

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCO EUGÊNIO GROSS

A CATEGORIA DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA
NO ÂMBITO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ
E O SEU CONTROLE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PORTO ALEGRE

2011

MARCO EUGÊNIO GROSS

**A CATEGORIA DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA
NO ÂMBITO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ
E O SEU CONTROLE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre

Professor Orientador: Danilo Knijnik

PORTO ALEGRE

2011

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, os agradecimentos são dirigidos ao Professor Dr. Danilo Knijnik. A orientação segura e o constante diálogo são fatores que contribuíram de maneira decisiva para a realização deste trabalho. O interesse pelo tema do direito probatório, especialmente pelo convencimento do julgador e todas as suas implicações, foi semeado pelas suas obras acadêmicas.

Ao professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, principalmente pela lição de uma concepção inovadora do processo civil.

À Universidade Federal do Rio Grande do Sul, e de modo particular ao seu Programa de Pós-Graduação em Direito, pela excelência acadêmica, agradecimento este que é estendido aos funcionários do PPGDir.

Aos meus pais, Ricardo e Regina, bem como às minhas irmãs, Cristina e Michele, pelo exemplo, incentivo e especialmente pelo carinho. Os ideais que tenho hoje foram construídos graças a eles.

Last but not least, à Anelise e à Maria Eugênia, “princesas da minha vida”, pela compreensão, pelo carinho e amor. Se a caminhada chegou até aqui, isso ocorreu graças a uma grande mulher e à outra (ainda) pequena. À primeira também devo agradecer ao irrestrito apoio e incentivo, e à segunda também “aos olhinhos que expressam curiosidade de quem sempre quer saber mais”, os quais foram em grande parte o incentivo para a realização da pesquisa.

“Il giudice (...) è al centro d'un minuscolo cerchio di luce, di là dal quale tutto è buio: dietro di lui l'enigma del passato, davanti l'enigma del futuro. Quel minuscolo cerchio è la prova”.¹

¹ CARNELUTTI, Francesco. **La Prova Civile**. 2.ed. Roma: Dell'Ateneo, 1947, p. XIII.

RESUMO

A presente dissertação analisa a relação existente entre o livre convencimento motivado e as máximas de experiência, bem como o controle da categoria pelo Superior Tribunal de Justiça. Analisa-se a natureza jurídica das máximas de experiência, as categorias afins e a função das máximas de experiência no contexto do direito probatório. O livre convencimento motivado igualmente é analisado, especialmente as suas características, assim como a motivação das decisões judiciais, já que a motivação é condição do livre convencimento. Mediante prévio exame crítico do tratamento doutrinário acerca do controle das máximas de experiência pelos tribunais superiores, bem como do tratamento jurisprudencial acerca da possibilidade do controle da categoria e da maneira como isso se dá no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, propõem-se soluções de controle das máximas de experiência pela Corte Superior, além do livre convencimento motivado e da motivação das decisões judiciais. Para tanto, leva-se em conta, sobretudo, a função desempenhada pelos tribunais superiores, a natureza jurídica das máximas de experiência, bem como igualmente a função desempenhada pela categoria.

Palavras-chave:

Máximas de experiência. Livre convencimento. Motivação judicial. Controle das máximas de experiência. Função dos tribunais superiores.

ABSTRACT

This paper examines the relationship between free motivated conviction and the maxims of experience, as well as the category control by the Superior Court. Legal experience maxims are analyzed and related categories and the role of the experience maxims in the context of the law of evidence. The motivated free persuasion is also analyzed, especially its characteristics, as well as the motivation of judicial decisions, as motivation is the condition of free conviction. Considering critical examination of the doctrinal treatment on the control of maximum experience by higher courts, as well as on the jurisprudence treatment about the possibility of controlling the class and the way this is done within the Superior Court of Justice, solutions are proposed in order to control the maximum experience for the Superior Court, as well as the free conviction motivated and motivating judgments. To do so, it is taken into account, primarily, the role performed by higher courts, the nature of legal maxims of experience, and also the role played by the category.

Keywords:

Maxim of experience. Free persuasion. Legal motivation. Maxims of experience control. The role of higher courts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
PRIMEIRA PARTE: A CATEGORIA DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA	10
1 A LÓGICA JUDICIÁRIA	10
2 AS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA	19
2.1 DEFINIÇÃO DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA	19
2.2 NATUREZA JURÍDICA	24
2.3 ESPÉCIES DE MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA E AS QUESTÕES RELATIVAS AO TRATAMENTO PROBATÓRIO	29
2.4 MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA E CATEGORIAS AFINS	38
2.4.1 Máximas de experiência e fato notório	38
2.4.2 Máximas de experiência e o notório judicial	40
2.4.3 Máximas de experiência e presunções	42
2.4.4 Máximas de experiência e prova indiciária	45
2.4.5 Máximas de experiência e usos e costumes	49
3 FUNÇÃO DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA	52
SEGUNDA PARTE: A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	59
1 SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DA PROVA	59
1.1 SISTEMA DA PROVA LEGAL	59
1.2 SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO ÍNTIMO	62
1.3 SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO	67
2 A NECESSIDADE DO CONTRADITÓRIO PARA A FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL	74
3 O CONTEÚDO DO DEVER DE MOTIVAR DAS DECISÕES JUDICIAIS	83
TERCEIRA PARTE: AS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	98
1 A MOTIVAÇÃO COMO PRESSUPOSTO DO CONTROLE DO RACIOCÍNIO JURÍDICO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	98
2 A FINALIDADE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	105
3 O CONTROLE DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	119
CONSIDERAÇÕES FINAIS	134
REFERÊNCIAS	138

INTRODUÇÃO

Algumas afirmações na doutrina chamam a atenção. Por exemplo, no que se refere especificamente às máximas de experiência, afirma-se que essa categoria “é onipresente”, de forma que sempre está presente “em qualquer juízo de fato elaborado no processo”, sendo “uma das mais importantes para o direito probatório”². Giovanni Pavanini, em 1937, acentuava que acerca da “censurabilidade na cassação das máximas de experiência reina a maior incerteza na doutrina”.³

A importância do livre convencimento também não é (e nem poderia ser) esquecida pela doutrina: conforme Cândido Rangel Dinamarco, o livre convencimento “provavelmente representa o mais importante entre todos os pilares do direito probatório”.⁴

Ao mesmo tempo, porém, de forma apropriada, Danilo Knijnik já questionou até que ponto é “livre’ o livre convencimento do juiz”⁵. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, por sua vez, menciona “ser bem possível que o órgão judicial”, “ao justificar determinada visão dos fatos, lance mãos de critérios vagos e indefinidos, empregando fórmulas puramente retóricas, despidas de conteúdo”, fazendo referência, por exemplo, “à ‘verdade material’, ‘prova moral’, ‘certeza moral’, ‘prudente apreciação’, ‘íntima convicção’”. Tais expressões, segundo o processualista, “representam autênticos sinônimos de arbítrio, subjetivismo e manipulação semântica”.⁶

Essas afirmações da doutrina colocam em evidência relevantes aspectos do direito processual civil: de um lado, salienta-se a importância das máximas de experiência no contexto do direito probatório e principalmente no âmbito do raciocínio do juiz. Apesar dessa relevância, percebe-se que se põe em dúvida a possibilidade do controle da categoria pelos tribunais superiores. De outro, exurge a

² KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.68.

³ PAVANINI, Giovanni. Massime di esperienza e fatti notori in corte di cassazione. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**, v. XIV, parte I, 1937. p.249.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, V. III, p.101.

⁵ KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Op. cit. p.15.

⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Problemas atuais da livre apreciação da prova. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.). **Prova Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.60.

preocupação para que o livre convencimento motivado do juiz não se transforme em instrumento do arbítrio. Afinal, não existe absoluta precisão no que se refere à extensão dos poderes conferidos pela livre apreciação da prova.⁷

O tema a ser analisado neste trabalho, portanto, é evidente (do qual o título, “A categoria das máximas de experiência no âmbito do livre convencimento do juiz e o seu controle pelo Superior Tribunal de Justiça”, já é indicativo): máximas de experiência, livre convencimento motivado, a motivação das decisões judiciais e o controle das máximas de experiência pelo Superior Tribunal de Justiça.

A análise do tema, entretanto, é complexa, sobretudo porque se insere no âmbito do direito probatório, o qual, por si só, não é fácil, especialmente porque, como aponta Michele Taruffo, “o tema da prova” tende a “penetrar em outros campos”, além do jurídico, como o “da lógica, da epistemologia e da psicologia”.⁸

A complexidade do assunto fica ainda mais evidente se formularmos perguntas básicas a respeito da temática: o que são especificamente as máximas de experiência? É questão de fato? É questão de direito? É regra? É princípio? Além disso, o livre convencimento motivado, a fim de se distinguir de outros modelos de avaliação da prova, como o da prova legal ou mesmo do livre convencimento íntimo, basta ser simplesmente “motivado”? Até que ponto o juiz é efetivamente “livre” no âmbito desse sistema? E qual o conteúdo da motivação judicial reclamado por esse princípio, a fim de que a motivação seja efetivamente “uma das mais úteis garantias contra uma eventual arbitrariedade do órgão” judicial⁹? O Superior Tribunal de Justiça pode, diante disso tudo, proceder a um efetivo controle das máximas de experiência?

A propósito do controle das máximas de experiência pela nossa Corte Superior, cabe breve justificção: não se tratará do controle da categoria pelos tribunais de segundo grau de jurisdição, já que nestes, de regra, não há qualquer dificuldade quanto à possibilidade de realização do controle sobre a categoria.¹⁰

⁷ A constatação é de MORELLO, Augusto M. **La Prueba: tendencias modernas**. Buenos Aires: Libreria Editora Platense, 1991. p. 31.

⁸ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Milano: Guiffrè, 1992. p.2.

⁹ MORELLO, Augusto M. **La Prueba: tendencias modernas**. Op. cit. p.32.

¹⁰ Afinal, “o efeito devolutivo da apelação faz com que seja devolvido ao tribunal *ad quem* o conhecimento de toda a matéria efetivamente impugnada pelo apelante em suas razões de recurso. Recurso ordinário por excelência, a apelação tem o maior âmbito de devolutibilidade dentre os recursos processuais civis” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 340).

Essa dificuldade, entretanto, só existe no que se refere aos tribunais superiores e, especificamente no caso brasileiro, em relação ao Superior Tribunal de Justiça, ao qual compete a guarda do direito infraconstitucional, conforme consta no art. 105, III, da Constituição Federal. Isso porque, como se sabe, o Superior Tribunal de Justiça, conforme Súmula nº 07, não reexamina os fatos. Entretanto, como também restará demonstrado mais adiante, as máximas de experiência possuem relação direta com o processo cognitivo do julgador e, conseqüentemente, com a apuração dos fatos, de modo que, em um primeiro momento, o controle da categoria restaria prejudicado.

De qualquer forma, com o objetivo de responder às indagações antes formuladas e justamente com o intuito de analisar as máximas de experiência, o livre convencimento motivado do juiz e o controle, pelo Superior Tribunal de Justiça, das máximas de experiência, é que o trabalho vai dividido em três partes distintas, mas que, ao final, complementam-se.

Na primeira, serão analisadas especificamente as especificidades das máximas de experiência. Em especial, será prestada a necessária atenção quanto à natureza da categoria, bem como à sua função, na medida em que isso implica necessariamente a possibilidade, ou não, do seu controle pelo Superior Tribunal de Justiça.

Na segunda parte, a atenção é voltada, então, de modo amplo, à fundamentação (motivação) das decisões judiciais. Mas, para se analisar isto, deve-se, necessariamente, examinar o livre convencimento motivado do juiz, cujo nome, aliás, é indicativo de uma das principais características desse sistema de avaliação da prova: o convencimento do juiz, de qualquer modo, deve ser motivado.

Entretanto, analisar o livre convencimento motivado implica, também, a análise de outros modelos de avaliação da prova, como o da prova legal e do livre convencimento íntimo, os quais, historicamente, o antecederam.

O exame do tópico é feito à luz do contraditório, o que se justifica na medida em que este princípio é imprescindível para a construção da decisão judicial.

Finalmente, na terceira parte do trabalho a análise se centra no controle das máximas de experiência pelo Superior Tribunal de Justiça, momento no qual serão retomadas todas as ideias a respeito da categoria, da motivação da decisão judicial e do livre convencimento do juiz.

PRIMEIRA PARTE: A CATEGORIA DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA

1 A LÓGICA JUDICIÁRIA

Se considerarmos o raciocínio do juiz como sendo aquele que “o juiz desenvolve no curso do processo”, “mediante o qual ele formula a decisão final” e por meio do qual “ele justifica a decisão, ao redigir a motivação da sentença”¹¹, percebe-se, facilmente, a relevância da análise do desenvolvimento desse raciocínio, na medida em que ele é parte da *elaboração da motivação*. Mas não é só isso: em um estudo que se destina à análise das máximas de experiência, bem como do livre convencimento motivado do juiz, o estudo do raciocínio do julgador é condição *sine qua non*.

Assim, diante da relação existente entre raciocínio do juiz – motivação – e a decisão judicial, e considerando que a decisão judicial, por si só, já é um ato complexo¹², o mesmo pode ser dito em relação ao primeiro. Com efeito, se é certo que o raciocínio do juiz, como não poderia deixar de ser, possui relação com o Direito, também é verdade que nele o raciocínio do juiz não se exaure, justamente porque, conforme lembra Michele Taruffo, “o Direito, na realidade, em grande medida omite-se em relação aos modos como o juiz raciocina ou deveria raciocinar”.¹³

E, como se isso não bastasse, o raciocínio do juiz é “estruturalmente complexo e heterogêneo, no qual se encontram e se baralham diversas dimensões lógicas, linguísticas, cognoscitivas e de argumentação”.¹⁴ Por isso mesmo que é “provavelmente impossível delinear um esquema estruturalmente homogêneo e unitário do raciocínio do juiz, decisório e justificativo”.¹⁵ Afinal, o raciocínio, especialmente o fático, deriva de operações cognoscitivas e valorativas extremamente complexas e até mesmo indeterminadas, ainda mais se

¹¹ TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. In: **Revista da Escola Paulista de Magistratura**, v. 2, n. 2, jul./dez. 2001, p. 171, nota 1.

¹² LIRA, Gerson. **A Motivação na Valoração dos Fatos e na Aplicação do Direito**. 2005. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005. p.85.

¹³ TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Op. cit. p.172.

¹⁴ Idem, *Ibidem*.

