

• NOVEMBRO – DEZEMBRO DE 2004 •

ISSN 0102-8413

REVISTA FORENSE, vol. 1 – 1904
Publicação bimestral.
Volume 376 – 2004 (novembro/dezembro)
Rio de Janeiro: Forense – 2004
1. Direito – Brasil – Periódicos.
FORENSE/RJ
CDU – 34(81)(05)

Proibida a reprodução total ou parcial, bem como a reprodução de apostilas a partir desta Revista, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor (Lei nº 9.610, de 19.02.98).

Reservados os direitos de edição e distribuição pela
REVISTA FORENSE

Av. Erasmo Braga, 299 – 1º, 2º, 5º e 7º andares – 20020-000 – Rio de Janeiro-RJ
Rua Senador Feijó, 137 – Centro – 01006-001 – São Paulo-SP
Rua Guajajaras, 337 – Centro – 30180-100 – Belo Horizonte-MG
E-mail: revista@forense.com.br
www.revistaforense.com.br ou www.rfe.inf.br
Tel.: (0XX21) 2533-5537 / Ramal: 242 – Fax: (0XX21) 2533-4752

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

REVISTA FORENSE

FUNDADA EM 1904
PUBLICAÇÃO NACIONAL DE DOCTRINA, JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

FUNDADORES
Mendes Pimentel
Estêvão Pinto

IN MEMORIAM
Bilac Pinto
Antonio Pereira Pinto
J. de Magalhães Pinto
José Monteiro de Castro
José de Almeida Paiva
José de Aguiar Dias

DIRETORES
Regina Bilac Pinto
José Carlos Barbosa Moreira
Francisco Bilac M. Pinto Filho
Guilherme Pinto Zingoni

Miguel Seabra Fagundes
Cairo Mário da Silva Pereira

INDEXADA

Fatos notórios e máximas de experiência

ADROALDO FURTADO FABRÍCIO
Desembargador aposentado. Ex-Presidente do TJRS.
Professor Titular de Direito Judiciário Civil na UFRGS.
Advogado em Porto Alegre.

SUMÁRIO: 1. Fonte do convencimento judicial: o princípio e as exceções. 2. Fatos notórios. 3. As máximas de experiência. 4. Máximas de experiência: pressupostos e modo de aplicação. 5. Regras de experiência técnica e prova pericial. 6. Convencimento judicial *haurido fora do processo*.

1. FONTE DO CONVENCIMENTO JUDICIAL: O PRINCÍPIO E AS EXCEÇÕES

actum tria personarum, idéia a que se acham ligadas as garantias da isonomia processual e do contraditório.¹

Em linha de princípio, o convencimento judicial quanto aos fatos da causa tem de ser formado a partir da prova processual, vale dizer, tomando o julgador em conta apenas aqueles elementos de convicção que, pelas vias prescritas na lei do processo, aportaram aos autos. Não é lícito ao juiz, portanto, servir-se de dados estranhos a esse universo, quais sejam, aqueles que constituam o seu *conhecimento privado* dos fatos, como razão de decidir: *quod non est in actis non est in mundo*. Esse brocardo contém um princípio de garantia, afastando a eventualidade perigosa de serem as partes surpreendidas pela influência, sobre o espírito do julgador, de dados e informações que elas não tiveram oportunidade de examinar, discutir e criticar. Não se trata de formalismo vazio, mas de uma decorrência natural de ser o processo

Com efeito, como é de comum conhecimento em doutrina e acha-se expresso no texto mesmo do art. 131 do Código de Processo Civil, o que o juiz pondera como razões de decidir são os fatos e circunstâncias *constantes dos autos* (essa é a exata expressão legal), porque só estes terão sido alegados, discutidos e demonstrados em regime de contraditório e segundo as formas sobre as quais assentam as garantias do processo legal. Os fatos de que o juiz haja tomado ciência por percepção direta, fora dos autos – como o acidente de trânsito que casualmente presenciou de sua janela – não podem informar o seu convencimento de julgador: relativamente àqueles, ele é testemunha, e estará desqualificado como juiz.²

Em regra, pois, o convencimento do magistrado atém-se ao limite traçado pelo conteúdo dos autos; entretanto, a tendência

1 Theotônio Negrão cita acórdão que deu pela nulidade do processo em razão desse tipo de conduta judicial (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 35ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 229, nota 4 ao art. 131).

