

N935 Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: processo de conhecimento, provas / coordenador geral, Freddie Didier Jr.; organizadores, Lucas Burlil de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador : Juspodivm, 2015.
694 p.

Vários autores.
Bibliografia.

ISBN 978-85-442-0554-9.

1. Processo civil - Brasil. 2. Processo civil - Legislação - Brasil. I. Didier Jr., Freddie. II. Macêdo, Lucas Burlil de. III. Peixoto, Ravi. IV. Freire, Alexandre. V. Título. VI. Título : processo de conhecimento, provas.

CDD 347.05

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

Sumário

APRESENTAÇÃO..... 19

PARTE I

TEORIA DA PROVA, PARTE GERAL E PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

CAPÍTULO 1 ► O princípio da veracidade e o direito de não fazer prova contra si mesmo perante o Novo Código de Processo Civil..... 23
Celso Hiroshi Jochhama

1. INTRODUÇÃO23
2. O PRINCÍPIO DA VERACIDADE E A SUA FUNÇÃO PARA O PROCESSO JUDICIAL CIVIL.....24
3. O PRINCÍPIO PENAL/PROCESSUAL PENAL DE NÃO FAZER PROVA CONTRA SI MESMO E SUA MIGRAÇÃO PARA O PROCESSO CIVIL.....30
4. O DIREITO DE NÃO FAZER PROVA CONTRA SI MESMO E OS MEIOS DE PROVA.....36
5. AS ANTINOMIAS DECORRENTES O DIREITO DE NÃO FAZER PROVA DIANTE DO PRINCÍPIO DA VERACIDADE E CRITÉRIOS DE SOLUÇÃO43
6. CONCLUSÕES49
7. REFERÊNCIAS.....50

Capítulo 2 ► Notas sobre a atividade instrutória na ação rescisória 53
Daniel Colnago Rodrigues e João Pereira Monteiro Neto

1. PREMISSAS INTRODUTÓRIAS E IDENTIFICAÇÃO DO OBJETO.....53
2. SOBRE A AÇÃO RESCISÓRIA: ASPECTOS PERTINENTES.....55
3. PROVAS E AÇÃO RESCISÓRIA: GENERALIDADES.....58
4. FUNDAMENTOS RESCIDENTES E PRODUÇÃO PROBATÓRIA: QUESTÕES RELEVANTES.....63
5. PROVAS DESTINADAS AO JUÍZO RESCISÓRIO: LIMITES E POSSIBILIDADES68
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS70

Quem não chorar no enterro da própria mãe corre o risco de ser condenado à morte - o (ab)uso de máximas de experiência na valoração e interpretação probatória

Leonard Zieseemer Schmitz¹

SUMÁRIO: 1. DOIS MITOS A SEREM SUPERADOS: A COMPLETUDE DO ORDENAMENTO E O SILOGISMO JUDICIAL; 2. O QUE SÃO "MÁXIMAS" OU REGRAS DE EXPERIÊNCIA; 3. O PROBLEMA NA UTILIZAÇÃO DAS REGRAS DE EXPERIÊNCIA — A PERDA DO CONTROLE HERMENÊUTICO; 3.1. AS REGRAS DE EXPERIÊNCIA NA TENTATIVA DE DAR COMPLETUDE AO SISTEMA; 3.2. AS REGRAS DE EXPERIÊNCIA E A NOÇÃO NÃO SUPERADA DE SILOGISMO; 4. O PERIGO DO USUVELADO DE REGRAS DE EXPERIÊNCIA; 5. CONCLUSÃO — A FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA PODE PRESCINDIR DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA; 6. BIBLIOGRAFIA.

1. DOIS MITOS A SEREM SUPERADOS: A COMPLETUDE DO ORDENAMENTO E O SILOGISMO JUDICIAL

A ideia central deste artigo é evidenciar o equívoco na utilização das chamadas "regras de experiência" (art.335, do CPC), quando são enxergadas como um alibi teórico, uma válvula de escape para que o subjetivismo ingresse na decisão judicial. É preciso, para isso, entender sobre qual base teórica foi desenvolvida a ideia das regras de experiência.

De forma resumida, é necessário lançar um olhar crítico sobre dois mitos que a teoria do direito tem tentado desvelar: a completude do ordenamento e o silogismo como técnica de julgamento e de fundamentação.

1. Doutorando em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mes- trando em Direito Processual Civil na PUC/SP. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, com estágios de pesquisa em Washington DC (George Washington University) e Padova (UNIPD/Itália). Advogado.

O ideal de que o ordenamento jurídico é completo em si mesmo remonta ao positivismo primitivo do início do século XIX, mas avança até mais recentemente. Herbert Hart, por exemplo, na obra que representa o auge do positivismo analítico britânico, elenca dentre as características definidoras de qualquer teoria que se denomine positivista, o seguinte: "um sistema jurídico é um sistema lógico fechado em que as decisões corretas só podem deduzir-se das regras jurídicas determinadas através de meios lógicos".²

Mais proximamente à tradição jurídica brasileira, a origem da completude é o Código Napoleônico francês, (1804), no qual "Lei" e "Direito" foram reduzidos a uma só coisa, e ao julgador caberia apenas verificar, no contexto fático que lhe era apresentado, qual dispositivo legal seria aplicável. Todo esforço hermenêutico teria sido feito, acreditava-se, pelo Legislador, e o Código era um texto onipotente, basicamente livre de lacunas. O art. 4º do código napoleônico, que instituiu a vedação de *non liquet*,³ culpava o julgador que se recusasse a julgar alegando lacuna no sistema. A solução dos positivistas para lidar com a falta de completude do ordenamento foi, justamente, a de concluir que as analogias e aplicações do próprio texto legal seriam supridoras das lacunas.

Já uma década antes, o Código Civil da Prússia (*Landrecht Pruski*, promulgado em 1794), exprimia a vontade do Imperador Frederico II de fazer conter, em dezessete mil artigos, todas as possibilidades e situações de vida. O texto foi elaborado justamente com a intenção de evitar que os juízes pudessem interpretar-lo, e portanto tratava de minuciosas exceções nas tradicionais relações jurídicas da época. Sobre isso, a análise de Ovídio Baptista é precisa:

a produção do Direito haveria de ser obra exclusiva do legislador, que se supunha um super-homem iluminado, capaz de produzir um texto de lei tão claro e transparente que dispensasse o labor interpretativo. Concebendo o direito como uma ciência tão exata quanto a matemática, bem antes do século XVIII já se haviam proscrito tanto a retórica forense, enquanto arte do convencimento judicial, quanto igualmente eliminara-se a perspectiva hermenêutica na compreensão do fenômeno jurídico.⁴

É esse tipo de distorção do direito que surge da mítica ideia de completude do ordenamento jurídico, que o positivismo primitivo tentou – e, em grande

2. HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, pp. 287/288.

3. "Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice". (O juiz que se recusar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegação de justiça – tradução livre).

4. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 24.

medida, logrou – instalar no imaginário da comunidade.⁵ A criação da estrutura positivista teve enorme influência na maneira como o direito passou a ser criado na Europa e, conseqüentemente, no Brasil.

É interessante notar, no entanto, que mesmo no início do século XIX já se sabia que um sistema fechado e completo era uma ficção impossível. O jurista Jean Portalis um dos idealizadores da codificação de Napoleão, já havia se pronunciado à época alegando que "na falta de um texto preciso sobre cada matéria, um uso antigo, constante e bem estabelecido, uma série não interrompida de decisões similares, uma opinião ou uma máxima adotada, funcionam como lei".⁶

Segundo Portalis, a "integração" da lei deveria acontecer, portanto, com uso de equidade. A redação original do código de 1804, inclusive, em seu art. 9º, conceituava o que seria essa equidade: "Nas matérias civis, o juiz, na falta de leis precisas, é um ministro de equidade. A equidade é o retorno à lei natural e aos usos adotados no silêncio da lei positiva".⁷ Portalis, em seu célebre discurso preliminar sobre o então projeto de código civil, disse:

Quando a lei é clara, é necessário segui-la; quando é obscura, é necessário aprofundar suas disposições. Na falta de lei, é necessário consultar o uso ou a equidade. A equidade é o retorno à lei natural, no silêncio, na oposição ou na obscuridade das leis positivas.⁸

Ocorreu, no entanto, que a redação original do 9º foi suprimida na versão final do código. Com isso, a interpretação dada à vedação de *non liquet* acabou por eliminar qualquer juízo que extrapolasse a estrita letra da lei.

Um século adiante, o próprio positivismo jurídico deu conta de superar o mito do ordenamento completo. Já em Hans Kelsen pode-se perceber que o juiz, quando julga, exerce atividade interpretativa sempre: "Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas

5. Uma passagem irônica, porém muito pertinente, de J. J. Calmon de Passos, ilustra essa situação: "Só absoluta má fé admitirá seja o Direito algo pronto e acabado, precedentemente posto à disposição dos homens para dele se utilizarem, como o fazem com o ar que respiram. Até mesmo uma criança, ao transpor sua fase ingênua e mítica, percebe que o Direito é bem parecido com a Branca de Neve e Pequeno Polegar – uma invenção bem intencionada dos homens" (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Desafios e descaminhos do direito alternativo*. In: Ensaios e artigos, vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 444).

6. B08810, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Icone, 1995, p. 76.

7. Apud B08810, Norberto. *O positivismo jurídico*, cit., p. 76.

8. No original: "Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives" (disponível em: http://le droit-criminel.free.fr/la_sciences_criminelle/penalistes/la_loi_penale/generalites/portalis_discours_code_civil.htm, acesso em 20/11/2014).

que vai aplicar, tem de interpretar estas normas".⁹ O positivismo sofisticado de Kelsen reconhecia, inclusive, que o julgador está submetido a influxos políticos, morais, econômicos, sociais, e toda sorte de influências que vão além do estritamente jurídico. A decisão judicial é, segundo Kelsen, um ato de política judiciária, alheio à teoria do direito.¹⁰

À partir daí, durante o século XX, foram desenvolvidas inúmeras teorias argumentativas do direito,¹¹ todas já assentadas sobre a premissa de que o ordenamento jurídico em si não é algo completo, e nem mesmo pode pretender ser completo, por absoluta incapacidade de cumprir com essa tarefa.

O mito da completude (assim como outras ficções positivistas) levou ao direito uma série de métodos e técnicas inadequadas que ainda hoje são utilizadas pelos juristas; a superação completa dos problemas das teorias do passado parece evoluir a passos lentos. Um ponto relacionado a isso, que precisa ser bem compreendido, é a necessidade de se abandonar a ideia de que a sentença é um ato de subsunção entre uma suposta premissa maior (a lei) e uma premissa menor (os fatos do caso).¹² É o caso da definição clássica de Moacyr Amaral Santos:

Na formação da sentença, terá assim o juiz de estabelecer duas premissas: uma referente aos fatos, outra referente ao direito. São as premissas do silogismo. Diz-se, assim, que a sentença, na sua formação, se apresenta como um silogismo, do qual a premissa maior é a regra de direito e a menor a situação de fato, permitindo extrair, como conclusão, a aplicação da regra legal à situação de fato.¹³

Há uma nítida, e até proposital, separação entre os fatos (a realidade) e o direito (a teoria).¹⁴ A subsunção ocorre, e aí chega-se ao ponto importan-

9. HELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 387.

10. "A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a 'correta', não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte - uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito" (HELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 393).

11. Destaquem-se, dentre elas, a tópica de Theodor Viehweg (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1979), a teoria retórica de Châtim Perelman (PERELMAN, Châtim. *Tratado da argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 1996), e a razão comunicativa de Jürgen Habermas (HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004).

12. "A gênese lógica da pronúncia jurisdicional se pode esquematizar em um silogismo, do qual é premissa maior a norma jurídica abstrata, premissa menor a afirmação de fato juridicamente qualificado, e conclusão a afirmação de uma vontade concreta da lei" ("La genesi logica della pronuncia giurisdizionale si possa schematizzare in un silogismo, di cui sia propositio maior la norma giuridica astratta, propositio minor l'affermazione del fatto giuridicamente qualificato, e conclusione l'affermazione di una concreta volontà di legge" - PALERMO, Antonio. *Il processo di formazione della sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1956, p. 42).

13. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 10.

14. Cesare Beccaria, expoente do iluminismo racionalista no campo do Direito, por exemplo, estabeleceu para as decisões penais que "em cada delito, o juiz deve formular um silogismo perfeito: a premissa

te a este artigo, através de um ato de silogismo. Veja-se o que diz sobre isso Francesco Carnelutti:

Quem examina o documento de uma decisão lê na realidade um discurso, o qual, em termos atuais, se chama de raciocínio, e em termos científicos ganha o nome de silogismo, no qual a premissa maior é constituída da norma jurídica, a premissa menor do fato, e a conclusão da aplicação daquela a este.¹⁵

É quase indissociável da cultura jurídica brasileira a ideia de que o juiz interprete a "letra da lei" e, só após descobrir seu "real sentido", subsuma os fatos do caso a essa lei interpretada. Assim, é preciso que se entenda que "sempre que se elaboram equações ou fórmulas pré-estabelecidas para a realização da decisão judicial incorre-se em silogismo".¹⁶ Essa subsunção é uma atividade algorítmica, que transforma em mecânico o ato de julgar, e esvazia o momento hermenêutico do direito.

É um equívoco imaginar que o intérprete em primeiro lugar vá aos textos legais para que, com essa informação em mente (sobre determinados dispositivos aplicáveis), debruçar-se sobre os fatos do caso. Não é dessa forma que a compreensão acontece e já desde o início do século XX se sabe não ser esse o processo de aplicação do direito.