¹⁵ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Padova: Cedam, 1975, p. 207.

considerarmos que isso tudo pode se conectar a componentes do tipo psicológico, lógico e axiológico.¹⁶

Entretanto, veja-se que, a despeito de toda a complexidade existente no raciocínio do juiz, não se desconsidera que nele há interferência da lógica¹⁷, a qual, aliás, sobressai principalmente naquilo que se refere ao direito probatório.¹⁸ Afinal, cabe à lógica o papel de analisar o pensamento, sendo, por isso mesmo, verdadeira “ciência crítica do pensamento válido”, sendo sua a função de escolher o meio para escolher e justificar.¹⁹ Ora, “o procedimento que consiste em justificar ou validar a teoria, isto é, em confrontá-la com os fatos a fim de demonstrar a sua validade”, “exige uma análise do tipo lógico”.²⁰

A análise da lógica, neste contexto, é imprescindível, seja para se compreender suficientemente o emprego das máximas de experiência pelo julgador, seja porque “a lógica judiciária opera no âmbito da liberdade de avaliação que, de qualquer forma, é permitida pelo princípio do livre convencimento”.²¹

Daí, portanto, a necessidade de se examinar, neste contexto, a lógica judiciária, ou, mais especificamente, o raciocínio desenvolvido na atividade jurisdicional nos dias atuais e os métodos (instrumentos, procedimentos) utilizados para tanto.²²

¹⁶ GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Barcelona: José María Bosch, 1998, p. 252. Por isso mesmo é que Calamandrei afirmou que não é somente a lei o fator que influencia a decisão do juiz, senão também outros coeficientes, a ponto de, inclusive, dois juízes poderem proferir decisão judicial de forma completamente diferente, ainda que postos perante a mesma lei e os mesmos fatos (CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. In: **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965. v. 1, p. 648).

¹⁷ Sergi Guasch Fernández, a propósito, alvitra que “la lógica tiene su papel en el razonamiento jurídico. A través de la deducción y de la inducción se determina el significado que se há de atribuir a la norma. Sólo con la interrelación reciproca en el conocimiento de la norma aplicable y de los hechos puede llevarse a cabo la función jurisdiccional”. Mais adiante, entretanto, adverte que a lógica “tiene una función esencial en el juicio jurisdiccional pero no exclusiva”. (GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit. p. 253).

¹⁸ Hernando Devis Echandia, por exemplo, afirma inclusive que “sem lógica não pode existir valoração da prova” (ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoría General de la Prueba Judicial**. 3.ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1974, Tomo I, p. 292).

¹⁹ RUSSO, Vincenzo; ABET, Antonio. **La Prova Indiziaria e il <giusto processo>**: l’art. 192 C.P.P. e la legge 63/2001. Napoli: Jovene, 2001. p. 41-42.

²⁰ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica – Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. Traduzido por Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. São Paulo: Landy, 2002, p. 21.

²¹ RUSSO, Vincenzo; ABET, Antonio. **La Prova Indiziaria e il <giusto processo>**. Op. cit. p. 66.

²² É prudente, porém, destacar: “a lógica judiciária está inserida no âmbito da lógica jurídica” (ROSITO, Francisco. **Direito Probatório**: as máximas de experiência em juízo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 18). Naturalmente, assim, ganha destaque a lógica jurídica, a qual possui relação com aquilo que entendemos como direito (CALOGERO, Guido. **La Logica del Giudice e il suo Controllo in Cassazione**. Padova: CEDAM, 1937. p. 40). A lógica jurídica, entendida como

Antes, porém, de se verificar os *instrumentos* de raciocínio do juiz, serão examinados especificamente os tipos de raciocínio do juiz, na medida em que não se pode desconsiderar que há diferença entre o raciocínio propriamente dito e o método (ainda que este último decorra necessariamente da espécie de raciocínio utilizado²³). Afinal, o raciocínio é processo homogêneo ou mera coligação do pensamento, enquanto que o método é justamente um conjunto de procedimentos ou de meios de pesquisa que o intérprete conscientemente adota para um determinado objeto.²⁴

Assim, de uma forma bem ampla, apresentam-se em um primeiro momento dois grandes modelos de raciocínio do juiz: o raciocínio dedutivo e o indutivo. O primeiro é concebido como sendo aquele que parte do geral para o particular e que é utilizado principalmente quando se tem uma regra que se pretende aplicar ao caso concreto. Por outro lado, a operação lógica do segundo método é exatamente o contrário do dedutivo: parte-se do particular e chega-se ao geral.²⁵

Entretanto, o raciocínio mais difundido é, sem dúvida, o dedutivo. A razão para isso, segundo tendência dominante no âmbito da cultura ocidental, é que o modelo dedutivo, com o qual a ciência clássica construiu uma estrutura ordenada da realidade natural, por um lado, constitui-se como o modelo ideal necessário de cada procedimento cognoscitivo que pretenda ser objetivamente válido e, por outro lado, é a influência constantemente exercida sobre o modo como se entende o raciocínio da lógica aristotélica e, conseqüentemente, a propensão em assumir o silogismo como

“reflexão crítica sobre a validade do pensamento jurídico no plano dogmático” (COELHO, Luís Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 43), tem como papel demonstrar a aceitabilidade das premissas, a qual “resulta da confrontação dos meios de prova, dos argumentos e dos valores que se defrontam na lide”, diferenciando-se justamente nesse ponto da lógica formal, cujo papel, por sua vez, “consiste em tornar a conclusão solidária com as premissas” (PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. Traduzido por Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 242), o que, a propósito, não poderia ser diferente, já que “a lógica formal ou dedutiva se ocupa dos argumentos do ponto de vista de sua correção formal” (ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica – Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros**. Op. cit. p. 27). Além disso tudo, é justamente na lógica jurídica que se encontram as técnicas de raciocínios utilizadas pelo julgador, pois, como aponta Chaïm Perelman, a lógica jurpídica está vinculada às “*técnicas* que possibilitam qualificar os fatos, subsumi-los sob normas jurídicas, tirar deles as conseqüências jurídicas.” (PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Traduzido por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 501).

²³ ROSITO, Francisco. **Direito Probatório**: as máximas de experiência em juízo. Op. cit. p. 18.

²⁴ RUSSO, Vincenzo; ABET, Antonio. **La Prova Indiziaria e il <giusto processo>**. Op. cit. p. 45.

²⁵ TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Traduzido por Alexandra Martins e Daniela Mtóz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 73.

um paradigma da argumentação apto a produzir conclusões universalmente válidas.²⁶

Com efeito, esse segundo ponto ganha destaque: efetivamente a teoria tradicional vê no juízo processual uma *dedução* de caráter *silogístico*, de forma que a premissa maior é formada pela regra geral de direito, a menor pelos fatos e a conclusão formaria o conteúdo da decisão jurisdicional.²⁷ Não por menos é que a doutrina do silogismo judiciário, mais do que descrever o juízo, constrói um modelo *abstrato e ideal do juízo*, na medida em que é projetada uma situação na qual a norma jurídica é um dado preexistente em um ordenamento positivo e sistematizado, cuja respectiva aplicação ao caso concreto consiste em uma atividade essencialmente cognoscitiva de caráter *sistemático*.²⁸

Aliás, a título de exemplo, nunca é demais lembrar que Carnelutti era partidário dessa doutrina. Afinal, segundo o processualista italiano, o juízo de fato é construído mediante um procedimento lógico de dedução, no qual a premissa menor

²⁶ TARUFFO, Michele. **Studi sulla Rilevanza della Prova**. Padova: Cedam, 1970, p. 193. Com efeito, a cultura ocidental efetivamente foi muito influenciada pelo método dedutivo. Basta lembrar, inicialmente, a Revolução Francesa, que chegou a identificar o direito com o conjunto de leis, sendo reduzido ao mínimo o papel dos juízes, em virtude do princípio da separação dos poderes (PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. Op. cit. p.23). Logo em seguida, com a promulgação do Código de Napoleão, instalou-se o que se denomina de Escola da Exegese, escola do pensamento jurídico que tinha como fundamento justamente a ideia de que o direito estava todo posto somente na lei e, por isso mesmo, os juízes eram a boca que pronuncia as palavras da lei (KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 24). Daí que, justamente em razão da vinculação do juiz com a lei, a hermenêutica da época era rigorosamente lógico-dedutiva. Vale dizer: o juiz da época interpretava a norma legal como sendo a premissa maior, dentro de um silogismo em que os fatos seriam a premissa menor e com elas se obteria a decisão como conclusão. Tinha-se, pois, o esquema do silogismo judiciário, em que o jurista era um geômetra e o juiz um instrumento passivo da vontade legislativa (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, p.189). Aliás, Chaïm Perelman, no mesmo sentido, referindo-se à Escola da Exegese, afirma que “Uma vez estabelecidos os fatos, bastava formular o silogismo judiciário, cuja maior devia ser fornecida pela regra de direito apropriada, a menor pela constatação de que as condições previstas na regra haviam sido preenchidas, sendo a decisão dada pela conclusão do silogismo. A doutrina devia limitar-se, nesta concepção do direito, a transformar o conjunto da legislação vigente em um sistema de direito, a elaborar a dogmática jurídica que forneceria ao juiz e aos litigantes um instrumento tão perfeito quanto possível, que conteria o conjunto das regras de direito, do qual tiraríamos a maior do silogismo judiciário” (PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. Op. cit. p. 33). Some-se a isso o fato de que “o raciocínio *more geometrico* era o modelo proposto aos filósofos desejosos de construir um sistema de pensamento que pudesse alcançar a dignidade de uma ciência. De fato, uma ciência racional não pode contentar-se com opiniões mais ou menos verossímeis, mas elabora um sistema de proposições necessárias, que se impõe a todos os seres racionais e sobre os quais o acordo é inevitável” (PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. Traduzido por Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins fontes, 1996, p. 02).

²⁷ MENDES, João de Castro. **Do Conceito de Prova em Processo Civil**. Lisboa: Ática, 1961. p. 204. Alfredo Rocco, por exemplo, identifica a sentença com um juízo lógico, que assume a forma de um silogismo (ROCCO, Alfredo. **La Sentenza Civile**. Milano: Giuffrè, 1962. p. 31).

²⁸ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 163.

é constituída pela posição de um fato percebido diverso do fato a ser provado, a maior por uma norma que o juiz aplica ao fato percebido, enquanto que a conclusão é constituída pela afirmação ou não do fato a ser provado.²⁹

Mesmo assim não se pode desconsiderar o raciocínio indutivo. Como já se adiantou, esse instrumento parte do particular e chega ao geral. Vale dizer: “por meio da observação de vários fatos particulares, reconstrói-se uma ‘regra’ da qual, em presença de uma causa A, extrai-se uma determinada consequência B”.³⁰ Afinal, com Dei Malatesta, temos que a indução nasce justamente por meio da experiência externa, adicionada da observação de que vários fenômenos físicos do mundo externo estão em consonância com o maior número de casos. Com isso, conclui-se pela *verdade geral* que constitui o ordinário físico, ou seja, a regra do regular modo de ser e agir das coisas, o que, por sua vez, serve como premissa para se chegar à conclusão de uma determinada particularidade.³¹

Em razão disso é que se afirma que esse raciocínio se baseia sobre a *observação experimental*, verificando-se, por conseguinte, se o fato conhecido pode ser reproduzido, extrapolando-se a regra que o dirige.³² Daí a caracterização desse modelo como sendo *probabilístico*.³³⁻³⁴

²⁹ CARNELUTTI, Francesco. **La Prova Civile**. 2.ed. Roma: Dell'Ateneo, 1947, p. 73.

³⁰ TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Op. cit. p. 54.

³¹ DEI MALATESTA, Nicola Framarino. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Traduzido por Paolo Capitano. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 180. Não se pode deixar de ser ressaltada, no ponto, a relação do raciocínio indutivo com o método tópico, o qual encontra suas raízes em Cícero e Aristóteles, mas que foi desenvolvido por Theodor Viehweg. Segundo este último autor, a tópica coloca em evidência o “pensar por problemas, desenvolvida pela retórica. Ela se desdobra numa textura cultural que se distingue claramente nas menores particularidades de outra de tipo sistemático dedutivo”. Aliás, ainda segundo Theodor Viehweg, “o método antigo (tópica)” se caracteriza por ter como “ponto de partida” justamente *sensus communis* (senso comum, *common sense*), que manipula o verossímil (*verisimilia*), contrapõe pontos de vista conforme os cânones da tópica retórica e sobretudo trabalha com uma rede de silogismos” (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Traduzido por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Universidade de Brasília, 1979, p.17 e 20).

³² ROSITO, Francisco **Direito Probatório**: as máximas de experiência em juízo. Op. cit. p. 18.

³³ Perceba-se que o próprio conceito de probabilidade não matemática se funda sobre a observação experimental, ou, mais especificamente, sobre o *id quod plerumque accidit* (MARCHEIS, Chiara Besso. Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno XLV, n. 4, dic. 1991, p. 1161). É bom alertar, entretanto, que o conceito de probabilidade é variável: por exemplo, o conceito clássico de probabilidade, que encontra influência de Pascal, Fermat e Laplace, sendo mais desenvolvido com todas as suas implicações lógicas e matemáticas por este último autor, é entendido como a relação entre os números de casos favoráveis e o número de todos os casos possíveis. Aponta-se, ao lado disso, para a probabilidade-frequência, segundo a qual a probabilidade deve ser determinada empregando-se metodologias próprias de análises estatísticas dos fenômenos de massa. Também há a probabilidade lógica, elaborada por Carnap, a qual não é incompatível com a probabilidade-frequência, e que fornece uma teoria de lógica indutiva que define as relações entre uma hipótese e um conjunto de dados, sendo que tais hipóteses constituem a base em termos de evidência. Há então o probabilismo indutivo de

Os instrumentos ou métodos de raciocínio do juiz, por seu turno, dividem-se em três espécies.

O primeiro método é o dedutivo, o qual tem por objetivo organizar as ideias e que é uma mera atividade de pensamento. Vale dizer: é uma coligação de raciocínios que constituem as bases, as formas de realização e o *grau de validade* das conclusões.³⁵

O segundo método é o indutivo, o qual se move (parte) dos dados para se chegar às ideias. A sua funcionalidade se dá basicamente por meio da coleta das características de um fato mediante atenção e análise alcançadas sobre o mesmo fato. Daí que a hipótese assim reconstruída não é outra que a lei que o intérprete tentará acrescer por meio do contínuo confronto com a experiência.³⁶

Terceiro e último método, o abduutivo, consiste em “um tipo particular de indução, que se caracteriza por seu objeto particular: descobrir o passado”³⁷. Deste modo, tal método se volta “para trás”, tanto que o mesmo também é denominado como uma espécie de retrodução.³⁸

De acordo com Francisco Rosito, esse método parte “de elementos para reconstrução de um fato que vem afirmado, sendo o seu principal cardinal a probabilidade determinada pelas convergências”.³⁹ Neste método, “a operação lógica parte de um fato particular para concluir um outro fato particular, passando por

Cohen, o qual é justamente não matemático e que se funda no *id quod plerumque accidit* (MARCHEIS, Chiara Besso. *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*. Op. cit. p. 1120-1126). Também sobre a evolução dos conceitos e tipos de probabilidade, ver REICHEL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, especialmente p. 195-210.

