación del derecho. In: *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº. 21-II. Alicante: Instituto Miguel de Cervantes, 1998, pp. 89-104.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Valori etici e ideologie del “giusto processo” (modelli a confronto). In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1991.

\_\_\_\_\_. *Lezioni sul processo civile*. 2ª ed. Bologna: Il mulino, 1998.

\_\_\_\_\_. *Le prove civili*. 2ª ed. Torino: Utet, 2004.

CONTE, Mario. *Le prove nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 2002.

COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial: las lagunas del derecho: la valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: El Foro, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: El Foro, 2007.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1969.

COVELLO, Sergio Carlos. *A presunção em matéria civil*. São Paulo: Saraiva, 1983.

CRESCI SOBRINHO, Elicio de. O juiz e as máximas da experiência. In: *Revista Forense*, ano 82, vol. 296. Rio de Janeiro: Forense, out./dez. 1986, pp. 430-436.

\_\_\_\_\_. Máximas de experiência. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 52. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 91-97.

DELLEPIANE, Antonio. *Nueva teoría general de la prueba*. 4ª edición. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1939.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Princípios Gerais do Direito*. Tradução de Fernando de Bragança. Belo Horizonte: Líder, 2003.

\_\_\_\_\_. *Lições de Filosofia do Direito*. Vol. II. Coimbra: Arménio Amado, 1959.

DENTI, Vittorio. Scientificità della prova e libera valutazione del giudice. In: *Rivista di Diritto Processuale*, n. 27. Padova: CEDAM, 1972, pp. 414-437.

\_\_\_\_\_. *Estudios de derecho probatorio*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1974.

DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. Vol. I. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20ª ed. São Paulo, 2009.

\_\_\_\_\_. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DÖHRING, Erich. *La prueba*. Buenos Aires: Valletta, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Um questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de la prueba judicial*. Tomos I e II. Buenos Aires: RUB, 2007.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3ª ed. Lisboa: Calouste

Gulbenkian, 1997.

FÁBREGA P., Jorge. *Teoría general de la prueba*. 2 ed. Panamá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. In: *Revista Forense*, vol. 376. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 03-10.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8ª ed. Padova: Cedam, 1996.

FISH, Stanley. What makes an interpretation acceptable. In: *Is there a text in this class? The Authority of Interpretative Communities*. Harvard University Press: Cambridge, Mass., 1980.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. As máximas de experiência e o livre convencimento do juiz. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, nº. 10, jan. 2004, pp. 09-26.

FRANCO, Mariulza. Máximas de experiência. Legitimação pela fundamentação. In: *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 389-403.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2006.

GIULIANI, Alessandro. *Il concetto do prova: contributo alla lógica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Teoria geral da prova: apontamentos*. Salvador: Juspodivm, 2005.

GRASSO, Eduardo. *Commentario del Codice di Procedura Civile* (diretto da Enrico Allorio). Libro primo, tomo secondo. Torino: Utet, 1973.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol. 2. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUINCHARD, Serge [et al.]. *Droit processuel: droit commun du procès*. Paris: Dalloz, 2001.

JORGE, Flávio Cheim e RODRIGUES, Marcelo Abelha. As máximas de experiência (art. 335, CPC) e a impossibilidade de sua aplicação pelo Magistrado quando exige-se conhecimento técnico específico. Apelação interposta contra



sentença que excedeu os limites das máximas de experiência. In: *Revista de Processo*, nº. 144. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2007, pp. 257-274.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito do longo da história. In: KAUFMANN, A. e HASSEMER, W. (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria geral do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KIELMANOVICH, Jorge L. *Teoría de la prueba y medios de prueba*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

KNIJNIK, Danilo. Os *Standards* do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle. In: *Revista Forense*, vol. 353. Rio de Janeiro: Forense, jan./fev. 2001, pp. 15-52.

\_\_\_\_\_. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio* diabólica. In: FUX, Luiz [et al.] (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

KORN, H. Law, Fact and Science in the Courts. In: *Columbia Law Review*, 66, 1966, pp. 1080-1116.

KROMBERG, Heloisa Helena Monteiro. *Das máximas de experiência*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1981.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. *Las presunciones judiciales y los indícios*. 2ª ed. Buenos Aires: RUB, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tulio. A força criativa da jurisprudência e os limites pelo texto da lei. In: *Revista de Processo*, vol. 11, nº. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais,

jul./set. 1986, pp. 58 e ss.