Pensar em uma norma abstrata à espera de ser utilizada silogisticamente equivale a admitir que "o magistrado precisa apenas de uma fórmula pré-constituída de subsunção direta do fato social à norma aplicável ao caso revestida formalmente de um juízo lógico".¹⁷

A subsunção revela que o Direito aplicado já teria sido criado pelo legislador, sendo simplesmente redirecionado, pelo julgador, ao caso. É acreditar na autossuficiência do ordenamento, como diz Winfried Hassemer: "quem seguir a concepção - ingênua - segundo a qual o juiz deduziria a sua decisão jurídica da lei, 'subsumiria' o caso da norma codificada, atribui à codificação a função de fonte única de toda a decisão jurídica".¹⁸ Pensa-se, nesse contexto, que a lei é um de-

maior deve ser a lei geral: a menor, a ação em conformidade ou não com a lei: a consequência, a liberdade ou a pena" (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 46).

15. "Chi esamina il documento di una decisione ci legge veramente un discorso, il quale, in termini correnti, si chiama un ragionamento, e in termini scientifici, prende appunto il nome di silogismo, nel qual ella premissa maggiore è costituita dalla norma giuridica, la premissa minore dal fatto, e la conclusione dall'applicazione di quella a questo" (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 213).

16. ABBUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011, p. 85.

17. PEREIRA, Hugo Hilarid. *Motivação das decisões judiciais e o Estado Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 80.

18. HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. IN: HAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.) *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneos*. Lisboa: Calouste

ver-ser que está à espera de fatos sobre os quais importará uma consequência jurídica. A produção do direito fica desvinculada da realidade. Mais que isso, acreditar que uma questão jurídica possa ser solucionada por simples lógica é uma ingenuidade:

O silogismo judicial cria uma atitude reconfortante para o intérprete, que passa a se iludir ao crer que a lei, ou a súmula vinculante, traz consigo a norma já pronta para a solução dos casos futuros, restando ao juiz a simples tarefa de acoplar o suporte fático ao texto normativo.¹⁹

Uma parcela da doutrina e da jurisprudência brasileira está, ainda, presa a esquemas de silogismo que seguem à estrutura “se *p*, então *q*”, típica dos esquemas da lógica formal. No entanto, se é sempre necessário interpretar a lei e os fatos, fica evidente que o silogismo não é método de decisão, mas justificativa (insuficiente, diga-se) que esconde outro tipo de processo mental interpretativo.

A função do silogismo é “basicamente ideológica, voltada a transmitir uma imagem de juiz neutro e só submetido à lei, com o que se ocultam, sob uma aparente lógica formal, as reais motivações subjacentes às diversas escolhas valorativas realizadas no curso do procedimento decisório”.²⁰ Só por esse fato, já é possível concluir que aceitar fundamentações que são meramente subsunção podem (e com frequência isso ocorre) mascarar opções ideológicas e valorativas que são o real motivo da tomada da decisão. O silogismo só pode ser formado após a realização do juízo em si, e assim é um esquema inútil para revelar o processo de compreensão e decisão jurídica. Trata-se somente de um mecanismo que deixa de expor discursivamente os reais motivos decisórios. Felizmente, uma parcela ainda tímida da doutrina brasileira vem se dando conta de que, se quisermos dar um passo à frente e superar paradigmas que permitem discricionariedades, precisamos antes de tudo compreender que o silogismo é essencialmente positivista:

Já não era sem tempo de se abandonar a ideia antiga (e por que não equivocada), de que o juiz, ao decidir e justificar, partia da premissa maior que era o texto normativo, analisava a premissa menor, os fatos comprovados pela prova do processo, e chegava a uma síntese: a exata subsunção do fato à norma fazia surgir a lei do caso concreto. Aqui, o juiz, de fato, não passava de mero pronunciador da lei.²¹

Gulbenkian, 2002, p. 282.

19. ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, cit., p. 71.

20. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2013, cit., p. 99.

21. HARTMANN, Érica de Oliveira. *A parcialidade do controle jurisdicional da motivação das decisões*. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 91.

Completude e silogismo são indissociáveis. Somente ao acreditar na suficiência da lei escrita é que se poderia afirmar ser possível e suficiente o silogismo lógico na decisão judicial. Essa ideia somente existiu no imaginário positivista, como bem aponta Friedrich Müller:

Somente o positivismo científico-jurídico rigoroso pôde fiar-se em ‘aplicar’ a lei, na medida em que tratou o texto literal desta como premissa maior e ‘subsumiu’ as circunstâncias reais a serem avaliadas aparentemente de forma lógica ao caminho do silogismo na verdade vinculado ao conceito e, assim, vinculado à língua.²²

Na prática, a subsunção e o silogismo são posições extremamente confortáveis ao julgador, pois lhe possibilitam criar significações aos textos interpretados da forma que melhor se adaptam às suas preferências pessoais.

De maneira bastante resumida, pode-se dizer que as regras de experiência tentam funcionar dentro do esquema lógico-dedutivo da subsunção, como técnicas de preenchimento de “lacunas” para dar completude ao ordenamento. Eis o motivo desta introdução: deixar claro que o desenvolvimento dogmático das máximas de experiência é algo essencialmente positivista, que já deveria ter ficado para trás diante do estado paradigmático em que se encontra a teoria da interpretação do direito. É nesse contexto que se passa a estudar as regras de experiência.

2. O QUE SÃO “MÁXIMAS” OU REGRAS DE EXPERIÊNCIA?

A estrutura e as técnicas de valoração de provas no direito processual civil brasileiro superaram o defasado e autoritário sistema tarifário,²³ no qual determinadas provas tinham pré-determinadamente valor maior do que outras. Assim, o convencimento judicial é formado caso a caso, a depender das peculiaridades fáticas trazidas pelas partes.

Dentre as técnicas de que dispõe o julgador para fazer esse exercício de valoração e interpretação das provas, o artigo 335 do Código de Processo Civil,²⁴ faculta que o juiz utilize-se de “regras de experiência comum”, que seriam dadas pela “observação do que ordinariamente acontece”.²⁵ Tratam-se das

22. MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: RT, 2008, cit., p. 187.

23. “O direito moderno rejeitou o sistema da prova legal, adotando o princípio que o convencimento do juiz deve formar-se livremente” (“il diritto moderno ha respinto in massima il sistema della prova legale, adottando il principio che la convinzione del giudice debba formarsi liberamente” - CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol II. Napoli: Eugenio Jovene, 1936, p. 426).