³⁴ Paolo Tonini, por exemplo, refere que o raciocínio do tipo indutivo, “permite a extração de máximas de experiência dotadas de um grau de *probabilidade* relativamente amplo” (TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Op. cit. p. 73). Michele Taruffo, por seu turno, ao tratar da inferência probatória, menciona que a doutrina norte-americana recorre à aplicação da noção de *probabilidade com frequência relativa* e que, nesta perspectiva “il momento logico fondamentale dell’inferenza probatoria assume natura *induttiva*” (TARUFFO, Michele. **Studi sulla Rilevanza della Prova**. Op. cit. p. 221). Também Marina Gascón Abellán destaca que o raciocínio indutivo, “*en sentido amplio*, se entiende todo aquel tipo de *razonamiento en que las premisas, aun siendo verdaderas, no ofrecen fundamentos concluyentes para la verdad de su resultado, sino que éste se sigue de aquéllas sólo con alguna probabilidad*” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. **La Prueba Judicial: valoración racional y motivación**. Disponível em <<http://www.uclm.es>>. Acesso em 27 jul. 2009, p. 06).

³⁵ RUSSO, Vincenzo; ABET, Antonio. **La Prova Indiziaria e il <giusto processo>**. Op. cit. p. 47.

³⁶ *Ibidem*, p. 46.

³⁷ *Ibidem*. p. 48. Marina Gascón Abellán inclusive classifica o método abduutivo como “*inducción en sentido amplio*” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los Hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba**. 3.ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 98).

³⁸ PASTORE, Baldassare. **Giudizio, Prova, Ragion Pratica: um approccio ermeneutico**. Milano: Giuffrè, 1996, p. 192-193. Também assim GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los Hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba**. Op. cit. p. 98.

³⁹ ROSITO, Francisco. **Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo**. Op. cit. p.19.

uma regra geral”.⁴⁰ Paolo Tonini, a propósito do método abduutivo, oferece o seguinte exemplo: “‘aquele que matou A usava tênis manchado de uma tinta amarela’ (fato particular); ‘B era a única pessoa que naquele dia, naquela situação, vestia tênis manchado de tinta amarela’ (fato particular); ‘B matou A’ (conclusão)”.⁴¹

Perceba-se que este método tem um verdadeiro caráter de *descoberta*.⁴² Afinal, a abdução é vista como um argumento que é considerado capaz de ampliar o conhecimento, sendo uma inferência que participa da lógica da descoberta.⁴³

Apresentados estes três modelos, surge o questionamento: qual efetivamente é o método investigativo utilizado pelo julgador?

De acordo com o que foi exposto, o raciocínio do tipo dedutivo possui seu valor. Afinal, a dedução com caráter silogístico facilita o controle racional da atividade do juiz.⁴⁴ Mesmo assim, não pode ser desconsiderado que a “dedução silogística nada descobre *ex novo*”, sendo “apenas um meio de comprovar a exactidão dos nossos raciocínios, e de utilizar ao máximo os conhecimentos que a pessoa já possuía”⁴⁵. Além disso, o litígio, por si só, configurado no processo, impede que se tome uma decisão mediante um raciocínio puramente lógico-dedutivo: a regra geral e principalmente os fatos a serem subsumidos são contestados, o que exige do julgador indicar, sobretudo, “as razões” que o guiaram “nas opções que julgou preferíveis”.⁴⁶

Também não se pode esquecer o que foi dito acima: a lógica jurídica tem como papel demonstrar a aceitabilidade das premissas, importando, para tanto, a confrontação dos meios de prova, dos argumentos e dos valores que se defrontam na lide. Para tanto, necessita-se de um constante diálogo das partes com o órgão julgador e vice-versa, o que, aliás, será analisado mais adiante em tópico específico. No entanto, o modelo dedutivo silogístico não fornece qualquer resposta à fixação da premissa, ou seja, da interpretação da norma e da determinação do fato, até

⁴⁰ TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Op. cit. p. 74. Também, neste sentido, PASTORE, Baldassare. **Giudizio, Prova, Ragion Pratica: un approccio ermeneutico**. Op. cit. p. 191.

⁴¹ TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Op. cit., p. 56-57.

⁴² ROSONI, Isabella. **Quae Singula non Prosunt Collecta Luvant: la teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna**. Milano: Giuffrè, 1995, p. 232.

⁴³ PASTORE, Baldassare. **Giudizio, Prova, Ragion Pratica: un approccio ermeneutico**. Op. cit. p.193.

⁴⁴ TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Op. cit. p. 73.

⁴⁵ MENDES, João de Castro. **Do Conceito de Prova em Processo Civil**. Op. cit. p. 214.

⁴⁶ PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. Op. cit. p. 214. Também, nesse sentido, ROSITO, Francisco. **Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo**. Op. cit. p. 20.

mesmo porque nenhuma determinação adequada do fato é dada *a priori*, assim como não é dado *a priori* algum significado próprio da norma.⁴⁷

Vale aqui, a propósito, a crítica de Guido Calogero, segundo o qual esse raciocínio dedutivo-silogístico justifica somente o *iter* que o julgador percorre para chegar à sua conclusão que foi obtida das premissas. Escapa-lhe, contudo, a atividade precípua com a qual o julgador fixa tais premissas.⁴⁸ Não é por menos que se afirma que tal modelo é excessivamente esquemático e incapaz de descrever a complexidade do raciocínio do juiz.⁴⁹

Veja-se, portanto, que o modelo dedutivo-silogístico não é isento de críticas.⁵⁰

O método de raciocínio indutivo, por sua vez, em regra, também não é “utilizado na investigação judiciária do fato, pela simples consideração de que, em tal

⁴⁷ TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Op. cit. p. 76.

⁴⁸ Nas exatas palavras de Guido Calogero, “dall’angolo visuale di quella rigorosa logicità sillogistica, per cui la necessità e razionalità deduttiva è insidente soltanto nel passaggio dalle premesse alla deduzione, restando invece affatto estranea alla posizione delle premesse come tali, si muove per intero in un âmbito che in questo senso non è logico, ma anzi prelogico o estralogico” (CALOGERO, Guido. **La Logica del Giudice e il suo Controllo in Cassazione**. Op. cit. p. 51). Aliás, antes de referir isso, o processualista italiano afirma que “la vera e grande opera del giudice sta non già nel ricavare dalle premesse la conclusione, ma proprio nel trovare e formulare le premesse” (*Ibidem*).

⁴⁹ MARCHEIS, Chiara Besso. Probabilità e Prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto. Op. cit. p. 1128-1129, nota de rodapé 31.

⁵⁰ A propósito, cumpre salientar que, embora Calamandrei inicialmente entendesse que a sentença era uma progressão de silogismos em cadeia (vide CALAMANDREI, Piero. La genesi logica della sentenza civile. In: **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965. v.1, p. 11-54), resolveu, mais tarde, rever seu posicionamento. Refere o jurista que essa visão da sentença como um simples silogismo é “incompiuta e unilaterale: chi si immagina la sentenza come un sillogismo, non vede la sentenza viva; vede la sua spoglia, il suo scheletro, la sua mummia”. Mais adiante, completa referindo que “il giudice non è un meccanismo: non è una macchina calcolatrice. È un uomo vivo: e quella funzione di specificare la legge e di applicarla nel caso concreto, che *in vitro* si può rappresentare come un sillogismo, è in realtà una operazione di sintesi, che si compie a caldo, misteriosamente, nel crogiuolo sigillato dello spirito, ove la mediazione e la saldatura tra la legge astratta e il fatto concreto ha bisogno, per compiersi, della intuizione e del sentimento acceso in una coscienza operosa. Insomma il sistema della legalità, e in genere la teoria normativa del diritto, è uno schema didattico, utile per i giuristi; ma questa scomposizione logica della sentenza somiglia alle analisi dei chimici, che anche quando sono arrivati a individuare tutte le sostanze elementari di cui è composto un organismo vivo, non sono riusciti però a imprigionare in formule quella scintilla da cui, dalla misteriosa combinazione di questi elementi, è scaturita la vita” (CALAMANDREI, Piero. Processo e Democrazia. Op. cit., p. 646-647). Na doutrina nacional, para fins de registro, vale transcrever a crítica que Ovídio A. Baptista da Silva tece a respeito do raciocínio do juiz ocorrer em forma de silogismo: “A ideia de que a sentença seja o resultado de um silogismo corresponde a uma simplificação exagerada e pouco fiel daquilo que verdadeiramente acontece com a formação do convencimento do juiz. Poder-se-ia mesmo dizer que a figura lógica de um silogismo jamais terá lugar no período de formação mental da sentença ou, se realmente houver silogismo, antes de ser ele a formar a sentença, será esta – depois de formada no espírito do julgador – que dará ensejo a um silogismo, montado apenas com o fim de justificar e fundamentar a concreção da norma legal” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 400-401).

caso, não se trata de valorar ou buscar uma regra, mas, ao contrário, de verificar um fato que o esquema indutivo pressupõe como já adquirido por outra via”.⁵¹ Além disso, não se pode desconsiderar que, via de regra, o juízo histórico formulado no processo não tem o fito de formular uma cognição geral (que, como se viu, é justamente o que ocorre no modelo indutivo), na medida em que o que se pretende é justamente descobrir a existência e as peculiaridades de um fato particular que já ocorreu.⁵²

Entretanto, já o método abduutivo pode ser considerado como o único que efetivamente produz um real ampliação do saber empírico.⁵³ Afinal, enquanto que “a indução conduz da observação de um fato à formulação de uma regra e enquanto a dedução produz a simples aplicação de uma regra já conhecida, a abdução conduz de um fato particular a outro fato particular”, de forma que é o único método que efetivamente origina “uma nova ideia”.⁵⁴ Daí, portanto, o caráter de *descoberta* antes referido.

O que se tem, portanto, na investigação judiciária, é na verdade uma série de inferências abdutivas, que, combinadas entre si, contribuem para a formação de uma hipótese mais ou menos crível.⁵⁵ Tanto que se admite a utilização desse instrumento não somente em relação à prova indiciária, senão também em relação à prova representativa.⁵⁶

⁵¹ RUSSO, Vincenzo; ABET, Antonio. **La Prova Indiziaria e il <giusto processo>**. Op. cit. p. 49-50.

⁵² ROSITO, Francisco. **Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo**. Op. cit. p. 21.

⁵³ RUSSO, Vincenzo; ABET, Antonio. **La Prova Indiziaria e il <giusto processo>**. Op. cit. p. 52.

⁵⁴ *Ibidem, ibidem*, nota 19.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 50. Nota-se aí, aliás, certa relação com o método indutivo, na medida em que se percebe a ideia da probabilidade. Talvez por isso é que, como já foi destacado, Vincenzo Russo e Antonio Abet afirmam que o método abduutivo “è in realtà un tipo particolare di induzione”.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 51. Perceba-se, porém, que a dicotomia entre a prova indiciária e a representativa é questionável. Em um sentido mais tradicional, “a prova direta refere-se aos fatos principais”, enquanto que “a prova indireta refere-se aos indícios” (MÜLLER, Christoph Markus. **Anscheinsbeweis im Strafprozess**. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 150). Sobre o ponto, porém, lembra Danilo Knijnik que “toda e qualquer prova é sempre indireta em alguma medida”. Não há, pois, “distinção no plano ontológico entre tais provas, justificando-se assim a construção jurisprudencial segundo a qual há igualdade entre os indícios e a prova ‘direta’”, razão pela qual pode “o julgador, pelo princípio da livre convicção, formar o juízo de fato com base na prova indiciária”. O que há, porém, na prova indiciária, é “uma maior probabilidade de erro”, reclamando-se, portanto, prudência (KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Op. cit. p. 26-31). Nevio Scapini também lembra que a distinção entre prova direta e indireta “non tiene però conto della circostanza, emergente dalla valutazione in concreto del procedimento di gnoseologia giudiziaria, che il lavoro interno di raziocinio del giudice è operazione comune anche relativamente a quelle che (...) sono prove dirette. Si pensi, ad esempio, alla chiamata in correità e alla deposizione della parte lesa; è indubbio che entrambe, da un lato, attestano direttamente le modalità e la responsabilità del fatto criminoso ma, dall’altro e nel medesimo tempo, per la loro provenienza implicano per il giudice un’operazione critica non meno

Afinal, “a tarefa do juiz de individualizar a regra jurídica para aplicá-la ao fato narrado, exige, preliminarmente, que se verifique a existência do fato narrado”, o que não se dá experimentalmente.⁵⁷

Isso não significa, porém, que não se utilize os outros tipos de inferências, como a dedutiva ou a indutiva, até mesmo porque, como se verá, a máxima de experiência possui relação direta com o método indutivo. Significa, acima de tudo, que não é utilizado exclusivamente um ou outro tipo de inferência.⁵⁸

Tanto isso é verdade, que Michele Taruffo adverte que o raciocínio probatório efetivamente é complexo e possui a influência de vários fatores, entre eles, principalmente, da abdução que permite a formulação de uma nova hipótese à contestação dialética da mesma hipótese, das passagens dedutivas às inferências probabilísticas, do recurso às noções de senso comum ao uso de prova científica, das argumentações tópicos aos cânones do raciocínio jurídico.⁵⁹

2 AS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA

2.1 A DEFINIÇÃO DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA

Não há como fazer referência às máximas de experiência sem se trazer a definição de Stein. Isso porque “tudo quanto se produziu, posteriormente, a respeito da matéria tomou como referência” o seu “trabalho”⁶⁰, sobretudo na Alemanha e Itália.⁶¹ Segundo ele, as máximas de experiência “são definições ou juízos

profonda e comlessa di quella richiesta per la valutazione delle prove indirette.” (SCAPINI, Nevio. **La Prova per Indizi nel Vigente Sistema del Processo Penale**. Milano: Giuffrè, 2001, p. 36-37).

⁵⁷ RUSSO, Vincenzo; ABET, Antonio. **La Prova Indiziaria e il <giusto processo>**. Op. cit. p. 58.