2 Trago de minha experiência forense o caso de um magistrado que, antes de julgar um caso de acidente de trânsito, foi conhecer pessoalmente, em caráter privado, o cruzamento de vias onde ele ocorreu, para melhor compreender a dinâmica do fato. *Não lhe era lícito fazê-lo*, salvo em forma de inspeção judicial e sob as garantias do contraditório.

à atenuação do formalismo e a preocupação crescente com a *máxima verossimilhança possível* da "verdade" apurada no processo conduzindo a algumas exceções, a saber, o aproveitamento dos fatos notórios e a aplicação das regras de experiência.³ 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.

2. FATOS NOTÓRIOS

"Regras de experiência" e "Fatos notórios" têm em comum o pertencem a uma categoria mais vasta, à qual a doutrina costuma referir-se como "saber privado do juiz",⁴ vale dizer, ciência de fatos que ele não hauriu nos autos, mediante produção de provas na forma do processo legal. Um e outro também sobressaem nesse universo pela apontada circunstância de que, *exceptionalmente*, quando de alguma dessas espécies se trata, ao juiz é permitido servir-se, no deslinde das questões de fato, desse seu conhecimento privado.

Cessa aí, contudo, a aproximação entre as duas espécies. O art. 334, I, refere-se aos próprios fatos alegados pelas partes como supedâneo da decisão pretendida, concretamente considerados em sua individualidade e tomados direta e imediatamente como suporte fático (*Tatbestand, fattispecie*) da regra jurídica a ser aplicada. Cuida-se de *fato da causa* pertencente ao mundo natural (o devedor obrigou-se a pagar quando se

concluisse a colheita de milho no lugar do pagamento; o prazo para a conclusão de certa obra é o dia do solstício de inverno) ou cultural (o traje de cerimônia encomendado ao alfaiate deve ser entregue dois dias antes da posse do Presidente eleito da República; o conjunto musical contratado para certo evento obrigou-se a apresentar repertório típico da região) cujo conhecimento é suficientemente difundido no círculo social a que pertence o juiz, ou acessível, independentemente de formação especializada, pelo menos aos membros desse mesmo grupo medianamente informados sobre a geografia, a cultura, os costumes, o dia-a-dia da comunidade considerada.⁵

O dado relevante para a caracterização do fato notório, cuja prova se dispensa, é sua direta pertinência ao objeto do litígio, como nos exemplos que vêm de ser formulados. Essa qualificação não se pode aplicar a fatos estranhos ao debate judicial, nem a noções genéricas que, conquanto talvez também pertençam ao conhecimento geral, não se caracterizam como fatos concretos e determinados, mas como generalizações. O consenso social relativamente a determinada convicção — v. g., o de que o grande consumo de fogos de artifício em períodos juninos faz aumentar consideravelmente o perigo de queimaduras e outras lesões por eles provocados — não pode ser visto como fato notório, nem pode levar à dispensa da prova de que certa lesão sofrida por determinada pessoa durante esses festejos tenha sido por esse modo produzida.

A notoriedade há de ser do próprio fato em si, não uma inferência ou uma ideia

geral. Independentemente de sua exatidão ou inexatidão, a hipótese de caráter genérico, mesmo científica, não se presta à dispensa da prova. Para servir como razão de convencimento, apta a alicercar a conclusão de procedência ou improcedência de uma demanda judicial vista em sua individualidade, seria preciso que da assertiva formulada decorresse necessariamente que a vítima em questão houvesse sofrido a lesão — no exemplo figurado — por ação de um artefato pirotécnico. Se a pessoa em questão era a única designada para manusear os fogos e a lesão é de natureza tal que só se poderia produzir pelo manejo dos artefatos, o primeiro desses dados poderia ser tido como um fato notório, mas o convencimento de que a pessoa se feriu por essa razão seria já uma inferência. E ainda aí não se trataria de fato notório no sentido em que essa locução vem empregada na lei do processo, mas de uma elaboração racional dedutiva construída sobre o dado presumidamente conhecido.