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

25. A mesma ideia é encontrada no art. 6º, VII, do Código de Defesa do Consumidor (“são direitos básicos do consumidor [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova,

chamadas máximas de experiência, que são “proposições universais e com sentido puramente formal, e por isso de caráter antirretórico e silogístico, que contêm o sentido de muitas consequências e que revelam, segundo a força decorrente da repetição, a convicção ou prova das diferenças que nelas se contêm”.²⁶ A definição e José Carlos Barbosa Moreira é precisa:

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.²⁷

A ideia do dispositivo é que as regras de experiência possam ser utilizadas como técnica de apuração de fatos, mesmo para a tomada da decisão. A formulação dogmática das regras de experiência deve-se a Friedrich Stein, em ensaio publicado na Alemanha em 1893²⁸ – portanto, época em que imperava paradigmaticamente o positivismo legalista. A própria ideia desenvolvida por Stein remete ao conhecimento privado do juiz, que deveria ser propositalmente pinçado de situações concretas e transformado em um enunciado generalista. As regras de experiência são proposições a partir das quais seria possível atingir uma regra ou um enunciado abstrato, visando encontrar uma verdade pré-constituída e certa, mas independente de quaisquer elementos circunstanciais advindos da experiência prática. Não seriam uma somatória de experiências concretas, mas uma reunião daquilo que há de universal nas experiências concretas. Georgius Credidio, em obra monográfica sobre o tema, afirma:

São definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, independentes dos fatos concretos e das circunstâncias que se julgam no processo, adquiridos a partir da experiência, mas autônomos a respeito dos casos particulares de cuja observação foram induzidos e que, superpondo-se a estes, pretendem dispor de validade para outros novos.²⁹

a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”, no art. 852-D, da Consolidação das Leis do Trabalho (Art. 852-D – O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerando o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerarem excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”, e no art. 5º da Lei n. 9.099/1995 (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”).

26. CREDIDIO, Georgius Luis Argentinini Príncipe. Regras de experiência e motivação das decisões no processo civil. São Paulo: LIT, 2012, p. 69.

27. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: Temas de direito processual, segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 62.

28. STEIN, Friedrich. El conocimiento privado del juez. Madrid: Ramón Areces, 1990.

29. CREDIDIO, Georgius Luis Argentinini Príncipe. Regras de experiência e motivação das decisões no processo civil, cit., p. 73.

Uma máxima de experiência é um enunciado, que contém em si a pretensão de ser uma transposição da “realidade” para o mundo jurídico, de maneira propositalmente genérica e universalizante. As máximas decorrem da observação empírica, mas na sua acepção clássica são desvinculadas de situações concretas. São generalizações que buscam auxiliar o julgador a compreender certos acontecimentos de vida.

A doutrina tem tentado traçar classificações para as máximas de experiência cujo emprego seja aceitável ao aplicador do direito. Ao comentar máximas que se extraiam do Digesto romano a respeito de regras sobre valoração das provas, Pontes de Miranda diz que as regras de experiência “não são regras de direito processual sobre prova – são experiências da vida, com certo índice de probabilidade (...). Os juizes devem abster-se de citá-las como regras jurídicas, perturbando a elaboração normal do direito e criando confusão na consciência jurídica do povo”.³⁰ Vejam-se as palavras do Ministro José Augusto Delgado:

As máximas de experiência que podem servir para a solução dos conflitos são as seguintes: 1) regras de experiência e cultura gerais quanto às normas de uma perícia ou erudição especiais na arte, na ciência, em ofício, profissão, comércio ou tráfico; 2) o resultado da investigação científica ou de uma atividade profissional ou artística; 3) noções extrajudiciais decorrentes dos conhecimentos artísticos, sociais ou práticos possuídos pelo juiz e aplicados no momento em que avalia a prova.³¹

Segundo a doutrina, portanto, se o julgador depara-se com um fato ou uma conduta que, ordinariamente, tem uma determinada consequência jurídica, é permitido que indutivamente esse mesmo julgador assumira que, no caso concreto, essa consequência jurídica ocorrerá novamente.

3. O PROBLEMA NA UTILIZAÇÃO DAS REGRAS DE EXPERIÊNCIA – A PERDA DO CONTROLE HERMENÊUTICO

O grande problema de se trabalhar equivocadamente com máximas de experiência é que, na grande maioria das vezes, é temerário deduzir delas uma conclusão jurídica, pois esse tipo de “regra” não passa de uma generalização que pode, ou não, ser verdadeira para um determinado caso concreto. Na realidade, a máxima de experiência é a redução de um fenômeno complexo a um texto, como se a partir daí se tornasse “verdade”, apta a ser aplicada como tal em casos futuros. Andrea Proto Pisani apresenta uma visão lúcida sobre o tema:

30. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao código de processo civil, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 382.

31. DELGADO, José Augusto. Alguns aspectos controversos no processo de conhecimento. In: Revista dos Tribunais, vol. 80. São Paulo: RT, fev/1991, p. 29.

Trata-se de uma noção amplíssima e indefinida, da qual fazem parte coisas tão heterogêneas que vão de leis naturais e lógicas a noções científicas, de generalizações empíricas a regras do senso comum, de frequências estatísticas a noções vulgarizadas de psicologia, ética, economia, etc.³²

Por sua vez, Antônio Carlos Magalhães Filho reconhece que a utilização das máximas de experiência é um risco pela impossibilidade de se estabelecer qualquer critério racional de controle sobre elas:

Justamente por serem regras fundadas em conhecimentos comuns, incluem na sua formulação elementos vagos, heterogêneos, mutáveis e ambíguos, confundindo-se muitas vezes com generalizações sem qualquer fundamento, preconceitos, julgamentos morais, vulgarizações pseudocientíficas, que hoje em dia são difundidos com frequência pelos meios de comunicação, assumindo indevidamente a condição de regras certas e universais, qualidades que em alguns casos não possuem.³³

Essa conceituação permite concluir que a regra de experiência é, por definição, um pretense "senso comum" fundado no empirismo, de que o juiz lançará mão quando não houverem sido apresentadas provas suficientes pelas partes. No entanto, será mesmo que há parâmetros hermenêuticos seguros o suficiente para o emprego destas máximas?

Na obra de Georgius Credidio podemos notar alguns exemplos de regras de experiência que notadamente não podem ser utilizadas como máximas universalizantes:

As declarações de uma criança são menos confiáveis do que a de um adulto, pois as faculdades de observação e compreensão daquela ainda não estão completamente desenvolvidas; [...] o silêncio ou a tergiversação da testemunha durante o depoimento são indicações, conforme as circunstâncias, de que ela dispõe de um conhecimento que não pretende revelar; [...] a testemunha que, ao ser indagada durante o depoimento, se volta e olha para o advogado da parte que a arrolou procurando orientação, positivamente foi instruída a depor.³⁴

32. "Si tratta di una nozione amplissima ed indefinita, nella quale rientrano 'cose' quanto mai eterogenee che vanno da leggi naturali e logiche a nozioni scientifiche, da generalizzazioni empiriche a regole del senso comune, da frequenze statistiche a nozioni volgarizzate e superficiali di psicologia, etica, economia, sociologia, ecc". (PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1999, p. 444).

33. COMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais, cit., p. 136.

34. CREDIDIO, Georgius Luis Argentinus Príncipe. *Regras de experiência e motivação das decisões no processo civil*, cit., pp. 112/113.

Qual a credibilidade ou a verificabilidade da utilização destas máximas acima como elemento normativo apto a decidir uma questão jurídica? Vejamos alguns problemas de se trabalhar com o art. 335, do CPC.

3.1. As regras de experiência na tentativa de dar completude ao sistema

Justifica-se aqui a introdução deste artigo: a ideia das máximas de experiência é ainda uma herança latente da cultura positivista que apostava na completude do ordenamento jurídico. A própria existência do artigo 335 é uma crendice de que somente com a positividade da "autorização" a que o juiz se valha de observações alheias à letra da lei seria possível escapar do estrito legalismo. José Augusto Delgado, ao conceituar as regras de experiência, diz que "a falta de normas jurídicas particulares, isto é, normas jurídicas que regulam a espécie, é condição de aplicação das máximas de experiência".³⁵ Quer dizer, o art. 335 na realidade estabelece uma forma de preenchimento de "lacunas" no sistema.

Veja-se que a própria ideia de se trabalhar com "lacunas" da lei implica admitir que apenas em determinados casos o texto não é suficiente para resolver demandas. Está-se querendo crer que o ordenamento é "quase completo", no sentido de que na maioria das situações o juiz terá elementos suficientes para resolver um caso valendo-se apenas da lei, só excepcionalmente preenchendo "lacunas". Há aí alguns problemas hermenêuticos: como identificar quando a lacuna existe a ser preenchida, e quando não? Em outras palavras, o art. 4º, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro,³⁶ é aplicável em quais situações, se não naquelas em que o próprio intérprete crê que o ordenamento seja omissivo?³⁷ E ainda: se não há lacuna, a interpretação ficaria dispensada? Para "descobrir" se se está diante de uma suposta lacuna, o julgador já não deveria interpretar? Tudo indica que estabelecer o ordenamento como semi-completo não é epistemologicamente coerente, já que sempre (em toda e qualquer situação) é necessário utilizar elementos extratextuais para responder às questões jurídicas, e não apenas quando alegadamente a lei em si não der conta da resolução.

Especificamente sobre as regras de experiência, é preciso perceber que a percepção das consequências jurídicas de atos das partes é, sempre, parte

35. DELGADO, José Augusto. *Alguns aspectos controversos no processo de conhecimento*, cit., p. 29.

36. Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

37. A doutrina brasileira, em geral, aborda ainda o fenômeno jurídico presa ao paradigma da racionalidade. Nega a completude do ordenamento, mas crê que as "lacunas" sejam excepcionais, e só aí caberia ao julgador utilizar-se de elementos extrajurídicos. Um exemplo desta concepção está em DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 1969, pp. 121 e ss.

integrante do raciocínio jurídico. Em outras palavras, o juiz nunca pode julgar sem se atentar à realidade. Isso não quer dizer, contudo, essa realidade possa ser capturada, transformada em texto, e generalizada em máximas de experiência, pois aí o julgador dispõe de um texto alheio a qualquer facticidade. Nesse contexto, e se o julgador somente utilizará as regras de experiência quando não houver elementos probatórios suficientes, o apelo a uma regra de experiência constitui uma válvula de escape epistemológica para quando a resposta parece não ser encontrada no próprio ordenamento jurídico.

O que precisa ficar claro, aqui, é que o conhecimento privado do juiz não é (e nem pode pretender ser) uma técnica de preenchimento de lacunas, pois a própria ideia de completude lógica do ordenamento já deveria ter sido superada há mais de um século.

O grande problema decorrente dessa constatação é que, se percebermos que não existe decisão jurídica sem interpretação da realidade, o julgador sempre, inexoravelmente, raciocinará baseado em experiências e noções sobre o que "ordinariamente acontece". No entanto, somente veremos a menção expressa ao art. 335 ou às regras de experiência quando não houver nenhuma outra maneira de justificar a decisão que está sendo tomada. Isso faz com que seja praticamente impossível controlar hermeneuticamente uma decisão, pois é frequente a utilização de regras de experiência de forma velada, subliminar, subjetiva, de acordo com as preferências de quem julga.

3.2. As regras de experiência e a noção não superada de silogismo

Outro ponto é importante na análise do art. 335, do CPC: "na prática forense, é comum o juiz deparar-se com um conflito de máximas de experiência, que, embora de conteúdo diverso, podem ser congruentes com os fatos concretos da causa, mas cuja aplicação conduz a soluções contrastantes".³⁸ Se cada intérprete puder determinar quais são as regras de experiência que incidirão em um caso concreto, sua lógica de aplicação passa a ser altamente subjetivista. Há parte da doutrina que diz que "a decisão judicial reflete características pessoais do juiz (a sua personalidade, o seu temperamento, as suas experiências passadas, as suas frustrações, as suas expectativas etc)".³⁹ Se assim fosse, a definição do que "ordinariamente acontece" para fins de experiência comum seria algo absolutamente impossível de se determinar.

Uma regra de experiência é comumente redigida na forma de um silogismo: "se *p*, então *q*". Ocorre que, como já dito neste artigo, a redução de

38. ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 120.

39. CAMBI, Eduardo. *Neoprocessualismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2009, p. 83.

fenômenos complexos a silogismos tenta - sem sucesso - capturar a realidade em uma proposição universal. Em verdade, torna-se muito complicado prever como as provas de um caso serão valoradas e interpretadas quando, na decisão, supostas "regras" dessa espécie forem utilizadas para dar credibilidade ao raciocínio do julgador.

Um exemplo de utilização das máximas de experiência, visto diariamente, é a noção de que o valor da condenação em danos morais seria decorrente destas regras:

"A jurisprudência desta Corte é farta de precedentes que negam indenização por dano moral nas hipóteses em que o fato alegado pela parte representa, segundo as regras de experiência, um mero dissabor inerente à vida em sociedade. Os limites entre o mero dissabor e o dano moral indenizável deve ser apurado mediante regras de experiência, pelo julgador".⁴⁰

Segundo o julgado acima, é a experiência média do próprio julgador que definirá se houve, ou não, dano moral indenizável. A aplicação ou não do art. 186, do Código Civil, passaria a depender do que "ordinariamente acontece", e não do que efetivamente ocorreu no caso concreto.