⁵⁸ É nesta direção que vai o entendimento de Baldassare Pastore, ao afirmar que “nel ragionamento giudiziale opera un complesso reticolo di procedimenti deduttivi, induttivi ed abduuttivi che, in quanto forme di produzione di senso, affluiscono variamenti e risultano variamente collegati e contaminate. (PASTORE, Baldassare. **Giudizio, Prova, Ragion Pratica: um approccio ermeneutico**. Op. cit. p.190).

⁵⁹ TARUFFO, Michele. Funzione della prova: la funzione dimostrativa. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LI, n. 3, set. 1997, p. 573.

⁶⁰ FLACH, Daisson. **A Verossimilhança no Processo Civil e sua Aplicação Prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 52.

⁶¹ Chama a atenção, porém, que o conceito de máxima de experiência não é comum em todas as culturas jurídicas. Por exemplo, nos ordenamentos do *common law*, não existe, de fato, uma expressão que se possa traduzir como “máximas de experiência”. Existe, isso sim, expressões como *stock of knowledge* ou *background knowledges*, mas que são conceitos mais amplos do que o das máximas de experiência (TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle massime d’esperienza. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LXIII, n. 2, giug., 2009, p. 552).

hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos julgados no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidos e que, sobrepondo-se a estes casos, pretendem ter a validade para outros novos”.⁶² Especificamente no caso brasileiro, elas estão previstas no art. 335 do Código de Processo Civil (CPC), o qual preceitua que “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”.

Da definição de Stein se podem extrair algumas características das máximas de experiência, como a generalidade e a aquisição por meio da experiência⁶³, de forma que não podem ser simples declarações sobre acontecimentos individuais, muito menos juízos plurais sobre um conjunto de acontecimentos⁶⁴; a sua abstração⁶⁵; as de serem oriundas de fatos repetidos que costumam invariavelmente conduzir a determinado resultados, bem como de o método empregado ser o indutivo⁶⁶, já que em casos ainda não observados extrapola-se um valor, no sentido de que se forma uma regra pelo que se observa mais constantemente, esperando-se que isto ocorra para novos casos semelhantes.⁶⁷ É em razão disso tudo que certamente se afirma que as máximas de experiência “fazem parte do patrimônio cultural médio da sociedade, da cultura do homem médio, da qual o juiz é representante e intérprete”.⁶⁸

⁶² STEIN, Friedrich. **El Conocimiento Privado del Juez**. 2.ed. Traduzido por Andres de la Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 22.

⁶³ FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. As máximas de experiência e o livre convencimento do juiz. In: **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 10, jan. 2004. p.19.

⁶⁴ STEIN, Friedrich. **El Conocimiento Privado del Juez**. Op. cit. p. 19.

⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: **Revista Forense**, v. 261, jan./mar. 1978, p. 13.

⁶⁶ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. In: **Revista Forense**, v. 376, nov./dez. 2004, p. 6.

⁶⁷ SOBRINHO, Elício de Cresci. O juiz e as máximas de experiência. In: **Revista Jurídica**, n. 101, set./out. 1983, p. 58. Afirma Stein que mediante a indução, surgem as definições. Assim, quando uma palavra é utilizada mil vezes em um determinado sentido, conclui-se que neste mesmo sentido ela será utilizada em outros casos (STEIN, Friedrich. **El Conocimiento Privado del Juez**. Op. cit. p. 21).

⁶⁸ LOMBARDO, Luigi. Prova científica e osservanza del contraddittorio nel processo civile. In: **Rivista di Diritto Processuale**, anno LVII, n. 4, ott./dic. 2002, p. 1088). A conceituação de Barbosa Moreira revela todas as características mencionadas. Segundo o processualista, elas são “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” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados. Op. cit. p. 13).

Mas as características não cessam aí. Em razão de afirmações na doutrina de que as máximas de experiência provêm de fatos que se repetem,⁶⁹ poder-se-ia concluir que a essência delas depende necessariamente do número de casos observados. Entretanto, o próprio Stein afirma que o número de casos observados *pode* ser irrelevante para a essência de uma máxima de experiência, tanto que se pode admitir que algumas máximas de experiência não passam a ter valor de hipóteses inseguras e de suposições ou presunções, a despeito de milhares de casos observados, enquanto outras, em contrapartida, elevaram-se à categoria de verdades científicas por meio de poucas observações. O que importa, de qualquer maneira, é que *as máximas de experiência sejam produto de uma observação incessante, controlada e ratificada.*⁷⁰

Stein procedeu, ainda, outra diferenciação: a declaração de uma experiência sobre uma pluralidade de casos não representa necessariamente uma máxima de experiência. Isso porque o juízo plural ocorre quando um caso se repete outras vezes da mesma maneira, mas não se pode esperar que, no futuro, outros acontecimentos ocorrerão da mesma forma que daqueles observados. Na formação de uma máxima de experiência, porém, é possível formar uma regra geral a partir do que já aconteceu, de forma a esperar que aquilo que já ocorreu, possa se repetir em casos idênticos, justamente em razão daquilo que ordinariamente acontece.⁷¹ Em suma: de um juízo plural não se terá necessariamente como resultado uma máxima de experiência, a despeito de não poder se negar que, muitas vezes, as máximas de experiência se baseiam em um juízo plural.

Também não se pode ignorar a íntima relação que as máximas de experiência possuem com o juízo de probabilidade. Afinal, as máximas de

⁶⁹ Por exemplo, Gennaro Roberto Pistolese afirma que as máximas de experiência são produto da observação do que geralmente acontece em múltiplos casos (PISTOLESE, Gennaro Roberto. **La Prova Civile per Presunzioni e le Cosiddette Massime di Esperienza**. Padova: CEDAM, 1935, p.24); Alfredo Buzaid, em um clássico sobre o assunto, salienta “que as regras de experiência comum nascem da reiteração de fatos que ocorrem todos os dias” (BUZOID, Alfredo. Máximas de Experiência. In: **Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil** (notas de adaptação ao direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.134).

⁷⁰ STEIN, Friedrich, **El Conocimiento Privado del Juez**. Op. cit. p. 21. Essas mesmas observações são feitas por ROSITO, Francisco. **Direito Probatório**: as máximas de experiência em juízo. Op. cit. p. 78.

⁷¹ STEIN, Friedrich. **El Conocimiento Privado del Juez**. Op. cit. p. 20. Stein dá um exemplo esclarecedor a respeito. O fato de A, B, C e mais vinte pessoas, por exemplo, testemunharem, consciente ou inconscientemente, a favor de um parente acusado, é apenas um juízo plural sobre essas vinte e três pessoas, o que, porém, não confere qualquer outro caráter ao juízo (idem, op. cit. p. 20).

experiência carecem de certeza lógica, sendo apenas valores aproximativos a respeito da verdade⁷², e como tais, somente têm vigência na medida em que novos casos observados não mostrem que a formulação da regra empregada era então falsa.⁷³ A exemplo de qualquer fato, as máximas de experiência não possuem incontestabilidade absoluta. Não é por menos, portanto, que a sua idoneidade se funda em grau de probabilidade.⁷⁴ Daí porque as máximas de experiência servem para reforçar outros elementos de convicção, ou até mesmo para debilitá-los, sendo temerário construir exclusivamente sobre elas o juízo quanto aos fatos.⁷⁵

Note-se, por fim, a relação que se faz das máximas de experiência com a “ciência privada”. Luigi Lombardo lembra que se fala, por um lado, em “ciência

⁷² A constatação acima feita não tem nada de novo, mas é interessante notar que a ideia fica bem clara ao se analisar o termo “provável” (“wahrscheinlich”) no âmbito da língua alemã, a qual tem como raízes as palavras “verdadeiro” (“wahr”) e “parecer” (“scheinen”), ou seja, tem o sentido de parecer verdadeiro (GMEHLING, Bernhard. **Die Beweislastverteilung bei Schäden aus Industrieimmisionen**. Köln: Carl Heymanns, 1988, p. 13).

⁷³ STEIN, Friedrich. **El Conocimiento Privado del Juez**. Op. cit. p. 29. Cristoph Markus Müller, entretanto, neste ponto, faz interessante distinção. De um lado, ele aponta o que chama de “deterministische Erfahrungssätze”, as quais possuem relação direta com as leis da natureza (“Naturgesetze”). O autor menciona, porém, que para alguns essa categoria não possui papel relevante para o Direito, como a lei da gravidade, enquanto que para outros ela tem um “fundo jurídico” (“juristischen Hintergrund”), como por exemplo a lei que ninguém pode estar em dois lugares ao mesmo tempo, o que pode servir como eventual álibi. Ao lado destas, aponta para as “Probabilistische Erfahrungssätze”, as quais se baseiam em uma mera declaração de probabilidade. (MÜLLER, Christoph Markus. **Anscheinsbeweis im Strafprozess**. Berlin: Duncker und Humblot, 1998, p. 74).

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 146. Também ressaltam o caráter probabilístico das máximas de experiência DENTI, Vittorio. Scientificità della prova e libera valutazione del giudice. In: **Rivista di Diritto Processuale**, n. 27, 1972, p. 423 e TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Op. cit. p. 55.

⁷⁵ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos Notórios e Máximas de Experiência. Op. cit. p. 08. O juízo de probabilidade decorrente do uso das máximas de experiência ficou bem evidente no julgamento do Recurso Cível Nº 71001832823, julgado em 19/02/2009 pela Terceira Turma Recursal Cível, no âmbito do Juizado Especial Cível do Estado do Rio Grande do Sul, e que teve como relator o Dr. Eugênio Facchini Neto. Trata-se de demanda em que o autor alegou vício do produto, no caso específico, em um automóvel. Na oportunidade, asseverou-se: “Realmente, tendo o autor adquirido o carro em maio de 2006 e vindo ele a apresentar, em abril de 2008, pane no sistema de direção hidráulica, por ter vazado o fluido da mangueira de pressão, é de se presumir a ocorrência de defeito do produto. Tal presunção decorre do fato de que não é da experiência de vida, por todos compartilhada, que um veículo apresente pane em tal setor, de crucial importância, em prazo inferior a dois anos de uso, e com menos de 30.000 km rodados (fl. 17). Tal constatação se prende também ao fato de que tal sistema não é passível de controle por parte do usuário, a não ser através de revisões periódicas, que o autor realizou (controle das revisões de fl. 17). Aliás, o veículo fora submetido à revisão dos 18 meses ou 30.000km em março de 2008, quando o veículo apresentava uma quilometragem de 26.686km. Cerca de um mês depois, o problema aconteceu. Ora, em tal situação, ou a revisão foi falha e não detectou um desgaste precoce do veículo, ou se tratou de defeito de fabricação, que acarretou tal pane, já que não é crível que um setor tão importante possa simplesmente apresentar uma pane com menos de dois meses de uso e que isso possa ser considerado normal”. Daí porque se concluiu, como consta na ementa do julgado, pela “probabilidade de defeito na fabricação”. Nota-se, ainda, que o juízo não se deu exclusivamente com base nas máximas de experiência, mas também com outros elementos probatórios.

privada” para se referir àqueles conhecimentos factuais extraprocessuais que são proibidos ao julgador utilizar. Por outro lado, também se fala em “ciência privada para se fazer referência àqueles conhecimentos extraprocessuais cujo uso é permitido ao juiz no processo e que se referem aos conhecimentos empíricos que o juiz é legitimado a utilizar.⁷⁶

Com efeito, é sabido que não pode o julgador se utilizar dos eventuais conhecimentos privados que possui sobre os fatos da causa, já que o juiz deve atender “aos fatos e circunstâncias constantes dos autos” (art. 131 do Código de Processo Civil).⁷⁷ Como afirma João de Castro Mendes, “o juiz, para o processo, só deve em princípio informar-se através do processo”.⁷⁸ Tal proibição tem a sua razão, indo inclusive ao encontro do processo cooperativo, o que, a propósito, será analisado mais adiante: deve haver combinação das atividades do autor, réu e juiz, sendo a decisão judicial produto dessa combinação, não esquecendo que o contraditório é que possibilita às partes influenciarem o convencimento do julgador.⁷⁹ Desse modo, a utilização pelo juiz de seus conhecimentos privados, por óbvio, ofende o princípio da cooperação processual.

Da mesma forma, a proibição do uso pelo juiz de seus conhecimentos privados se dá em respeito à imparcialidade do juiz, na medida em que tal princípio exige justamente que o juiz aborde cada questão processual sem qualquer prévia tendência quanto à solução contra ou a favor de uma das partes, o que, por óbvio, seria por si só impraticável, caso houvesse a possibilidade de o julgador se utilizar de seus saberes extrajudiciais⁸⁰, justamente porque, neste caso, o julgador estaria tomado de pré-juízos, o que vai de encontro com o referido princípio.⁸¹

⁷⁶ LOMBARDO, Luigi. Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile. Op. cit. p. 1083-1085.

⁷⁷ Adroaldo Furtado Fabrício, a respeito da proibição do conhecimento privado dos fatos, cita o caso de um magistrado que, antes de julgar um caso de acidente de trânsito, foi conhecer pessoalmente, em caráter privado, o cruzamento das vias onde ele ocorreu, para melhor compreender a dinâmica do fato, o que, porém, não lhe era lícito fazê-lo, salvo em forma de inspeção judicial e sob contraditório (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos Notórios e Máximas de Experiência. Op. cit. p. 03).

⁷⁸ MENDES, João de Castro. **Do Conceito de Prova em Processo Civil**. Op. cit. p. 611.

⁷⁹ Bruno Cavallone, acertadamente, lembra que “la giustificazione del divieto di utilizzazione della scienza privata (...) si armonizza senza difficoltà, con quello che Alessandro Giuliani definisce l’*ordine isonomico* del processo: dove il contraddittorio delle parti ha carattere *costitutivo* del sapere del giudice” (CAVALLONE, Bruno. Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice. In: **Rivista di Diritto Processuale**, v. LXIV, n. 4, lug./ago. 2009, p.863).