Pode suceder que a notoriedade do fato exista mas restrinja-se ao âmbito *local*, de tal sorte que, conquanto admitida corretamente pelo juiz de primeiro grau, não se alargue ao lugar da sede do órgão recursal. Em tal hipótese, poderá tornar-se necessária a conversão do julgamento em diligência para a produção da prova respectiva (a saber, prova da notoriedade ou prova do próprio fato). Note-se, entretanto, que esse não será o caso quando a parte em cujo desfavor se afirma o fato não tenha impugnado sua notoriedade na primeira oportunidade que se lhe haja aberto de fazê-lo: sendo assim, ter-se-á tomado *incontraverso* o ponto, razão por si suficiente

para a dispensa da prova (art. 334, III, do CPC).

3. AS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA

A redação por demais econômica que o legislador imprimiu ao art. 335 do Código de Processo Civil, particularmente na cláusula inicial que alude à "falta de regras jurídicas particulares", cria certa perplexidade ao intérprete e pode conduzir ao erro, não entendimento de que se trata aí de suprir eventuais lacunas da lei, com relação às normas a que se devem subsumir os fatos. O conceito de "regras particulares", em oposição a "normas gerais", com efeito, não é privativo do direito probatório, alargando-se a outros campos do universo jurídico, na esfera do direito material e na do processual.

Nessa matéria, faz-se particularmente importante identificar a origem do dispositivo para melhor clarear seu significado, ao lume da norma inspiradora no Direito Comparado. Algumas opiniões de invidiosa respeitabilidade a sitem no art. 115 do *homólogo* estatuto italiano.⁶ Melhor razão assiste, porém, aos que identificam a procedência imediata do texto no art. 78 do Código de Processo Civil do Vaticano,⁷ cuja redação, conquanto mais explícita e detalhada, é idêntica, no aspecto central, à do dispositivo brasileiro. Em fórmula mais minuciosa, melhor particulariza a hipótese em que se confere ao juiz a facultade:

"O juiz, no caso de não estarem estabelecidas normas jurídicas particulares para a dedução, do fato a provar, do fato percebido, aplica as regras de experiência comum, minis-

3 Não se trata do falso contraste entre "verdade formal" e "verdade material", mas da busca *possível* da verdade, sem sacrifício de outros interesses e princípios de que o processo não pode prescindir (cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1997, especialmente p. 148).

4 A expressão correspondente em idioma alemão, *Das private Wissen des Richters*, é precisamente o título de monografia excelente e clássica de Friedrich Stein, referência universal e obrigatória da doutrina sobre o tema, mais acessível entre nós na versão espanhola *El conocimiento privado del juez*, trad. de Andrés Oliva Santos, Pamplona, Universidad de Navarra, 1973 — que será preciso citar várias vezes no longo deste trabalho.

5 A própria formulação desse ou de outro conceito qualquer de fato notório sempre conterá, inevitavelmente, um alto grau de relatividade, sobretudo com razão de sua variação espaço-temporal e do grau de informação das pessoas. Quando Couture, um tanto jocosamente, disse que o juiz não podia decidir como se ignorasse que a cidade de Hamburgo está do outro lado do oceano (*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 235) não levou em conta que milhares, talvez milhões, de pessoas sequer sabem da existência de uma cidade com esse nome...

6 Assim, Ernane Fidels dos Santos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980, vol. 3, nº 18, p. 16; e Darci Guimarães Ribeiro, *Provas atípicas*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, p. 105.

7 J. C. Barbosa Moreira — que anteriormente atribuiu filiação italiana ao dispositivo ("Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados", no volume *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, p. 61, São Paulo, Saraiva, 1980) — creditava corretamente ao Código vaticano como fonte histórica do direito processual *Civile dello Stato della Città del Vaticano* como fonte histórica do direito brasileiro, in *Revista di diritto processuale*, v. XLVI (1991) e *Temas de Direito Processual*, Quinta Série, p. 195 — iniciado a p. 189 (São Paulo, Saraiva, 1994). Também assim A. C. de Araújo Cintra, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, vol. IV, nº 21, p. 30; Moitz de Aragão, *Exegese do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Aide, s/data, vol. IV/1, nº 74, p. 114.