Devemos concluir que vivemos inseridos em um senso-comum que não superou os mitos do positivismo jurídico nesse particular. A maneira de raciocinar juridicamente está, ainda presa, a silogismos: "De um modo geral, as leis foram escritas sob essa intuição e os procedimentos com ela corroboram e para ela tendem. [...] a mentalidade jurídica em nosso país adota, em regra, nas peças processuais configuradas como 'sínteses' do raciocínio jurídico, justamente o mesmo silogismo que é tão atacado na academia".⁴¹

Para Francesco Carnelutti, por exemplo, o silogismo da decisão judicial seria fruto de um juízo (*giudizio*), que não é ainda um raciocínio, mas um momento do pensamento humano essencialmente intuitivo e irracional.⁴² A idealização de enunciados silogísticos dessa maneira, que confessadamente são geradoras e sem preocupação com cada caso concreto, não se coaduna com a produção do direito. Francisco Rosito, em obra monográfica sobre as regras de experiência, chega à conclusão de que "não se pode sustentar que as máximas de experiência ocupam a posição da premissa maior no raciocínio dedutivo-probatório. Isso porque seria demasiada simplificação, que não estaria adequada à metodologia moderna".⁴³

40. STJ, RESP 955.031/MC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 09/04/2012.

41. BECKER, L. A. *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Fabris, 2012, pp. 526/527.

42. CARNELUTTI, Francesco. *Direito e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 215.

43. ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*, cit., p. 86.

Diga-se mais: como não há (e nem mesmo pode haver) uma sistematização do que sejam estas máximas, o julgador pode invocar uma regra que siga o esquema *premissa - conclusão*, sem sequer justificar onde encontra respaldo empírico nas observações “do que ordinariamente acontece”.

As máximas operam dentro da lógica do silogismo, e se o próprio silogismo como técnica de justificação é insuficiente, deve cair por terra a tentativa de sistematizar e organizar regras de experiência no perfil dogmático da valoração dos fatos.

Nesse ponto, em relação ao conhecimento “privado” do juiz, surge o ponto central em relação às máximas de experiência: o risco iminente de que o julgador se coloque no lugar das partes, imaginando o que faria, o que pensaria ou até mesmo como reagiria em uma dada (e equivocadíssima) hipótese na qual os fatos do processo ocorressem com ele mesmo.

É exemplo desse equívoco o caso que segue adiante.

4. O PERIGO DO USO VELADO DE REGRAS DE EXPERIÊNCIA

Há uma constatação bastante preocupante sobre o tema aqui tratado: a ideia de que “nem sempre as regras de experiência que o juiz aplicou serão mencionadas expressamente na motivação”.⁴⁴ Nesses termos, fica aberta uma larga margem de discricionariedade para que o julgador utilize-se de preconceitos e pré-juízos, sem confessá-los, mascarando-os sob o manto das regras de experiência. Para exemplificar a constatação de que as regras de experiência ingressam no discurso judicial sempre, mesmo quando não haja aplicação expressa do art. 335 do CPC, veja-se um interessante e perigoso julgado que recentemente foi proferido pelo Tribunal Justiça de Minas Gerais.

O caso é de indenização por danos morais, onde a vítima (autora) teve fotos íntimas divulgadas na internet por um ex-namorado. O TJMG considerou que a autora foi partícipe do fato danoso:

APELAÇÃO CÍVEL - CORPO FEMININO - FOTOS DE PARTES ÍNTIMAS - DIVULGAÇÃO PELA INTERNET - AUTORIA INCERTA DANOS MORAIS - DEVER DE INDENIZAR - PARTICIPAÇÃO EFETIVA DA VÍTIMA - INDENIZAÇÃO DIMINUÍDA.

As fotos em posições ginecológicas que exibem a mais absoluta intimidade da mulher não são sensuais. Têm definição mais amarga. A postura de quem fragiliza o conceito de moral pode autorizar avaliação condizente com essa postura. Havendo dúvidas

quanto a origem da divulgação de fotos tiradas por webcam não se pode fixar um culpado. Vítima que participa de forma efetiva e preponderante para a consumação do fato tem de ser levado em consideração na fixação da condenação.⁴⁵

O julgado trata de um ex-casal de namorados que utilizava meios eletrônicos de conversa por áudio e vídeo para manter contato entre si. O fato ocorrido foi que algumas fotos íntimas da autora (capturadas durante conversas por vídeo entre as partes) foram divulgadas na internet, sem sua autorização, após o término do relacionamento. A ação busca, assim, condenar o ex-namorado pelo dano causado em decorrência da violação ao direito de imagem e de personalidade. O réu admitiu a existência das fotos, mas negou a autoria da divulgação indevida das imagens.

A prova pericial realizada no caso atestou que fora, sim, o réu quem capturou as fotografias e armazenou-as em seu computador. A tese da não autoria do réu, assim, ficou prejudicada, e o acórdão concluiu inclusive que “foi ele quem deu publicidade ao material, sem o consentimento da autora”. O voto do Desembargador Relator deixou claro que as fotografias e vídeos foram todos feitos em um contexto de confiança entre as partes, condenando o réu à indenização pelo dano causado. No entanto, o voto do Desembargador Revisor, recorrendo a valorações que são nitidamente regras de experiência subjetivas, considerou que a autora assumiu o risco de divulgação das imagens, ao manter contato íntimo por meio eletrônico com seu ex-namorado.⁴⁶ Vejam-se trechos do voto:

As fotos em momento algum foram sensuais. As fotos em posições ginecológicas que exibem a mais absoluta intimidade da mulher não são sensuais. Fotos sensuais são exibíveis, não agridem e não assustam. Fotos sensuais são aquelas que provocam a imaginação de como são as formas femininas. Em avaliação menos amarga, mais branda podem ser eróticas.

O voto revisor parte do pressuposto de que há uma diferença nítida entre imagens “sensuais” e aquelas que “agridem” a moral. Qual é, no entanto, a importância dessa suposta diferença para o caso concreto, que envolve questões de responsabilidade civil? Fotos que subjetivamente (determinadas a partir do “livre convencimento” do revisor) pudessem ser consideradas sensuais, mas

45. TJMG, Apelação Cível n. 1.0701.09.250262-7/001, Rel. Des. José Marcos Vieira, 16ª Câmara Cível, julgado em 11/06/2014.

46. “A vítima dessa divulgação foi a autora embora tenha ocorrido de forma bem acentuada e preponderante. Ligou sua webcam, direcionou-a para suas partes íntimas. Fez poses. Dialogou com o réu por algum tempo. Tinha consciência do que fazia e do risco que corria” (TJMG, Apelação Cível n. 1.0701.09.250262-7/001, trecho do voto do Desembargador Otávio de Abreu Portes).