⁸⁰ MENDES, João de Castro. **Do Conceito de Prova em Processo Civil**. Op. cit. p. 611. O próprio Stein, na introdução à sua obra sobre o conhecimento privado no juiz, reconhece que a proibição do uso pelo juiz de seus conhecimentos privados vai ao encontro do princípio da imparcialidade. Refere o autor alemão que a verdadeira causa desta proibição “radica primeramente en la imposibilidad

Veja-se, entretanto, que as máximas de experiência, ainda que as considere como integrantes da ciência privada do juiz, não são de conhecimento exclusivo do julgador, mas de todos os sujeitos do processo. As máximas de experiência, a exemplo dos fatos notórios, fazem parte da ciência comum, da cultura média da coletividade social, que é própria de todos os sujeitos do processo, sendo precisamente por essa razão que elas podem ser usadas de forma livre pelo juiz no processo.⁸² As máximas de experiência, em outros termos, fazem parte do “patrimônio intelectual”.⁸³

De qualquer maneira, e até mesmo para evitar eventuais dúvidas, parece razoável, como afirma Luigi Lombardo, adotar a expressão “ciência privada” do ponto de vista negativo, ou seja, para se referir à proibição da utilização de informações privadas por parte do julgador, enquanto que, do ponto de vista positivo da “ciência privada”, ou seja, aquele que descreve o âmbito de conhecimento que pode ser usado livremente pelo juiz, é oportuno falar em “ciência oficial”.⁸⁴

Portanto, as máximas de experiência, que fazem parte da ciência oficial do julgador, são proposições obtidas indutivamente, a partir da observação daquilo que ordinariamente acontece e que, por isso mesmo, autoriza o raciocínio de que isso pode ocorrer em outro caso semelhante.

2.2 NATUREZA JURÍDICA

Não é tarefa fácil definir a natureza jurídica de uma máxima de experiência, tanto que Sergi Guash Fernández adverte: “a doutrina caracteriza” as máximas de experiência, “algumas vezes como princípios ou regras e outras como conceitos”.⁸⁵

psicológica de enjuiciar imparcialmente la própria testificación, en la incapacidad del hombre para salir de sí mismo y, aunque que sólo sea con objetividad aproximada, juzgar el valor o la carencia de valor de la propia percepción de la misma forma em que el juez há de valorar las declaraciones de los testigos teniendo en cuenta el hecho experimental de que al testificar se toma partido inconscientemente” (STEIN, Friedrich. **El Conocimiento Privado del Juez**. Op. cit. p. 04).

⁸¹ PICÓ I JUNOY, Joan. **La Imparcialidad Judicial y sus Garantías: la abstención y la recusación**. Barcelona: José María Bosch, 1998, p. 24.

⁸² LOMBARDO, Luigi. Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile. Op. cit. p. 1086-1087.

⁸³ PISTOLESE, Gennaro Roberto. **La Prova Civile per Presunzioni e le Cosiddette Massime di Esperienza**. Op. cit. p. 29.

⁸⁴ LOMBARDO, Luigi. Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile. Op. cit. p. 1087.

⁸⁵ GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit. p. 278.

Com efeito, anota-se que as máximas de experiência consistem em uma regra, justamente em razão da sua generalidade e de sua abstração.⁸⁶ Ao mesmo tempo, entretanto, certo é que elas não podem ser classificadas como meras regras de direito ou como mero fato.⁸⁷ Aliás, até mesmo o caráter de *regra geral* das máximas de experiência é criticado, como faz Gian Franco Ricci, ao mencionar que tal definição é imprópria, na medida em que, do ponto de vista lógico, o modelo das máximas não constitui leis universais, mas somente generalizações empíricas relativas à “classi aperte”, que podem, por sua vez, aproximarem-se de proposições gerais, mas que não podem ser reconduzidas a regras gerais.⁸⁸

Entretanto, há algumas definições que podem ser levadas em consideração para se ter bem clara a noção da natureza jurídica da máxima de experiência.

Em primeiro lugar, é importante destacar que as máximas de experiência são obtidas a partir de percepções e observações, e, portanto, são proposições sobre o ser (*Sein*) e não sobre o dever-ser (*Sollen*), o que efetivamente exclui, desta maneira, o pretense caráter estrito de norma jurídica,⁸⁹ ainda mais se considerarmos a ausência de vinculação normativa.⁹⁰

Mais especificamente, não se pode classificar uma máxima de experiência como uma regra propriamente jurídica. Afinal, “as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada”.⁹¹ As máximas de experiência não possuem qualquer “descrição da conduta a ser adotada”. Da mesma forma, não se pode relacioná-las com princípios, já que estes “são normas imediatamente finalísticas”, pois “estabelecem um estado ideal de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos”.⁹² As máximas, entretanto, como será visto, são instrumentais, ou seja, são instrumentos que o juiz utiliza, seja

⁸⁶ ROSITO, Francisco. **Direito Probatório**: as máximas de experiência em juízo. Op. cit. p. 83.

⁸⁷ SOBRINHO, Elício de Cresci. O juiz e as máximas de experiência. Op. cit. p. 65.

⁸⁸ RICCI, Gian Franco. Prova e argomenti di prova. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno 42, dic. 1988, p. 1096.

⁸⁹ GOTTWALD, Peter. **Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz**. Berlin: Duncker und Humblot, 1974, p. 171. Também, neste sentido, GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit. p. 507 e BOVE, Mauro. **Il Sindacato della Corte di Cassazione**: contenuto e limiti. Milano: Giuffrè, 1993, p. 204.

⁹⁰ GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit. p. 277.

⁹¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 71.

⁹² *Ibidem*.

para a valoração da prova, seja para interpretação de regras jurídicas, não sendo, por isso mesmo, finalísticas.

Analisando-as, percebe-se, porém, que elas possuem certa relação com os postulados normativos aplicativos, justamente porque estes são definidos como sendo metanormas, já que estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras.⁹³ Ou seja, os postulados normativos aplicativos “são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios”.⁹⁴

Não se quer com isso dizer que as máximas de experiência são postulados normativos aplicativos, entretanto, possuem função similar, já que, conforme será visto em tópico específico, elas também são metódicas, já que indicam ao julgador, por exemplo, como valorar determinada prova e até mesmo interpretar determinada regra jurídica, ou seja, elas prescrevem, assim como os postulados normativos aplicativos, “modos de raciocínio e de argumentação”, mas prevalentemente estruturando o raciocínio do julgador. Em outros termos, as máximas de experiências possuem função metódica, tanto em relação ao processo cognitivo do julgador como no processo interpretativo.

Em segundo lugar, o que se nota das máximas de experiência, principalmente em razão das características antes apontadas, é que elas são efetivamente juízos de fato gerais (pois possuem conteúdo fático), que são independentes dos casos concretos, oriundas da ordem normal das coisas⁹⁵, o que, contudo, não significa que as máximas sejam consideradas um fato. Afirma-se, inclusive, que “as máximas de experiência não são outras, no fundo, que leis naturais”.⁹⁶

Em terceiro lugar, o caráter da generalidade das máximas de experiência se justifica porque elas se referem, conforme Nicola Mannarino, não a casos singulares, mas a uma pluralidade de casos.⁹⁷

⁹³ Ibidem, p. 122.

⁹⁴ Idem. Op. cit. p. 168.

⁹⁵ BETTI, Emilio. Sulla prova degli atti interruttivi o estintivi della perenzione e sul suo controllo in sede di cassazione. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**, v. I, parte II, 1924, p. 256.

⁹⁶ CARNELUTTI, Francesco. Massime di esperienza e fatti notori. In: **Rivista di Diritto Processuale**, vol. XIV, anno 1959, p. 42.

⁹⁷ MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Padova: CEDAM, 2007, p. 165.

Até mesmo Michele Taruffo, o qual já afirmou que as máximas de experiência não são regras gerais⁹⁸, em um recente estudo sobre o tema, não desconsidera por completo o caráter da generalidade das máximas de experiência. Entretanto, segundo o doutrinador italiano, as generalizações válidas são essencialmente aquelas que possuem como fundamento conhecimentos cientificamente comprovados, correspondendo a leis científicas ou naturais, tal qual, por exemplo, a de que “todos os homens são mortais”.

Ao lado disso, há aquelas máximas de experiência que se fundamentam em uma “quase-generalização”, as quais se baseiam sobre enunciações de uma *tendência* e que é confirmada no plano científico com um alto grau de probabilidade. Essas máximas se baseiam em uma generalização que não é universalmente aceita, mas que pode ser praticamente equiparada a uma verdadeira generalização, mas sem desconsiderar como praticamente tolerável a margem de erro. O problema, porém, ainda segundo Michele Taruffo, é que no uso frequente, a expressão “máxima de experiência” é empregada de forma muito genérica e com um significado não preciso e muito amplo, incluindo proposições em forma de regra que não possuem qualquer fundamento “geral” ou “quase-geral”, nas formas antes delineadas. Vale dizer: de acordo com Michele Taruffo, são numerosas as máximas de experiência que não se fundam em nenhuma confirmação científica ou empírica, mas somente em uma pretensa experiência, tratando-se, por isso mesmo, de “generalizações espúrias”.⁹⁹

A crítica de Michele Taruffo não deve ser desconsiderada, pois, afinal, o autor está preocupado, antes de tudo, com a *idoneidade* das máximas de experiência¹⁰⁰, o que dá azo à fixação de critérios objetivos no uso das máximas de

⁹⁸ Em sua obra sobre a relevância da prova, Michele Taruffo sustenta que “le massime d’esperienza non sono regole generali, ma enunciano una somma di dati concreti che possono rivelarsi utili per per la conoscenza dei fatti che occorre accertare in giudizio” (TARUFFO, Michele. **Studi Sulla Rilevanza della Prova**. Op. cit. p. 208).

⁹⁹ TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle massime d’esperienza. Op. cit. p. 554-558.

¹⁰⁰ Com efeito, a crítica de Michele Taruffo no que se refere às máximas de experiência se centra especificamente no ponto referente à idoneidade das máximas de experiência, e, conseqüentemente, na controlabilidade da categoria. Por exemplo: ao mesmo tempo em que Michele Taruffo reconhece que “o senso comum está em todo o raciocínio do juiz”, afirma que o mesmo “é cambiante, heterogêneo, incerto, incoerente, histórica e localmente variável, epistemicamente dúbio e incontrolável”, sendo que “o juiz retira do senso comum informações que provêm de outras pessoas, sem ter qualquer controle sobre sua formação, qualidade e confiabilidade”, de forma que, por isso mesmo, sequer “seria possível redigir uma lista clara, coerente e completa dos componentes” do senso comum (Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Op. cit. p. 174 e 180). Aduz também que as máximas de experiência exprimem noções de senso comum que tem como único

experiência¹⁰¹. Entretanto, ao que parece, o reconhecimento, por parte de Michele Taruffo, do caráter da generalidade das máximas de experiência, se dá de forma muito restrita.

Ocorre que a *generalidade* de uma máxima de experiência decorre da possibilidade dela ser aplicada a outros casos, justamente porque possuem valor *representativo para casos novos*.¹⁰² Em outros termos: a generalidade está diretamente ligada ao valor representativo de uma máxima de experiência.

Além disso, a máxima de experiência é o resultado de uma inferência indutiva do particular ao geral que se forma com a mediação do conceito de semelhança, o qual certamente não é uma ideia particular, mas uma ideia universal ou geral que é válida. Isso implica e pressupõe que aquilo que é verdadeiro em certos casos observados é provavelmente verdadeiro também nos casos ainda não observados.¹⁰³ Some-se a isso, ainda, que a generalização de uma máxima de experiência é feita a partir da individualização do *caráter comum* dos eventos passados¹⁰⁴, o que, por óbvio, possibilita o raciocínio de que, se assim ocorreu, assim poderá ocorrer novamente em um caso semelhante no futuro. Em outros termos, a generalização decorre daquilo que ordinariamente acontece, ou seja, *id quod plerumque accidit*. Daí, portanto, de modo definitivo, a possibilidade de generalização de uma máxima de experiência.

Em suma, pois, *o que confere o caráter de generalidade da máxima de experiência é o valor representativo dela, o qual, por sua vez, é obtido a partir da semelhança ou da individualização do caráter comum dos acontecimentos que já aconteceram e que, em razão da sucessão destes acontecimentos, autoriza o raciocínio de que, se assim ocorreu, assim poderá ocorrer novamente em um caso semelhante*.

fundamento o fato de fazer parte da cultura do homem médio em certo lugar e em certo momento. Mais especificamente, as máximas de experiência, ainda segundo Michele Taruffo, frequentemente exprimem somente generalizações grosseiras, tendências genéricas, opiniões e pré-juízos difusos, em cuja base está a cultura do senso comum sem qualquer confirmação de tipo científico (**La prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 195).

¹⁰¹ Critério esse que será, mais adiante, adotado.

¹⁰² BETTI, Emilio. **Diritto Processuale Civile Italiano**. 2.ed. Roma: Società Editrice del "Foro Italiano", 1936, p. 317.

¹⁰³ MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. cit. p. 167. Francisco Rosito, igualmente apoiado em Nicola Mannarino, mas em outra obra de sua autoria, também faz essas considerações (ROSITO, Francisco. **Direito Probatório**: as máximas de experiência em juízo. Op. cit. p. 84-85).

¹⁰⁴ UBERTIS, Giulio. **La Logica del Giudizio**: il ragionamento inferenziale, i fatti notori e la scienza privata, le massime d'esperienza, il silogismo giudiziale. Disponível em: <<http://www.csm.it>>. Acesso em 30 jul. 2009, p. 05.

Pelo que se viu até aqui, exclui-se o estrito caráter de regra jurídica de uma máxima de experiência e mesmo o de fato. Na verdade, as máximas de experiência são uma terceira categoria, “um tecido conectivo entre os fatos e as normas jurídicas”¹⁰⁵, ou seja, uma zona intermediária entre o fato e o direito.¹⁰⁶ As máximas de experiência, à semelhança dos postulados normativos aplicativos, são metódicas, estruturando o raciocínio do julgador, de forma a indicar modos de aplicação de uma norma e também da valoração da prova.

2.3 ESPÉCIES DE MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA E AS QUESTÕES RELATIVAS AO TRATAMENTO PROBATÓRIO

De regra, há duas espécies de máximas de experiência: aquelas definidas como “máximas de experiência comuns” e aquelas definidas como “máximas de experiência técnicas”.

Contudo, há aqueles que não atribuem relevância à distinção das espécies de máximas de experiência. João de Castro Mendes, por exemplo, ressalta que, se estamos diante das duas características fundamentais, segundo ele, das máximas de experiência – as de serem juízos gerais e de provirem da experiência –, “estamos perante 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 comezinha”.¹⁰⁷ Também se afirma que não se pode distinguir as leis científicas das regras comuns de experiência, nem sob o ponto de vista do seu fundamento, já que fundadas no consenso das leis científicas, assim como as máximas de experiência são fundadas no consenso do homem médio; nem sob o ponto de vista do papel que são chamadas a desenvolver na inferência probatória, uma vez que, à semelhança das regras comuns de experiência, as leis

¹⁰⁵ CALAMANDREI, Piero. Massime di esperienza in Cassazione. Rigetto del ricorso a favore del ricorrente. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**, v. IV, parte II, 1927, p. 128.