tradadas pela observação de quanto comumente acontece, e as regras de experiência técnica, ressaltada, neste último caso, a faculdade do art. 121⁹ (que cuida da prova pericial).⁸

Esta norma do estatuto vaticano, pois, que se pode buscar a mais exata compreensão do alcance da regra nacional. Como ficou antecipado, a possível confusão com "regras de experiência", relacionadas a outros temas que não o da prova, resulta afastada quando se toma em conta o que se acha explícito no modelo e a cópia não reproduziu: as regras jurídicas aludidas são apenas aquelas eventualmente constantes do sistema, que induzem os casos e a forma de se deduzir "o fato a provar" do "fato percebido". Vale dizer, se não incidem regras *legais* específicas sobre indícios e presunções aplicáveis ao caso concreto, as da experiência comum serão tomadas em conta na avaliação da prova ou mais diretamente no próprio convencimento do juiz quanto aos fatos.

O artigo circunscrive-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 aplicará ao caso concreto em litígio, mas estritamente daquela que há de orientar a formação do convencimento do juiz no mesmo caso concreto.⁹ Assim não fosse, de resto, a norma seria inútil, pois o art. 126 cumpriria por inteiro a função correspondente ao outorgar facultade mais ampla ao juiz.

Postas essas considerações, "regras de experiência", no texto legal considerado, são aquelas que o magistrado, como homem integrado ao seu universo cultural, terá induzido da observação – ou mesmo da vivência – de fatos repetidos que costumam invariavelmente conduzir a determinados

resultados.¹⁰ As máximas ou regras de experiência são "definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se apreciam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidas e que, além desses casos, pretendem ter validade para outros que venham a ocorrer".¹¹

O método empregado aí é o indutivo, como nas ciências naturais e físicas: da observação de um conjunto de acontecimentos entre si iguais e da constância das consequências 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. Encontra-se em um de nossos maiores processualistas, referindo-se aos juizes:

"Atentos e sensíveis às realidades do mundo, eles 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

do cotidiano, há fatos que ordinariamente se sucedem a outros e, tanto quanto o *homen da riva* (Calamandrej), o juiz não deve estar alheio a essa percepção nem decidir como se a vida não fosse assim – sob pena de transgredir o processo em uma *técnica bem organizada para desconhecer o que todo mundo sabe* (Aliomar Baleeiro)."¹²

4. MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA: PRESSUPOSTOS E MODO DE APLICAÇÃO

Não há confundir, pois, máximas de experiência com os fatos notórios. Estes são fatos diretamente ligados à causa, suporte fático (*Tabestand, fattispecie*) de possível incidência da norma invocada – e que, portanto, deveriam ser, em tese, objeto de prova, e desta são dispensados apenas porque geralmente conhecidos. As "regras de experiência" são aquelas que se podem extrair da quotidiana observação da vida, como, por exemplo, a de que pessoas entre si ligadas por laços de parentesco ou amizade tendem a favorecer-se mutuamente – o que levará o juiz a preferir, entre testemunhos conflitantes, o do estranho ao do amigo ou parente, ainda que em grau não impeditivo. A proximidade é maior com o conceito de presunção *hominis*, que outra coisa não é senão a máxima de experiência baseada no que, dadas determinadas circunstâncias, só acontecer.

Aliás, deveras ilustrativa do conceito é a anotação, encontrada na doutrina, segundo a qual as próprias presunções *legais* constituem, em sua origem, dados da experiência comum, que, por serem particularmente convincentes e comprovadas no plano empírico, foram promovidas à categoria de verdades *legalmente* presumidas. Estas são, como de passagem ficou mencionado, as *normas legais particulares* a que alude o texto do art. 335 como excludentes das máximas de experiência não "legalizadas". Quando uma daquelas se faz presente, resulta afasta-

da a incidência do artigo: dispensa-se o juiz de uma elaboração mental da regra, porque ela já subiu à categoria de lei. Observação semelhante fora já feita pelo jurista que por primeiro e com inexecutível lucidez tratou seu seu interesse de modo específico do assunto:

"Sempre que as máximas de experiência entram em jogo no processo, uma parte delas está determinada em lei, de modo que a liberdade do juiz na aplicação de sua experiência da vida vê-se substituída pela força obrigatória do imperativo legal."¹³

Posta ou não ao nível legal, a relação entre o fato conhecido (indício) e o fato presumido é sempre de idêntica natureza: o processo mental de indução leva a que de um deles, certo, se extrai a certeza do outro, talvez muito difícil ou quicá impossível de ser demonstrado diretamente. Pode-se dizer que o cognoscente, segundo esse processo, não chega a *ver* o fato indiciado, mas o infere, como se vislumbrasse a sua sombra e por meio da observação desta delimitasse os contornos, o porte e a matéria da coisa assim percebida indiretamente.

O que ficou exposto deve ser suficiente para evidenciar que o convencimento judicial baseado exclusivamente sobre tais bases supõe sempre uma cautela extrema por parte do juiz. O próprio Stein é o primeiro a advertir que a base gnostológica é precária e sujeita a riscos e incertezas: "Não são mais do que valores aproximativos a respeito da verdade e como tais só têm vigência na medida em que a observação de novos casos não demonstre que a formulação da regra empregada até então era falsa."¹⁴ E a doutrina contemporânea, que continua a prestigiar amplamente as lições do mestre alemão, repete advertência semelhante, como a do acatadíssimo e já citado Moniz de Aragão:

"Seu emprego suscita o mesmo cuidado que desperta o das presunções *hominis*

8 No original: "Il giudice, nei casi in cui non siano stabilite norme giuridiche particolari per la deduzione del fatto da provare dal fatto percepito, applica le regole di esperienza comune, date dall'osservazione di quanto comunemente avviene, e le regole di esperienza tecnica, salvo, in questo ultimo caso, la facoltà di cui all'art. 121."

9 Araújo Cintra, *Comentários*, cit., loc. cit.; Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973)*, 3^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, n. 2, tomo IV, p. 410; Moniz de Aragão, *Exegese*, cit., e vol. cit., p. 115.

10 "Quando un juez interpreta y valora los resultados probatorios, lo hace emitiendo juicios de valor que se apoyan en su propia experiencia cultural. Nociones como el concepto de velocidad de un automóvil, la rapidez de comunicaciones entre dos poblaciones, el desgaste normal que se produce al usar una vivienda, la carencia de la vida en una determinada ciudad, etc., no están definidas en ningún libro. Cualquier persona las adquiere a través de su experiencia personal cotidiana y las utiliza inconscientemente en sus manifestaciones, que se producen siempre en forma de juicios de valor" (Francisco Ramos Mendez, *Derecho procesal civil*, Barcelona, Bosch, 1980, p. 499).

11 A definição, clássica e geralmente aceita, é do já citado Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, p. 30.

12 Dinamarco, *Instituições*, cit., vol. III, p. 122.

13 Stein, *El conocimiento*, cit., p. 64. A aproximação entre as máximas de experiência e a lei (vista aí como lei natural, na terminologia empregada) é feita também por Castro Mendes, *Do conceito de prova*, cit., pp. 180 e segs.

14 *El conocimiento*, cit., pp. 40-41.

(assuntos que se interligam), pois de ambos é possível dizer-se que se trata de um 'procedimento de prova perigoso', razão pela qual deve ser exigida do julgador a fundamentação do seu raciocínio, pois se as máximas de experiência se justificam por si mesmas, no seu emprego podem ocorrer abusos - 'o vício reside, então, no raciocínio do juiz'.¹⁵

A rigor, pode-se considerar que peca por demasiado otimismo até mesmo o asserto segundo o qual "as máximas de experiência se justificam por si mesmas". Como se trata de generalizações formuladas a partir da observação de casos particulares, não é razoável excluir que a própria generalização seja em si mesma errônea, como ocorrerá se o número de casos observados é insuficiente para justificá-la, ou se existem entre eles diferenças e particularidades sutis imperceptíveis ao olho leigo. Advirta-se, para ilustrar, que qualquer pessoa mediana mente informada é capaz de identificar uma rosa, mas só um especialista saberá distinguir uma rosa damascena de uma rosa entifolia, ou mesmo de certas espécies vegetais que, conquanto muito semelhantes às rosas, rosas não são.