LINHARES, José Manuel Aroso. *Regras de experiência e liberdade objectiva do juízo de prova: convenções e limites de um possível modelo teórico*. Coimbra: Coimbra, 1988.

LOMBARDO, Luigi. *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*. Milano: Giuffrè, 1999.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução de Peter Naumann. In: *Revista da AJURIS*, nº. 49. Porto Alegre: AJURIS, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 5, Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Vol. II. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ARRUDA ALVIM e ALVIM, Teresa (Coords.). *Comentários ao código civil brasileiro – parte geral*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Ática, 1961.

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado de la prueba en materia criminal o exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc.* 9ª edición. Madrid: Reus, 1959.

MONTELEONE, Girolamo. *Diritto processuale civile*. 3ª ed. Milano: CEDAM, 2002.

MORELLO, Augusto Mario. *Dificultades de la prueba en procesos complejos*. Buenos Aires: RUB, 2004.

\_\_\_\_\_. *La eficacia del proceso*. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma/Hammurabi, 2001.

\_\_\_\_\_. Proceso y realidad. In: *Revista de Processo*, vol. 56. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1989, pp. 62-74.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. Parte Geral. In: *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 139-144.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 4ª ed. Barcelona: Ariel, 1991.

NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974.

\_\_\_\_\_. Nuove polemiche sulle cosiddette “massime di esperienza”. In: *Rivista Italiana di Procedura Penale*, 1969, pp. 123-193.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OST, François. Jupiter, Hercules y Hermes: tres modelos de juez. In: *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº. 14. Alicante: Cervantes, 1993, pp. 169-194.

PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragione pratica: un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè, 1996.

PAVANINI, Giovanni. Massime di esperienza e fatti notori in corte di cassazione. In: *Rivista do Diritto Processuale Civile*, vol. 03, n. 01, 1937, pp. 247-268.

PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusébio, ASÍS, Rafael de. *Curso de teoría del derecho*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PERELMAN, Chaïm. Cinco aulas sobre a justiça. In: *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, § 5, pp. 145-206.

PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2004, pp. 41-71.

PINA, Rafael de. *Tratado de las pruebas civiles*. 2 ed. México: Porrúa, 1975.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PISTOLESE, Gennaro Roberto. *La prova civile per presunzioni e le cosiddette massime di esperienza*. Padova: CEDAM, 1935.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo 4. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PRADO, Lúdia dos Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2003.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezione di diritto processuale civile*. 5ª ed. Napoli: Jovene, 2006.

REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1968.

\_\_\_\_\_. A ética do juiz na cultura contemporânea. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, jan./mar. 1994.

RICCI, Gian Franco. Il processo civile fra ideologie e quotidianità. In: *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nº. 01, 2005.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. Vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUEZ, Tulio Enrique Espinosa. *La valoración de la prueba en el proceso*. Bogotá: Temis, 1967.

ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2ª ed. Tradução de Ernesto Krotochin. Buenos Aires: B de F, 2002.

ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

SALLES, Carlos Alberto de. Transição paradigmática na prova processual civil. In: ASSIS, Araken de [et al.] (Coords.). *Direito civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 911-921.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV (arts. 332 a 475). 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

\_\_\_\_\_. *Prova judiciária no cível e no comercial*. Vol. I. São Paulo: Max Limonad, 1952.

\_\_\_\_\_. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 2. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III,

tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. 7ª ed. Padova: CEDAM, 1967.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*. Bologna: Forni, 1968.

SOARES, Orlando. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2ª ed. Tradução de Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970.

\_\_\_\_\_. Modelli di prova e di procedimento probatorio. In: *Revista di Diritto Processuale*, anno 45, nº. 02, apr./jug. 1990, pp. 421-448.

\_\_\_\_\_. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferri. Madrid: Trotta, 2002.

\_\_\_\_\_. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. In: *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, vol. 02, n. 02. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, jul./dez. 2001, pp. 171-204.

\_\_\_\_\_. Le prove. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Ano XLIX. Milano: CEDAM, 1995, pp. 1479-1483.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TORRÉ, Abelardo. *Introducción al derecho*. 12ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

TOSTA, Jorge. *Manual de interpretação do código civil: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*. Vol. 2. Napoli: Jovene, 2006.