¹⁰⁶ GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit. p. 278. É exatamente essa a observação de Christoph Markus Müller, o qual refere que as máximas de experiência formam um “tipo intermediário” ou “questão intermediária” (“Zwischentypus”), pois elas não são nem fato, nem norma (MÜLLER, Christoph Markus. **Anscheinsbeweis im Strafprozess**. Op. cit. p. 73).

¹⁰⁷ MENDES, João de Castro. **Do Conceito de Prova em Processo Civil**. Op. cit. p. 663.

científicas desempenham o papel de premissa maior no raciocínio do tipo silogístico.¹⁰⁸

Mas não se pode pôr em dúvida que efetivamente “há um saber apenas acessível a especialistas capazes de dominar certo conjunto de princípios e informações”, da mesma maneira que “sempre haverá uma diferença quanto aos temas técnicos, entre a noção geral e a aproximativa que o leigo tem e o conhecimento mais aprofundado do especialista”.¹⁰⁹

Leve-se em consideração, ainda, que a distinção se justifica na medida em que as máximas de experiência técnica apresentam maior objetividade do que as máximas de experiência comum, razão pela qual possuem peso maior no convencimento judicial.¹¹⁰

Além disso, o próprio artigo 335 do Código de Processo Civil impõe tal separação ao fazer menção a “regras de experiência comum” e “regras de experiência técnica”.

A prudência, portanto, reclama a distinção das espécies das máximas de experiência.

As máximas de experiência comuns são justamente aquelas que derivam do que geralmente acontece (*id quod plerumque accidit*), sendo extraídas de casos similares,¹¹¹ e que fazem parte daqueles conhecimentos que integram o patrimônio cultural comum da sociedade. Elas também se referem ao mundo físico, mas prevalentemente se relacionam com a conduta humana, e são *generalizações de ordem prática mais que intelectual e cognoscitiva e são formadas a partir do senso comum*.¹¹²

Mas isso não significa, conforme Nicola Mannarino, que nelas se insiram aquelas noções de senso comum que se referem a simples tendências da conduta humana e como tais são desprovidas de respeitável base factual, sendo resultado

¹⁰⁸ LOMBARDO, Luigi. Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile. Op. cit. p. 1089. O autor, entretanto, logo a seguir, adverte: “Ragioni sistematiche consigliano, tuttavia, di non assimilare le leggi scientifiche alle comuni regole d’esperienza nell’ambito della medesima categoria, perché il ricorso da parte del giudice alle leggi scientifiche, nella formulazione del giudizio di fatto, pone problemi del tutto peculiari e diversi rispetto a quelli che si profilano quando il giudice fa uso delle semplici regole di comune esperienza” (ibidem, p. 1090).

¹⁰⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos Notórios e Máximas de Experiência. Op. cit. p. 09.

¹¹⁰ ROSITO, Francisco. **Direito Probatório**: as máximas de experiência em juízo. Op. cit. p. 83.

¹¹¹ TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Op. cit. p. 55.

¹¹² MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. cit. p. 166.

daquilo que se acha justo, preferível ou adequado.¹¹³ Considere-se, ainda, que “essas noções possuem um elevado componente subjetivo, baseado em proposições genéricas pouco confiáveis que não asseguram conclusões acertadas”.¹¹⁴ Em suma: as máximas de experiências comuns são baseadas no senso comum, mas nem todo o senso comum é necessariamente uma máxima de experiência comum.¹¹⁵

Já as máximas de experiência técnicas são aquelas que derivam das leis científicas, do pensamento técnico-científico, ou seja, são provenientes da comunidade científica,¹¹⁶ possuindo maior exatidão e concisão científica.¹¹⁷ Elas são razoavelmente acessíveis a quem não é especializado naquelas técnicas alheias ao direito, e são certos conhecimentos técnicos ou mesmo científicos que estão ao alcance do homem médio, não dependendo de conhecimento mais profundo.¹¹⁸ Desse modo, o que deve ficar claro é que as máximas de experiência técnicas de forma alguma constituem conhecimento especializado e profundo acerca dos problemas técnico-científicos a que se referem, próprio dos especialistas. Para resumir: as máximas de experiência técnica são generalizações técnicas passíveis de apropriação pela cultura social.¹¹⁹

São exemplos de máximas de experiência técnicas o conhecimento de que a ebulição da água se dá a cem graus Celsius, ou mesmo certos postulados da matemática, como aquele de que o quadrado da hipotenusa corresponde à soma do quadrado dos catetos, bem como aqueles conhecimentos advindos da medicina, como o nexos causal entre certas atividades laborais e determinadas enfermidades.¹²⁰

¹¹³ *Ibidem*, p. 169. Nicola Mannarino utiliza como exemplo noções do senso comum como aquele que não chora não está machucado, aquele que foge é culpado, aquele que fica ruborizado mente, etc. (*Ibidem*).

¹¹⁴ ROSITO, Francisco. **Direito Probatório**: as máximas de experiência em juízo. Op. cit. p. 169.

¹¹⁵ Conforme Michele Taruffo, “il concetto di massima d’esperienza non coincide con il concetto di senso comune o con quello di cultura media, ma è molto più limitato” (TARUFFO, Michele. *Considerazioni sulle massime d’esperienza*. Op. cit. p. 553).

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. Op. cit. p. 142 e 148.

¹¹⁷ HENKE, Horst-Eberhard. **La Cuestion de Hecho**: el concepto indeterminado em el derecho civil y su casacionabilidad. Trad. de Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1979, p. 96.

¹¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. III, Op. cit. p. 122-123.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 341.

¹²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. III, Op. cit. p. 123.

Anote-se que, de regra, não há qualquer vedação para que o juiz se utilize de ofício destas máximas de experiências, sejam elas comuns, sejam elas técnicas.¹²¹ Afinal, como já se adiantou brevemente, elas possuem função instrumental e, como tais, podem ser utilizadas pelo julgador independentemente da alegação das partes a respeito,¹²² ainda mais se considerarmos que as máximas de experiência constituem-se como “meio” e não como objeto da cognição do juiz.¹²³

Da mesma maneira, as máximas de experiência não são objeto de prova,¹²⁴ ou seja, independem dela.

Referentemente às máximas de experiência comum, isso não gera maiores dificuldades, na medida em que elas são produto, como já se afirmou tantas vezes ao longo deste trabalho, da observação daquilo que ordinariamente acontece.

Já no que se refere às máximas de experiência técnica, a facilidade não é a mesma. O artigo 335 do Código de CPC parece apontar neste sentido: preceitua o citado artigo que, em falta de normas jurídicas particulares, o magistrado “aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”; ou seja, o nosso CPC impõe exceção em relação à necessidade de prova quando se trata das máximas de experiência técnica, e não das máximas de experiência comum.

Assim, questiona-se: quando é que será necessária a perícia técnica? Quando é que, afinal, o julgador não mais está diante de uma máxima de experiência técnica, necessitando, portanto, de conhecimento especializado a respeito de um fato?

Ora, “os conhecimentos técnico-científicos que o juiz deve aplicar para presumir não vão, contudo, além daqueles do domínio-comum, sendo esse um limite ao poder-dever de presumir”.¹²⁵ Recorde-se que as máximas de experiência, em seu sentido amplo, possuem como característica serem um juízo geral, além de fazerem parte do patrimônio cultural. Dessa forma, antes de tudo, as máximas de experiência

¹²¹ Conforme Vittorio Denti, “in tutti gli ordinamenti, con formule e precetti diversi, viene riconosciuto al giudice il potere di far ricorso d’ufficio alle nozioni di comune esperienza” (DENTI, Vittorio. *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*. Op. cit. p. 422).

¹²² PAVANINI, Giovanni. *Massime di esperienza e fatti notori in corte di cassazione*. Op. cit. p. 249.

¹²³ MAZZARELLA, Giuseppe. *Appunti sul fatto notorio*. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**, v.XI, parte II, 1934, p. 67.

¹²⁴ CARNELUTTI, Francesco. **La Prova Civile**. Op. cit. p. 122.

¹²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. III. Op. cit. p. 123.

técnica assim devem ser, ou seja, elas devem ser um juízo de caráter geral e também estarem ao alcance do homem médio; devem as máximas de experiência técnica pertencer ao patrimônio da experiência comum, o que dispensa a possibilidade de seu controle sem a utilização de conhecimento especializado.¹²⁶

Caso contrário, ou seja, se o julgador não está habilitado a alcançar com os meios probatórios extraprocessuais a certeza da existência de uma máxima de experiência, porque parte de um ramo do saber que requer, para o seu conhecimento, uma profunda especialização técnica, deve o juiz se utilizar dos meios instrutórios cabíveis,¹²⁷ notadamente a prova científica ou técnica, o que se dá até mesmo em respeito ao princípio do contraditório, já que isso possibilita que em todos os momentos em que o juiz utilizar uma lei científica no processo ocorra o controle eficaz e a contribuição das partes.¹²⁸

A prova pericial, que sabidamente é reclamada pelo juiz e pelas partes quando há a necessidade da compreensão de um fato mediante a utilização de conhecimento técnico especializado de outrem,¹²⁹ possui como característica geral justamente a sua formação em contraditório, até mesmo porque o diálogo com o perito se mostra um “elemento essencial” para a correta formação deste tipo de prova.¹³⁰ Em suma, pois, *havendo necessidade de conhecimento técnico que não*

¹²⁶ DENTI, Vittorio. *Scientificità della Prova e Libera Valutazione del Giudice*. Op. cit. p. 422. Francisco Rosito muito bem resume essa ideia: “mesmo quando se trate de máxima de experiência técnica ou científica, não se exige a produção de prova para que o juiz possa conhecê-la ou aplicá-la. A prova somente será necessária quando se tratar de regra técnica ou científica que não seja do domínio da cultura média, quer pela sua complexidade, quer pela sua novidade” (ROSITO, Francisco. **Direito Probatório**: as máximas de experiência em juízo. Op. cit. p. 107). Também mais ou menos neste sentido é o que refere Luigi Lombardo: “La cultura non giuridica di tale giudice è, dunque, sempre quella dell’uomo medio, scaturisce cioè dalla comune esperienza; tanto è vero che egli, ogni qual volta deve servirsi di particolari conoscenze tecniche o scientifiche, è tenuto a ricorrere, e ricorre, come ogni altro giudice, all’ausilio dei consulenti tecnici” (LOMBARDO, Luigi. *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*. Op. cit. p. 1094).

¹²⁷ MAZZARELLA, Giuseppe. *Appunti sul fatto notorio*. Op. cit. p. 67.

¹²⁸ LOMBARDO, Luigi. *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*. Op. cit. p. 1094.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**. Op. cit. p. 402.

¹³⁰ DENTI, Vittorio. *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*. Op. cit. p. 436. A necessidade de um contraditório efetivo na formação da prova científica, e mais especificamente na perícia judicial, possui extrema importância. Como bem destaca Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, há uma crescente interferência da ciência na investigação dos fatos, cujas informações só podem ser apreendidas na sua completude por pessoas dotadas de conhecimentos especializados. Por conseguinte, surge o temor de que o órgão judicial, em alguma medida, transfira seu poder de julgar a estranhos que não possuem legitimação política para tanto, sobretudo em nosso sistema jurídico, no qual o perito oficial é nomeado pelo juiz e em que há uma supervalorização de seu trabalho (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Problemas atuais da livre apreciação da prova*. Op. cit. p. 56-57). Daí a importância do contraditório no tópico, na medida em que para que tudo isso não

possui as características próprias das máximas de experiência, como a generalidade e a de estarem ao alcance do homem médio, mostra-se necessária a prova técnica ou científica.

Aqui também há um fator que não pode passar despercebido: Giovanni Canzio, referindo-se à jurisprudência italiana, lembra que está se consolidando orientação de que compete ao julgador a tarefa de verificar com rigor a validade científica dos critérios e dos métodos de investigação utilizados pelo perito, quando estes são novos e que, portanto, ainda não foram submetidos ao crivo de uma pluralidade de casos, bem como ao reiterado confronto crítico entre os *experts*, de modo que não se pode considerar que tais métodos foram incorporados ao patrimônio da comunidade científica.¹³¹

Aliás, foi exatamente isso o que ficou decidido em caso julgado pela Corte de Cassação italiana, quando, com base neste princípio, acabou-se por anular, por vício na motivação, decisão que fez juízo com base em prova técnica – executada com método computadorizado – que identificava as faces dos autores de um assalto, por meio de uma câmera de circuito fechado. Observou-se, na oportunidade, que a opinião técnica se baseava sobre hipóteses científicas ainda não suficientemente verificadas e controladas, sem se efetuar uma verificação aprofundada da nova metodologia.¹³²

A preocupação com a credibilidade da prova técnica, porém, não se limita à Itália. Também nos Estados Unidos há um famoso julgado, no qual se identifica a preocupação com os critérios científicos adotados para a averiguação dos fatos. Trata-se do caso *Frye v. US*, oriundo do ano de 1923, julgado pelo *Circuit Court of Appeals* de Columbia. Neste caso, questionou-se a admissibilidade da prova apresentada pelo réu, uma *expert witness* que opinou acerca dos resultados do uso

ocorra, deve haver efetivamente a garantia do contraditório. Ora, a própria proibição da utilização da ciência privada do julgador impõe a observação do contraditório na utilização das leis científicas. Consequentemente, sempre que for necessário ao julgador fazer uso de cognições técnico-científicas, deve o juiz recorrer necessariamente, por exemplo, à perícia técnica. Da mesma forma, é essencial a possibilidade das partes contribuírem com a formulação de quesitos, de participarem do desenvolvimento da atividade pericial, diretamente ou até mesmo por meio de assistentes técnicos, formulando observações. Enfim, devem as partes discutir a valoração dos resultados da prova técnica. Em outros termos, é por meio do contraditório que as partes podem contribuir com a elaboração da prova técnica (LOMBARDO, Luigi. Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile. Op. cit. p. 1117-1119).

¹³¹ CANZIO, Giovanni. **Prova Scientifica, Ricerca della “Verità” e Decisione Giudiziaria nel Processo Penale**. Disponível em: <<http://www.csm.it>>. Acesso em 22 set. 2010, p. 08.