Assume, neste ponto, uma importância fundamental a distinção entre *juízo de probabilidade* e *juízo de certeza*.¹⁶ Embora aquele baste para embasar decisões de cunho provisorio ou emergencial, destinadas a vigiar apenas no curso do processo, ele não costuma ser considerado suficiente para dar supedâneo ao julgamento definitivo de procedência quanto ao mérito. E, posto que na jurisdição civil não se admite pronuncie o juiz o *non liquet*, qualquer dúvida remanescente - impassível de solução pela via da verificação do ónus da prova e outras técnicas que tais - terá de conduzir à desestimação da demanda.

O espírito do juiz, quando trabalha com presunções *hominis* ou com as máxi-

15 Exegese..., cit., e vol. cit., p. 120, com remissão ao ensino dos Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, 5ª ed., Paris, 1972, Vol. I, p. 457, que identificam al "un procédé de preuve dangereuse".
16 Certeza, é claro, vista na escala humana, que não pode operar com absolutos.
17 Há uma anedota sobre certo perito em Estatística que, não sabendo nadar, morreu afogado ao tentar transpor um rio cuja profundidade média era de oitenta centímetros...

mas de experiência na busca da formação de seu convencimento, precisa percorrer duas etapas: primeiro, identificar a regra geral em si mesma (que não está, para o caso, na lei, mas na experiência ordinária do seu círculo social); depois, inferir dessa máxima a conclusão de veracidade ou inveracidade de algum fato pertinente ao processo. E precisa estar consciente de que, em qualquer dessas passagens, pode ocorrer erro: na primeira, quando a generalização mesma foi indevida e apressada, o que pode levá-lo a tomar como certo o que é apenas plausível; na segunda, quando a inserção do caso concreto na série é equivocada, por tratar-se de hipótese diversa, conquanto talvez semelhante, daquelas a que se atém a generalização. O uso, pelo julgador, das máximas da experiência na formação do seu convencimento baseia-se, ao fim e ao cabo, em meras probabilidades estatísticas, servindo-lhe estas antes para reforçar outros elementos de convicção, ou para debilitá-los, do que para construir exclusivamente sobre elas o seu juízo quanto aos fatos.¹⁷

5. REGRAS DE EXPERIÊNCIA TÉCNICA E PROVA PERICIAL

Quando se trata de regras de experiência técnica - a que também faz alusão a norma do art. 335, com a ressalva final atinentemente à perícia -, coloca-se um problema que tem por vezes inquietado a doutrina. Conquanto essa modalidade de "regra de experiência" suponha alguma forma de conhecimento especializado, pode suceder que o juiz disponha, ele próprio, de formação adequada à exata compreensão da regra e à extração das consequências jurídicas que dela devam dimanar.

Cumprir anotar, aliás, que o traço distintivo entre as regras da experiência comum e as da técnica nem sempre é nítido, a ponto de que alguns juristas não o reconhe-

18 Castro Mendes, por exemplo, menciona que o conceito só se subordina a dois pressupostos: que sejam juízos gerais, que se podem distinguir em *définitifs* e *regras hipotéticas*, e que provenham diretamente da experiência, acrescentando de incidental: "Desde que encontramos estas características, estaremos diante de uma máxima de experiência, quer se trate de uma lei da natureza ou de um uso comercial, quer se trate de um profundo conhecimento científico, quer da trivialidade mais banal e comestível" (*Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa, Ática, 1961, p. 663).
19 Stein, *El conocimiento...*, cit., p. 35.
20 Moniz de Aragão, *Exegese...*, cit., p. 119.
21 A hipótese não é meramente especulativa: um ilustre escultor que, antes do curso jurídico, obtivera a graduação em Medicina e a exerceira, desenvolveu brilhante carreira na magistratura do Estado do Amazonas. *V. g.*, Jônatas Milhomens, *A prova no processo*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 211.
22 Theotônio Negráo, *Código de Processo Civil*, cit., em nota 7-a ao art. 420, p. 453, registra acórdão que reputa "bem fundamentado" estampado em *Lex-JTA* nº 143/137, no sentido de que "o juiz, sob fundamento de que tem conhecimentos técnicos acerca da matéria em juízo, não pode deixar de nomear perito."
24 Cf. Wambier, *Curso avançado...*, cit., e vol. cit., p. 532.
25 Dinamarco, *Instituições...*, cit., e vol. cit., pp. 585-586.