44. CREDITIO, Georgius Luis Argemini Príncipe. *Regras de experiência e motivação das decisões no processo civil*, p. 113.

não grosseiras, conduziram a uma decisão diferente? A fundamentação faz alusão sobre quais posições e ângulos fotográficos são “aceitáveis”, e sobre o grau de comprometimento das partes enquanto mantiveram relacionamento:

São poses que não se tiram fotos. São poses para um quarto fechado, no escuro, ainda que para um namorado, mas verdadeiro. Não para um ex-namorado por um curto período de um ano. Não para ex-namorado de um namorado de ano. Não foram fotos tiradas em momento íntimo de um casal ainda que namorados. E não vale afirmar quebra de confiança. O namoro foi curto e a distância. Passageiro. Nada sério.⁴⁷

Em outras palavras: para o voto acima, o fato de o relacionamento não aparentar a seriedade esperada para uma relação de confiança “atenua” a divulgação de fotos íntimas, e ainda mais, evidencia um suposto risco assumido pela vítima. Para concluir que a autora da ação teria contribuído para a ocorrência do fato danoso, a motivação usa regras de experiência tipicamente silogísticas e fortemente carregadas pela ideologia subjetiva de quem julga. Veja-se a seguinte passagem:

Quem ousa posar daquela forma e naquelas circunstâncias tem um conceito moral diferenciado, liberal. Dela não cuida. Irrelevantes para avaliação moral as ofertas modernas, virtuais, de exibição do corpo nu. A exposição do nu em frente a uma webcam é o mesmo que estar em público. A imagem da autora na sua forma grosseira demonstra não ter ela amor-próprio e autoestima.⁴⁸

Esse julgado foi tomado como exemplo dada a facilidade de se constatar a utilização de regras de experiência para julgar discricionariamente. Se a comunidade jurídica brasileira persistir acreditando que a busca “do que ordinariamente acontece” possa determinar o conteúdo do direito, não há possibilidade alguma de controle hermenêutico das decisões judiciais.

Assim, se para aplicar as regras de experiência, “o juiz vale-se de sua experiência pessoal e do senso comum derivado da reiteração de determinadas práticas humanas”,⁴⁹ há uma linha muito tênue que separa as opiniões subjetivas do intérprete e a facticidade do caso a ser julgado. As partes do processo ficam, em outras palavras, completamente reféns da experiência pessoal do julgador ao qual foram submetidas.⁵⁰

47. TJMG, Apelação Cível n. 1.0701.09.250262-7/001, trecho do voto do Desembargador Otávio de Abreu Portes.

48. TJMG, Apelação Cível n. 1.0701.09.250262-7/001, trecho do voto do Desembargador Otávio de Abreu Portes.

49. SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Motivação das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 127.

50. Uma passagem doutrinária é digna de nota. Em obra monográfica sobre o tema da motivação, em nota de rodapé, consta um relato preocupante da autora, relembrando o encontro com um colega: “Recentemente, um colega desembargador mais antigo me contou que, de certa feita, um juiz afirmara, ao narrar

5. CONCLUSÃO - A FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA PODE PRESCINDIR DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA

Como visto nesse artigo, a regra de experiência clássica é redutível a um esquema “se ... então”, o que dificulta sobremaneira a verificação (o controle) sobre sua aplicabilidade em um determinado caso prático.

Para lançar mão de uma alegoria literária, basta relembrar a personagem Mersault, da obra *O Estrangeiro*, de Albert Camus. Nesse conto, que evidencia bem a estética do absurdo, o protagonista vai ao velório e enterro da própria mãe, porém por motivos quaisquer não chora, nem consegue demonstrar qualquer emoção. Nesse mesmo dia, Mersault foi ao cinema e à praia, e também por motivos quaisquer, de posse de uma arma, cometeu homicídio. No seu julgamento, ganha menos importância o assassinato em si, do que o fato (arguido pela acusação) de que quem não chora a morte da própria mãe é facilmente capaz de cometer homicídio. Os jurados deixam-se levar pela lógica do absurdo e condenam o assassino, justamente por essa razão. No prefácio à obra, Albert Camus brinca com o absurdo: “Na nossa sociedade, todo homem que não chorar no enterro da mãe corre o risco de ser condenado à morte”.⁵¹ Guardadas as proporções do exagero, é exatamente dessa forma que pretendem operar as regras de experiência.

Lembre-se sempre: na decisão jurídica, a observação da realidade já faz parte da estruturação da norma. É dizer, o juiz já utiliza regras “de experiência” em qualquer situação, porque a decisão não pode ser alheia à facticidade. E ainda, é importante lembrar que não há regra pré-estabelecida que retire do julgador a necessidade do momento hermenêutico. O fato de noventa e nove por cento das testemunhas que se comportaram de uma tal maneira estivessem mentindo não pode significar que uma testemunha em um caso concreto, agindo da mesma forma, também vá mentir. Interpretar nesses termos seria abrir mão de compreender o caso concreto e relacioná-lo, sem contextualização, a situações meramente análogas.

Dando-se conta dessa crítica, Michele Taruffo reconhece a dificuldade de utilização das regras de experiência. Diz o processualista italiano que há uma “impressão de que as máximas exprimam generalizações universais, podendo, portanto, embasar inferências capazes de produzir conclusões dedutivamente certas (ou pelo menos próximas à certeza)”, e continua:

um caso que acabara de julgar: ‘dificilmente uma mãe moveria uma ação contra um filho se não estivesse plenamente certa de estar com a razão’. Visível a intensa carga de subjetividade dessa afirmação, que decorreria da dedução daquilo que ordinariamente acontece” (SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Motivação das decisões judiciais*, cit., p. 126). Há, mesmo, condições hermenêuticas de que o conteúdo do direito dependa da opinião de um desembargador sobre o amor entre mães e filhos?

51. CAMUS, Albert. *O estrangeiro*, 26ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, prefácio.

Essa impressão é, entretanto, falaciosa, pois em muitos casos as noções formuladas nas máximas de experiência não exprimem qualquer generalização fundada em alguma base cognoscitiva; ao invés disso, exprimem nada mais do que lugares-comuns, preconceitos e estereótipos, consolidados em alguma medida no senso comum (que não correspondem, contudo, a qualquer conhecimento efetivo de algo).⁵²

É preciso, nesse ponto, concordar inteiramente com a constatação de Taruffo. As regras de experiências, enquanto categoria de julgamento com base em provas, não passam de estereótipos que variam de acordo com a base de validade do intérprete. Por motivos como esse, já na década de 1950 parte da doutrina defendia o abandono das máximas de experiência no processo civil:

Também o conceito de máximas de experiência, submetido a uma crítica penetrante, se demonstra de pouca utilidade concreta para a ciência processualística, e pode então vir a ser abandonado, pelo menos do ponto de vista daquelas funções a que se pensava que poderiam [as máximas] servir.⁵³

Por tudo o que foi dito, é preciso concluir que a fundamentação de uma decisão judicial não pode, a pretexto de utilização de uma observação sobre "o que ordinariamente acontece", fazer valer a vontade do intérprete em detrimento da autonomia do fenômeno jurídico. É, na realidade, o dever de fundamentação que impede que o conhecimento privado do julgador faça parte da decisão. Alguns julgados recentes têm reconhecido esse fato, dimensionando adequadamente a questão a admitindo que falar em "regras de experiência" não significa que o julgador pode fazer ilações sobre o que não está provado nos autos.⁵⁴ Em outros exemplos – infelizmente ainda minoritários – reconhece-se que quando o caso demanda conhecimentos técnicos, a mera alusão a regras de experiência não possibilita a discordância do julgador à conclusão do laudo pericial.⁵⁵

52. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 81.
53. "anche il concetto di massima di esperienza, sottoposto ad una critica penetrante, si dimostra di una scarsa utilità concreta per la scienza processualistica, e possa quindi venire da essa definitivamente abbandonato, per lo meno dal punto di vista di quelle concrete funzioni discriminanti a cui si pensava che esso potesse servire" (PALERMO, Antonio. *Il processo di formazione della sentenza civile*, cit., p. 47).
54. "As regras de experiência de que trata o art. 335 do CPC não permitem a ilação de que a abertura da porta de um vago de trem em movimento é ordinariamente causada pela imprudência das próprias vítimas. A fixação do valor da compensação pelos danos morais deve balizar-se entre a justa composição dos prejuízos emocionais e a vedação ao enriquecimento ilícito" (STJ, RESP 1119933/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 21/06/2011).
55. "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, verbis: "Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente

Como diz Pontes de Miranda, trata-se do "princípio de determinação do campo da prova, que obriga o juiz a não utilizar os fatos que precisam de demonstração (excluídos, pois, os notórios) quando só os conhece como pessoa privada, portanto fora dos autos".⁵⁶

O juiz, note-se, não está impedido de raciocinar auxiliado por presunções e por conhecimento empírico. No entanto, a justificação desse raciocínio precisa ser mais do que meramente enunciar uma regra universal e genérica, como "premissa maior" de uma dedução. Toda a construção do conceito de regras de experiência possibilita discreditações, e a estruturação de uma decisão, quando levar em conta uma generalização desta espécie, impõe ao julgador um ônus argumentativo muito maior, a fim de explicar minuciosamente por que a decisão será dada com base nestas observações mais ou menos empíricas.

A conclusão importante é que uma decisão judicial deve ter condições de prescindir da utilização de regras de experiência genéricas. Se uma decisão é dada exclusivamente com base em uma máxima de experiência, seu conteúdo normativo é duvidoso, afinal não se pode dizer ser contundente a argumentação que meramente reproduz aquilo que "ordinariamente acontece". É preciso que haja motivos suficientes para, juntamente com a regra de experiência utilizada, embasar o que está sendo decidido para um caso concreto.

6. BIBLIOGRAFIA

- ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011;
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996;
- BECKER, L. A. *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Fabris, 2012;
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995;
- CAMBI, Eduardo. *Neoinstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2009;
- CAMUS, Albert. *O estrangeiro*, 26ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2005;
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958;
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol II. Napoli: Eugenio Jovene, 1936;
- acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial." Consecutivamente, 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 edificandi, caberia a ele determinar a realização de nova perícia" (STJ, RESP 750.988/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 25/09/2006).
56. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 378.

- CREDIDIO, Georgius Luis Argentini Príncipe. *Regras de experiência e motivação das decisões no processo civil*. São Paulo: LIT, 2012;
- DELGADO, José Augusto. Alguns aspectos controversos no processo de conhecimento. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 80. São Paulo: RT, fev/1991, p. 29
- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 1989;
- COMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2013;
- HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004;
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994;
- HARTMANN, Érica de Oliveira. *A parcialidade do controle jurisdicional da motivação das decisões*. Florianópolis: Conceito, 2010;
- HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAU-FMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.) *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002;
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985;
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil, tomo II*. Rio de Janeiro: Forense, 1973;
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: *Temas de direito processual, segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980;
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: RT, 2008;
- PALLERMO, Antonio. *Il processo di formazione della sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1956;
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Desafios e descaminhos do direito alternativo*. In: *Ensaio e artigos*, vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2014;
- PEREIRA, Hugo Filardi. *Motivação das decisões judiciais e o Estado Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012;
- PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 1996;
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1999;
- ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 1995;
- SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Motivação das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012;
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004;
- STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Madrid: Ramón Areces, 1990;
- Taruffo, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012;
- VIEWEGG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

A prova emprestada no CPC/2015

Wendel de Brito Lemos Teixeira¹

SUMÁRIO: 1. A TEORIA GERAL DO PROCESSO E A PROVA EMPRESTADA; 2. CONCEITO DE PROVA EMPRESTADA; 3. PROVA EMPRESTADA NO CPC DE 1973 E NO CPC DE 2015; 4. PROVA EMPRESTADA E CONTRADITÓRIO; 5. PROVA EMPRESTADA E IDENTIDADE FÍSICA DO JULGADOR; 6. PROVA EMPRESTADA E DIREITOS FUNDAMENTAIS; 7. PROVA EMPRESTADA E NÃO VINCULAÇÃO DE JUÍZOS; 8. PROVA EMPRESTADA DE OFÍCIO; 9. ESPÉCIES DE PROVAS EMPRESTADAS; 9.1. PROVA EMPRESTADA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA PROCESSO CIVIL E DO PROCESSO CIVIL PARA O PROCESSO ADMINISTRATIVO; 9.2. PROVA EMPRESTADA DA ARBITRAGEM PARA O PROCESSO CIVIL; 9.3. PROVA EMPRESTADA DE PROCESSO CRIMINAL PARA PROCESSO CIVIL; 9.4. PROVA EMPRESTADA E PROCESSO INTERNACIONAL; 9.5. PROVA CONSIDERADA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL E PROVA EMPRESTADA PARA O PROCESSO CIVIL; 9.6. CONSEQUÊNCIAS DA TAXAÇÃO DA PROVA EMPRESTADA COMO ILÍCITA E INADMITIDA NO PROCESSO.

1. A TEORIA GERAL DO PROCESSO E A PROVA EMPRESTADA

Como já tivemos oportunidade de mencionar outrora², entendemos haver uma teoria geral do processo. A teoria monista entende que existe um único direito processual, tronco comum para todos os ramos daí decorrente: processo penal, processo civil, processo administrativo, processo do trabalho etc. Como esclarece Alexandre Freitas Câmara,

“[...] é inegável o imenso número de institutos afins a todos os ramos do Direito Processual, podendo servir como exemplo do que acaba de ser afirmado o fato de que todos os citados ‘ramos’ têm uma base em comum, formada pela ‘trilogia estrutural do Direito Processual’, a qual é formada pela jurisdição, pela ação e pelo progresso”.³

Outros vários fatores apontam pela existência de uma teoria geral do processo:

- a) há várias faculdades no país que possuem a cadeira autônoma de teoria geral do processo (TGP);

1. Mestre em Direito Público pela UFU. Professor de Pós-graduação em Direito Processual Civil da PUC-MG (Uberlândia). Advogado.

2. TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. *A prova ilícita no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014; p. 137.

3. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. São Paulo: Rio de Janeiro, 2012, p. 11.