¹³² Cass. Sez. II, sentenza n. 2751 del 16/04/97.

de uma espécie de máquina da verdade a que fora submetido o demandado. Na oportunidade, firmou-se o entendimento de que a teoria apresentada pela *expert witness* não poderia ser aceita pela Corte, na medida em que ainda não tinha obtido notoriedade e reconhecimento científico entre *physiological and psychological authorities*. Isso porque os dados sobre os quais é feita a dedução devem estar suficientemente estabelecidos para ganhar aceitação geral no específico campo científico a que pertence.¹³³ Ou seja, o que conta para a admissibilidade de uma *expert witness* é o *juízo geral de validade por parte da comunidade científica*.¹³⁴

Já no ano de 1993 foi julgado pela Suprema Corte norte-americana o caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* Neste caso, alegava-se que o medicamento comercializado (*Bendectin*) pela ré e utilizado por gestantes teria causado danos aos recém-nascidos.

Na oportunidade, *Justice Blackmun* sustentou a superabilidade do *Frye standard*, sobretudo em razão da *Rule 702 da Federal Rule of Evidence*,¹³⁵ ou seja, para fins de admissibilidade de prova científica, seria prescindível analisar unicamente se ela possui o juízo de validade geral por parte da comunidade científica, o que não significa, porém, ausência de critérios para a admissibilidade de uma prova científica. Deste modo, a partir da *Rule 702*, *Justice Blackmun* observou que tais provas não podem ser apenas relevantes, mas também confiáveis. Além disso, deve-se exigir um “conhecimento científico”, no sentido de que deve haver um fundamento nos métodos e procedimentos científicos. Daí porque o “conhecimento científico” (*scientific knowledge*) estabelece um *standard de confiabilidade probatória*. Outrossim, outro critério a ser observado nestes casos é o de que a prova deve ter uma “conexão válida” com os fatos da causa como pré-condição de admissibilidade da prova científica. Ou seja, deve o julgador avaliar “se o raciocínio ou a metodologia” da prova científica “é cientificamente válido e se esse raciocínio ou metodologia subjacente” a esta prova “pode ser aplicado aos fatos em questão”. Por isso que, para fins de admissibilidade, “o foco” do julgador “deve ser

¹³³ 203 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).

¹³⁴ Essa observação é feita por CANZIO, Giovanni. **Prova Scientifica, Ricerca della “Verità” e Decisione Giudiziaria nel Processo Penale**. Op. cit. p. 04.

¹³⁵ Rule 702 – “If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise”.

exclusivamente sobre os princípios e a metodologia, e não sobre as conclusões” de uma prova científica.¹³⁶

Concretamente, *Justice* Blackmun considerou que “a questão chave a ser respondida a fim de se determinar se uma teoria ou técnica é” efetivamente um “conhecimento científico” é se os métodos “podem ser (e foram) testados”; que a publicação “*in a peer reviewed journal*” é “relevante”; que “a Corte ordinariamente deve considerar o conhecido ou potencial de erro” da técnica científica e que, por fim, a aceitação geral pode ser um importante fator de admissibilidade de uma prova técnica.

De forma sistemática, portanto, pode-se apontar que a Suprema Corte definiu que o juiz deveria levar em conta, para fins de admissibilidade de uma prova científica, (1) se a teoria ou a técnica pode ser ou foi testada, (2) se foi submetida a uma *peer review* ou publicação, (3) se é conhecida a margem ou potencial de erro, (4) se há a existência de controle sobre tais técnicas ou metodologias (existência de *standards* de aplicação) e (5) se há aceitação bem difundida por parte da comunidade científica.¹³⁷

Estes três casos bem demonstram a preocupação que se tem com a influência da ciência (mais especificamente das provas científicas) no contexto de apuração dos fatos. Mostra, também, a preocupação em que não seja fornecida ao juiz uma ciência má (*junk science*).¹³⁸

Assim, em um conhecimento que ultrapassa a simples noção de “máximas de experiência técnica” deve o julgador ser prudente, sobretudo em relação à admissibilidade de prova técnica, levando-se em conta, principalmente, como critério, *a credibilidade e a aceitação da metodologia e do procedimento empregado pelo expert, não prescindindo, para tanto, como já demonstrado, do contraditório.*

Isso tudo leva, por fim, a outra conclusão: se o julgador entender que a perícia não foi suficiente para a averiguação do fato, deve ele determinar a realização de uma nova perícia, não podendo, no caso, recorrer a uma máxima de experiência técnica. Afinal, se previamente o juiz do processo já havia determinado a realização de uma perícia, certamente assim ocorreu porque a lei científica a ser

¹³⁶ 509 U.S. 579 (1993).

¹³⁷ CANZIO, Giovanni. **Prova Scientifica, Ricerca della “Verità” e Decisione Giudiziaria nel Processo Penale.** Op. cit. p. 04.

¹³⁸ TARUFFO, Michele. Senso Comum, experiência e ciência do raciocínio do juiz. Op. cit. p.194.

aplicada não fazia parte da cultura média. Portanto, não pode posteriormente o juiz fazer uso de uma máxima de experiência técnica e, em respeito ao contraditório, o julgador, repete-se, deve determinar, então, a realização de uma nova prova técnica.¹³⁹ Neste sentido, inclusive, é a redação do art. 437 do CPC, o qual autoriza o juiz determinar, “de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida”.

Aliás, a compreensão do art. 335 do CPC, sobretudo em relação às máximas de experiência técnica e à prova técnica, vai além: como destaca Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “não é lícito ao juiz desconhecer as conquistas da ciência”, de forma que “constitui agir arbitrário ignorar a lei da gravidade, ou da oferta e da procura, ou declarar pai quem não pode sê-lo, por exame de DNA, cujo resultado de exclusão da paternidade leva a certeza e não probabilidade”, sob pena de ofensa justamente ao art. 335 do CPC.¹⁴⁰

Por fim, o fato de as máximas de experiência, de uma forma geral, não dependerem de prova não quer dizer que não se pode afastá-las, oferecendo prova em sentido contrário,¹⁴¹ uma vez que, conforme já foi dito, as máximas de experiência não possuem incontestabilidade absoluta, além de ser ligadas a um juízo de probabilidade.

¹³⁹ Sobre o ponto, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “é cediço que 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.’ Todavia, não menos certo é que as regras de experiência não podem ser aplicadas pelo julgador quando a solução da lide demandar conhecimentos técnicos sobre o tema (...) Consectariamente, acaso o juiz entendesse pelo desacerto do laudo pericial oficial que fixou a indenização devida aos demandantes ante a imposição de limitação administrativa que considerou a área de que são titulares do domínio como *non aedificandi*, caberia a ele determinar a realização de nova perícia” (STJ, REsp 750.988/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/08/2006, DJ 25/09/2006 p. 236).

¹⁴⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Sentença Arbitrária**. Porto Alegre, 2011, p. 12. Ensaio ainda inédito, lido no original e cedido gentilmente pelo autor.

¹⁴¹ KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Op. cit. p. 71.

2.4 MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA E CATEGORIAS AFINS

2.4.1 Máximas de experiência e fato notório

O fato notório é aquele cujo conhecimento faz parte da cultura normal própria de um determinado círculo social na qual ocorre a decisão judicial.¹⁴² De uma forma mais ampla, podem ser considerados como fatos notórios aqueles fatos da vida social, humana ou natural, que em determinadas condições de tempo, lugar e também ambiental, são conhecidos ou podem ser conhecidos por todos.¹⁴³

Diante dessa definição, não há como deixar de reconhecer certa similitude entre as máximas de experiência e os fatos notórios. Com efeito, tanto as máximas de experiência quanto os fatos notórios fazem parte do patrimônio de noções que são aceitas em um determinado grupo social, o que pode ser definido como cultura em sentido lato, a qual, por sua vez, compreende não somente as noções que são aprendidas na escola e que representam o resultado de um estudo científico mais ou menos aprofundado, mas também todo aquele complexo de conhecimento empírico, extraídos da experiência ou da tradição, que qualquer homem que vive em sociedade possui em razão de fazer parte de um determinado grupo de pessoas.¹⁴⁴

Além disso, assim como as máximas de experiência, os fatos notórios prescindem de prova.¹⁴⁵ A propósito, isso é uma manifestação do princípio da economia processual: o que o juiz já sabe, como os fatos notórios e as máximas de experiência, não precisa ser provado.¹⁴⁶

Mas há entre estas duas categorias diferenças que não podem passar despercebidas. A primeira delas deriva da própria conceituação das máximas de experiências: estas são juízos hipotéticos de conteúdo geral, que têm como origem os diversos ramos da ciência ou mesmo as simples observações da vida quotidiana;

¹⁴² CALAMANDREI, Piero. Per la definizione del fatto notorio. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**, v. II, parte I, 1925, p. 298.

¹⁴³ PISTOLESE, Gennaro Roberto. **La Prova Civile per Presunzioni e le Cosiddette Massime di Esperienza**. Op. cit. p. 62.

¹⁴⁴ CALAMANDREI, Piero. Per la Definizione del Fatto Notorio. Op. cit, p. 293.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 292. Também, neste sentido, BAGGIO, Lucas Pereira. O artigo 335 do Código de Processo Civil à luz da categoria das máximas de experiência. In: KNIJNIK, Danilo Danilo (Coord.). **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 191.

¹⁴⁶ WALTER, Gerhard. **La Libre Apreciación de la Prueba** (investigación acerca del significado, las condiciones y limites del libre convencimiento judicial). Traduzido por Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985, p. 314.

por outro lado, os fatos notórios são fatos singulares que se enunciam de forma particular e circunscrita.¹⁴⁷ Ou seja, para se dizer o básico a respeito, as máximas de experiência são conhecimentos gerais e abstratos, independentes do caso concreto, enquanto que os fatos notórios são acontecimentos individuais e concretos.¹⁴⁸

Outra distinção que pode ser feita é que para o fato notório “o que tem importância é o próprio fato em sua existência objetiva”, situando-se, “por isso, no passado”, enquanto que para as máximas de experiência “a objetividade concreta e singular tende a desaparecer na generalização lógica destinada a produzir juízos universais, sendo que “por isso, valem para o futuro”.¹⁴⁹

As diferenças entre máximas de experiência e fatos notórios não cessam por aí. Lembre-se que as máximas de experiência estão ligadas a um juízo de probabilidade e admitem prova em contrário. Os fatos notórios, porém, dão segurança absoluta, já que são fatos certos, indiscutíveis e efetivamente ocorreram.¹⁵⁰

Note-se, assim, que os conceitos das máximas de experiência e dos fatos notórios estão baseados sobre princípios diversos: enquanto um é fundado na *experiência* prática daquilo que normalmente acontece, o outro é baseado no conhecimento geral de um fato específico. Além disso, alcançam propósitos diferentes: as máximas de experiência geram uma presunção (probabilidade) e são suscetíveis de prova em contrário, enquanto que os fatos notórios, como já anotado, conferem uma certeza absoluta acerca da ocorrência de determinado fato.¹⁵¹

Apesar dessa “certeza absoluta”, conferida pelo fato notório, a notoriedade do fato é relativa, já que não existem fatos notórios a todos os homens sem limitação de tempo e espaço. Essa é a razão pela qual só se pode falar de fatos notórios em relação a um determinado círculo social,¹⁵² tanto que o julgador, para considerar um

¹⁴⁷ ALLORIO, Enrico. Osservazioni sul fatto notorio. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**, v. XI, parte II, 1934, p. 12-13.

¹⁴⁸ LOMBARDO, Luigi. Prova Scientifica e Osservanza del Contraddittorio nel Processo Civile. Op. cit. p. 1084-1085. Também neste sentido é o ensinamento de BETTI, Emilio. **Diritto Processuale Civile Italiano**. Op. cit. p. 318.

¹⁴⁹ CARNELLI, Lorenzo. **O Fato Notório**. Traduzido por Érico Maciel. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957, p.134.

¹⁵⁰ PISTOLESE, Gennaro Roberto. **La Prova Civile per Presunzioni e le Cosiddette Massime di Esperienza**. Op. cit. p. 62.

¹⁵¹ Ibidem, p. 62.

¹⁵² CALAMANDREI, Piero. Per la definizione del fatto notorio. Op. cit. p. 296. Anotam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que “o fato notório não precisa ser do conhecimento de todos aqueles que vivem no país em que o juiz exerce jurisdição, bastando que seja conhecido por aqueles que estão na

fato como sendo notório deve levar em consideração aqueles conhecimentos que ele pode, senão atualmente, de modo potencial possuir, bastando, para tanto, uma rápida averiguação a respeito.¹⁵³

2.4.2 Máximas de experiência e o notório judicial

Além do fato notório propriamente dito, é importante referir que há autores que classificam os fatos notórios em “fatos de conhecimento geral” (“Allgemeinkundige Tatsachen”) – que são aqueles que foram acima analisados - e os “fatos de conhecimento judicial” (“Gerichtskundige Tatsachen”).¹⁵⁴

Esses “fatos de conhecimento judicial” ou, de maneira mais simples, o “notório judicial”, refere-se ao fato que o juiz conhece em razão de sua pública função. A nota diferencial a respeito destes fatos é que o seu conhecimento, ainda que privado, é adquirido pelo juiz na órbita de suas funções,¹⁵⁵ ou seja, no notório judicial o juiz tem conhecimento dos fatos em razão da sua atividade profissional ou até mesmo dos processos anteriores que ele conheceu jurisdicionalmente.¹⁵⁶

região em que o fato teria ocorrido” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**. Op. cit. p. 339).

¹⁵³ ALLORIO, Enrico. Osservazioni sul fatto notorio. Op. cit. p. 16.

¹⁵⁴ Essa é, por exemplo, a classificação feita por STEIN, Friedrich; JONAS, Martin; SCHÖNKE, Adolf. **Kommentar zur Zivilprozessordnung** (begründet von Ludwig Gaupp), 19.ed. Tübingen: J.C.B Mohr, 1964, v. I, p. 1186-1187, bem como por GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Traduzido por Leonardo Prieto Castro. Madrid: Labor, 1936, p. 259 e por GOTTWALD, Peter. **Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz**. Op. cit. p. 215-218. Destaca-se, a propósito, § 291 da ZPO, segundo o qual “Fatos, que são notórios para o tribunal, não necessitam de provas” (no original: “Tatsachen, die bei dem Gericht offenkundig sind, bedürfen keines Beweises). Veja-se que a redação deste artigo justifica, no nosso entendimento, a divisão dos fatos notórios em “fatos de conhecimento geral” e em “fatos de conhecimento judicial”, pelo menos no âmbito do sistema processual alemão. Isso porque resta claro que, segundo tal ordenamento, os fatos que são notórios judicialmente não necessitam de prova. E os fatos que são notórios judicialmente podem ser, evidentemente, tanto aqueles de conhecimento geral, como aqueles de conhecimento oficial. Destaca-se, também, que o direito português procede a esta diferenciação, o que, inclusive, encontra-se de forma expressa no art. 514 do Código de Processo Civil português, segundo o qual: “1. Não carecem de prova nem de alegação os factos notórios, devendo considerar-se como tais os factos que são do conhecimento geral; 2. Também não carecem de alegação os factos de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções; quando o tribunal se socorra destes factos, deve fazer juntar ao processo documento que os comprove”.