cem, ou não lhe atribuem relevância.¹⁸ De resto, aquilo que hoje é objeto do conhecimento restrito a um círculo estreito de especialistas, "amanhã qualquer um aprenderá na escola".¹⁹ Contudo, é imperioso admitir que, considerado o estado da arte em determinado assunto, tempo e lugar, há um saber apenas acessível a especialistas capazes de dominar certo conjunto de princípios e informações, assim como sempre haverá uma diferença, quanto aos temas técnicos, entre a noção geral e aproximativa que o leigo tem e o conhecimento mais aprofundado do especialista. Assim, qual-

quer de nós pode saber aproximadamente a posição que o planeta Marte ocupa hoje no céu às horas tantas, mas só um astrônomo será capaz de calcular sua exata localização no mesmo horário do dia 23 de fevereiro de 1950.

A distinção, portanto, existe e o modo de fazê-la com maior segurança é por exclusão: é máxima ordinária a que não é da experiência técnica.²⁰ Isso posto, coloca-se o problema de que ora nos ocupamos: dispo- o juiz do conhecimento técnico necessário, por exemplo, em medicina,²¹ poderia pensar 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,²² a resposta correta é forçosamente negativa.²³ 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.²⁴ Veja-se uma elucidativa lição sobre o tema:

"Ao negar às partes esse meio de prova e surpreendê-las com conclusões próprias, o juiz impede-as de participar da instrução, formulando quesitos, discutindo as respostas, propondo outras, criticando o laudo ou o próprio perito etc. Tanto quanto o juiz-testemunha, o juiz-perito é recusado pelo sistema. (...)

Nesse sistema, o juiz é autorizado a *presumir* com fundamento na experiência comum e a extrair conclusões fundadas em algum conhecimento técnico-científico, não passando esse conhecimento de meras *notícias* que o juiz tenha e que, por cultura geral, também os advogados das partes possam ter. Quando se passa ao campo dos princípios de uma ciência, conceitos avançados, fórmulas, teorias, é indispensável a perícia a ser feita por profissional especializado, mediante exame da pessoa ou coisa, à vista das indagações que lhe são dirigidas (quesitos) e com rigorosa abertura para a participação dos litigantes em contraditório (inclusive contando com a ajuda de assistentes técnicos, se quiserem).²⁵

Há, de resto, razões outras e quicá de maior peso para que se vede ao juiz a substituição do auxílio pericial pelo seu próprio "saber técnico". O princípio da identidade física do juiz, como se sabe, não é absoluto, de sorte que, ao menos eventualmente, o juiz que preside à instrução não será o mesmo que julgará; de resto, mesmo quando assim ocorra no primeiro grau de jurisdição, o mesmo não se dará no segundo:

18 Castro Mendes, por exemplo, menciona que o conceito só se subordina a dois pressupostos: que sejam juízos gerais, que se podem distinguir em *définitifs* e *regras hipotéticas*, e que provenham diretamente da experiência, acrescentando de incidental: "Desde que encontramos estas características, estaremos diante de uma máxima de experiência, quer se trate de uma lei da natureza ou de um uso comercial, quer se trate de um profundo conhecimento científico, quer da trivialidade mais banal e comestível" (*Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa, Ática, 1961, p. 663).
19 Stein, *El conocimiento...*, cit., p. 35.
20 Moniz de Aragão, *Exegese...*, cit., p. 119.
21 A hipótese não é meramente especulativa: um ilustre escultor que, antes do curso jurídico, obtivera a graduação em Medicina e a exerceira, desenvolveu brilhante carreira na magistratura do Estado do Amazonas. *V. g.*, Jônatas Milhomens, *A prova no processo*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 211.
22 Theotônio Negráo, *Código de Processo Civil*, cit., em nota 7-a ao art. 420, p. 453, registra acórdão que reputa "bem fundamentado" estampado em *Lex-JTA* nº 143/137, no sentido de que "o juiz, sob fundamento de que tem conhecimentos técnicos acerca da matéria em juízo, não pode deixar de nomear perito."
24 Cf. Wambier, *Curso avançado...*, cit., e vol. cit., p. 532.
25 Dinamarco, *Instituições...*, cit., e vol. cit., pp. 585-586.

“Ainda quando, ocasionalmente, o juiz possuir conhecimentos específicos sobre as questões de fato, que requerem visão técnica ou científica, a perícia não pode ser dispensada, pois o juiz, que precisa à produção da prova, não será, necessariamente, o sentenciante, ou, ainda quando isso acontecer, o processo, em grau de recurso, se submeterá ao julgamento de outros magistrados, sem idêntica qualificação.”²⁶

6. CONHECIMENTO JUDICIAL HAURIDO FORA DO PROCESSO

Vem-se tomando preocupante pela freqüência 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. A erudição *ad hoc* buscada em tais circunstâncias, a mais de incidir em todas as críticas supratranscritas ao *juiz-perito*, 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 sistemático, feito de atórgadilho, sobre questões eminentemente técnicas, cujo decurso tem de começar pelo domínio dos princípios e fundamentos que lhes são pró-

rios. Aliás, a conduta judicial assim caracterizada contrapõe-se frontalmente ao disposto no art. 131 do estatuto processual, na medida em que abandona os autos e as provas que neles se contêm para ir buscar fora do processo os dados de convencimento que informarão o decisório. Como o conteúdo da *Internet* não se compõe necessariamente de dados da experiência comum, nem da técnica; certo, por outro lado, que não constituem fatos notórios da causa, no sentido, já analisado, em que os contempla a lei — o que de fato ocorre é um julgamento *fora dos autos*, proferido à base de elementos que nele não se encontram. E isso afronta claramente a letra e o espírito do artigo em foco, cuja razão de ser está precisamente na proibição de servir-se o juiz do seu saber privado sobre os fatos, fora das específicas e inampliáveis ressalvas do próprio Código.

Quebra-se o princípio, legal mas hoje também universal, do livre convencimento *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.²⁷

Note-se, mais, que 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.

Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

Professor das Pós-Graduações em Direito do Estado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e em Direito da Administração Pública da Universidade Federal Fluminense – UFF. Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes. Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Influências da evolução da responsabilidade no direito civil e na responsabilidade do Estado. 3. O fundamento da igualdade na divisão das cargas sociais. 4. Pluralidade de fundamentos da responsabilidade do Estado. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A questão dos fundamentos da responsabilidade civil do Estado¹ no Direito brasileiro é dos temas que mais está a merecer uma reflexão por parte da doutrina nacional, acostumada que está a, no trato do tema, apenas reafirmar a idéia de que o Estado é objetivamente responsável em razão do princípio da solidariedade e igualdade, pelo qual as pessoas não podem ser individual e especialmente oneradas em razão do bem comum.

Essa postura afirma-se um tanto quanto simplista se verificarmos as grandes

discussões existentes no Direito Comparado, inclusive em países que adotam o sistema da responsabilidade objetiva do Estado, quanto aos fundamentos da responsabilidade civil estatal, matéria que, além da evidente importância teórica, é de grande relevância prática, uma vez que é justamente o fundamento que baliza e inspira a interpretação das diversas modalidades de responsabilidade patrimonial do Estado (omissiva e comissiva, com e sem culpa ou ilicitude, etc.).

Podemos constatar que, de fato, a responsabilidade do Estado no Direito brasileiro é uma das que mais confere direitos aos

26 Sérgio Bernudes, *Direito processual civil — estudos e pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1994, segunda série, p. 61.

27 Cf. Luiz Fux, *Curso de Direito Processual Civil*, p. 611, com remissão a lições de Lessona e Carlos Forno.

1 Nem sempre que o Estado paga indenizações o faz com base em sua responsabilidade civil. Há certos casos em que o ordenamento jurídico regula o sacrifício de direito individual em prol do interesse público, obrigando o Estado a pagar determinada indenização (ex.: desapropriação). Em casos tais, não há responsabilidade civil, mas, sim, sacrifício de direito legalmente autorizado.