¹⁵⁵ A observação é de CARNELLI, Lorenzo. **O Fato Notório**. Op. cit. p. 99. Registre-se, porém, que o autor refere-se ao notório judicial como “fatos de notoriedade oficial”. Também, neste sentido, AMARAL SANTOS, Moacyr. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1970, v. I, p. 158-159.

¹⁵⁶ AROCA, Juan Montero. **La Prueba en el Proceso Civil**. 5.ed. Madrid: Thomson civitas, 2007, p.93. Francisco Rosito, porém, põe em dúvida a necessidade de se referir ao “notório judicial”. Segundo ele, “a maioria dos processualistas não incluem, na noção de notoriedade, os fatos conhecidos pelo juiz em virtude de suas funções. Isso porque é muito difícil distinguir o conhecimento

Assim, por exemplo, em julgado oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, entendeu-se que “sabendo o juiz da causa, pelo estudo de diversos processos envolvendo a executada, que, quando da alienação do veículo constrito o cidadão de quem o ora agravante, por sua vez, o comprou, já corriam contra a referida executada diversas reclamações capazes de levá-la à insolvência, pode levar tal fato em consideração para o efeito de rejeitar os embargos de terceiro”.¹⁵⁷

Da mesma forma, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região já asseverou que, “sendo fato notório ao Juízo da execução que a principal devedora está em lugar incerto e não sabido”, bem como “que não foram localizados bens dos sócios passíveis de penhora, conhecimento esse que decorre de outras ações contra a mesma parte que tramitam perante o mesmo órgão jurisdicional”, é “correto o redirecionamento da execução contra as devedoras subsidiárias, ainda que não esgotados, neste processo, todos os atos executórios contra a devedora principal”.¹⁵⁸

Nota-se que a princípio a diferenciação feita a respeito dos fatos notórios (de caráter geral) em relação às máximas de experiência é aqui aplicável. Afinal, o notório judicial, assim como o fato notório de caráter geral, também é um fato puramente individual.¹⁵⁹

Além disso, da mesma forma que o notório geral, o “notório judicial” igualmente atende antes de tudo a exigência da economia processual, pois (repete-se o que já fora dito anteriormente) aquilo que o juiz já sabe, não necessita ser provado.¹⁶⁰

peçoal do juiz da chamada notoriedade judicial, na medida em que tais fatos não são conhecidos pelas partes ou pelos seus procuradores, o que inviabiliza o debate inerente à ampla defesa e ao contraditório (ROSITO, Franciso. **Direito Probatório**: as máximas de experiência em juízo. Op. cit. p.93).

¹⁵⁷ TRT3, AP – 2874/99, Rel. convocado Luis Felipe Lopes Boson, Terceira Turma, publicado em 09/11/99.

¹⁵⁸ TRT4, Agravo de Petição 0027900-36.1999.5.04.0221 (AP), Rel. Juraci Galvão Júnior, Segunda Turma, julgado em 18/01/2006.

¹⁵⁹ STEIN, Friedrich. **El Conocimiento Privado del Juez**. Op. cit. p. 152.

¹⁶⁰ A observação é de WALTER, Gerhard. **La Libre Apreciación de la Prueba** (investigación acerca del significado, las condiciones y limites del libre convencimiento judicial). Op. cit. p. 314. Peter Gottwald, ao analisar o § 291 da ZPO igualmente aponta que tal dispositivo legal dá a entender que aquilo que o juiz já sabe não precisa ser provado (GOTTWALD, Peter. **Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz**. Op. cit. p. 218). Note-se, porém, que a observação feita por Gerhard Walter a respeito se refere ao notório em sentido amplo, uma vez que, segundo o autor, a redação do § 291 da ZPO (sobre a redação de tal artigo, ver nota de rodapé 154), por si só, possui razão de economia processual (não foi por menos, aliás, que neste trabalho, ao se tratar acerca das máximas de experiência e os fatos notórios de caráter geral em relação à economia processual, citou-se o mesmo autor, na mesma parte - ver nota de rodapé 146). Daí porque, conforme Gerhard Walter, carece de

Acontece que o notório judicial reclama mais prudência. Afinal, o notório judicial, diferentemente do notório de caráter geral, não é ou não pode ser conhecido por todos, já que tal conhecimento se dá no âmbito judicial, isto é, ele é de conhecimento *apenas* do tribunal, ou, mais especificamente, somente do julgador.¹⁶¹

Observe-se, portanto, o ponto: a princípio, não há distinção entre o fato notório de caráter geral e o notório judicial. A única diferença (mas que é de extrema relevância), entretanto, é o âmbito no qual se produz o conhecimento: evidentemente que o fato notório de caráter geral possui um âmbito de conhecimento bem maior que o notório judicial.¹⁶²

Por isso que, no nosso entendimento, exsurge a necessidade dele ser submetido a um efetivo contraditório,¹⁶³ máxime se levarmos em consideração que, conceitualmente, o notório judicial pode ser conhecido *somente* pelo juiz.

2.4.3 Máximas de experiência e presunções

A presunção, de um modo geral, tem com o fato uma ligação do tipo argumentativo, no qual o indício é a sua fonte. Concretamente, a presunção é uma ilação probatória na qual se recorre a uma particular forma de raciocínio, partindo-se de um suposto fato como conhecido para se chegar a um fato desconhecido.¹⁶⁴ Em outras palavras, tomando-se como ponto de partida a convicção da ocorrência de determinado fato, infere-se, por dedução lógica, a existência de outro fato.¹⁶⁵ Diante

interesse prático diferenciar entre o que é conhecido pela generalidade e o que é conhecido pelo tribunal (Op. cit. p. 309). Deste modo, interessante é que, embora o autor, pelo que se viu, despreze a divisão entre o notório geral e o notório jurídico, ao mesmo tempo ele não desconsidera a existência desta categoria. A diferença, porém, é que Gerhard Walter procede a um tratamento unitário a respeito.

¹⁶¹ STEIN, Friedrich; JONAS, Martin; SCHÖNKE, Adolf. **Kommentar zur Zivilprozessordnung**. Op. cit. p. 1187.

¹⁶² AROCA, Juan Montero. **La Prueba en el Proceso Civil**. Op. cit. p. 94.

¹⁶³ GOTTWALD, Peter. **Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz**. Op. cit. p. 217, muito embora o autor faça referência à necessidade do contraditório quanto ao tópico no âmbito do Tribunal de Revisão (*Revisionsgericht*).

¹⁶⁴ ROSONI, Isabella. **Quae singula non prosunt collecta iuvant**: la teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna. Op. cit. p. 99-101. Também é neste sentido o posicionamento de Francesco Carnelutti, o qual afirma que as *fontes de presunção* são os fatos que servem para a dedução do fato a ser provado e que não estão constituídos pela representação deste (CARNELUTTI, Francesco. **La Prova Civile**. Op. cit. p. 107).

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. Op. cit. 131.

disso, é fácil concluir que a presunção, em suma, é a reunião de muitas suposições.¹⁶⁶

Por conseguinte, nota-se também que a presunção demanda a ideia do provável, sendo “uma argumentação que se move através dos diversos terrenos da dúvida, do verossímil, do senso comum, do *id quod plerumque accidit*”.¹⁶⁷ E essa probabilidade tem por fundamento justamente um princípio que deriva da ordem natural das coisas, ou seja, daquilo que geralmente acontece.¹⁶⁸

Há dois tipos de presunções: a legal, que por sua vez é dividida em presunções relativas ou *iuris tantum* e em presunções absolutas ou *iuris et de iure*; e as presunções simples, também definidas como *praesumptiones hominis*.¹⁶⁹

A presunção legal também é consequência extraída de um fato conhecido com base no que ordinariamente acontece. Ocorre que enquanto na presunção comum, conforme será visto logo a seguir, é o juiz quem faz o raciocínio e estabelece a presunção, na legal o juiz se substitui pela lei, ou seja, é a própria lei que faz o raciocínio e estabelece a presunção.¹⁷⁰ Ou seja, a presunção legal, pela sua própria natureza tem a sua fonte na lei, e por isso mesmo é bem limitada.¹⁷¹ Entende-se, assim, porque a presunção legal dispensa a prova em relação àqueles em cujo benefício funciona.¹⁷² O Código de Processo Civil, em seu art. 334, IV, deixa isso bem claro ao preceituar que não dependem de prova os fatos “em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

¹⁶⁶ ROSONI, Isabella. **Quae singula non prosunt collecta iuvant**: la teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna. Op. cit. p. 101.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 102. Conforme Alessandro Giuliani, “La teoria delle presunzioni, in quanto logica dell'indagine, ci permette di esplorare i vari punti di vista e di aderire col nostro assenso alla verità più probabile: e la presunzione stessa è una prova, che parte dal ‘verosimile’ o dai ‘segni’” (GIULIANI, Alessandro. **Il Concetto di Prova**: contributo alla logica giuridica. Milano: Giuffrè, 1971, p. 166).

¹⁶⁸ AMARAL SANTOS, Moacyr. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 1968, v. 5, p. 409.

¹⁶⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los Hechos en el Derecho**: bases argumentales de la prueba. Op. cit. p. 123.

¹⁷⁰ AMARAL SANTOS, Moacyr. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**, v. V. Op. cit. p. 423. Conforme exemplifica Giovanna Fabbrini, “Quando l'apprezzamento del nesso di inferenza tra il fatto A e il fatto B è compiuto dal legislatore e si è esplicitato in una norma che obbliga il giudice a ritenere esistente il fatto B ogni volta che abbia raggiunto la certezza del fatto A, siamo in presenza di presunzioni legali; quando invece è il giudice che, fuori dalle ipotesi normativamente espresse e nei limiti di utilizzazione della prova testimoniale, riscontri collegamenti logici sufficienti per affermare l'esistenza del fatto B dalla conoscenza del fatto A, ci si muove nel campo delle presunzioni semplici” (TOMBARI, Giovanna Fabbrini. Note in tema di presunzioni legali. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procesura Civile**, anno XLV, n. 3, set. 1991, p. 918).

¹⁷¹ ROSONI, Isabella. **Quae Singula non Prosunt Collecta Iuvant**: la teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna. Op. cit. p. 159.

¹⁷² GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los Hechos en el Derecho**: bases argumentales de la prueba. Op. cit. p. 123.

Note-se, a propósito, que as presunções legais absolutas não admitem prova em contrário, ao passo que as presunções relativas admitem.¹⁷³ Neste contexto, a presunção absoluta é pura disposição legal, no qual o fato presumido se identifica totalmente como *fonte de eficácia jurídica* com o fato indiciário.¹⁷⁴ Na presunção relativa, por seu turno, a vontade do legislador de favorecer determinados sujeitos ou situações jurídicas se fundamenta em uma modificação-simplificação da estrutura da *fattispecie* que se *tornará objeto de prova*.¹⁷⁵

Assim, é nítido que a possibilidade de prova contrária se põe como elemento de distinção entre a presunção legal absoluta e a relativa.¹⁷⁶ Outra diferença é que a presunção absoluta, justamente por não admitir prova em contrário, possui um caráter de verdade maior (o qual, porém, é bom assinalar, provém da vontade do legislador), enquanto que a relativa possui uma certeza menor que a absoluta, assim como é menor a sua irrefutabilidade, possuindo, mesmo assim, um alto grau de probabilidade, sujeita, todavia, a ser anulada por uma prova contrária.¹⁷⁷ Mas é bom ressaltar que mesmo as presunções absolutas são baseadas em uma probabilidade. Afinal, “nenhuma presunção apóia-se em juízo absoluto de certeza”. O que ocorre nestas presunções é que o legislador “onde sente que é maior a probabilidade de uma relação constante”, acaba por estabelecê-las.¹⁷⁸ Aliás, o que autoriza o legislador a instituir as presunções é justamente o juízo de probabilidade, o qual, para tanto, baseia-se no conhecimento de que no desenvolvimento das coisas do mundo e das relações entre as pessoas há fatos que são ordinariamente indicativos da ocorrência de outros fatos.¹⁷⁹

Nas presunções simples, como já se adiantou brevemente, as coisas se passam de modo diferente. Ora, enquanto que nas presunções legais o fundamento da conclusão presumida é uma norma jurídica, nas presunções simples tal se dá, sobretudo, com o uso das máximas de experiência.¹⁸⁰ Nelas, portanto, é o julgador

¹⁷³ AMARAL DOS SANTOS, Moacyr. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**, v. 5. Op. cit. p. 414.

¹⁷⁴ TOMBARI, Giovanna Fabbrini. Note in tema di presunzioni legali. Op. cit. p. 921 e 923.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 925.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 919.

¹⁷⁷ ROSONI, Isabella. **Quae Singula non Prosunt Collecta Iuvant**: la teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna. Op. cit. p. 159.

¹⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. III. Op. cit. p.116.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 561.

¹⁸⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los Hechos en el Derecho**: bases argumentales de la prueba. Op. cit.p. 136. Também, nesse sentido, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Presunções e ficções no direito probatório. In: **Revista de Processo**, ano 36, vol. 196, jun. 2011, p. 19.

quem raciocina e estabelece a presunção, a qual é formada “livremente pelo juiz, para tanto usando de ponderação e critério que lhe ditar a experiência e guiando-se por aquilo que ordinariamente acontece”.¹⁸¹

Especificamente este tipo de presunção, portanto, é construída a partir do caso concreto, com base no que normalmente acontece. Mais concretamente, é a *presunção simples uma inferência formulada pelo juiz para chegar a uma conclusão concernente ao fato a ser provado (que é o fato desconhecido), movendo-se a partir de um outro fato já conhecido ou provado (que é o fato conhecido), e que serve como premissa para o raciocínio, geralmente fundado sobre máximas de experiência.*¹⁸²

As máximas de experiência, no âmbito das presunções simples, atuam, pois, como *instrumento* da inferência presuntiva. Elas são o meio que liga o fato conhecido ao fato desconhecido.¹⁸³

2.4.4 Máximas de experiência e prova indiciária

Antes de se fazer referência propriamente às máximas de experiência e à prova indiciária, cabe, aqui, explicitar diferenciação entre as presunções e os indícios: “indício e presunção são termos que fazem referência a momentos diversos do mesmo processo inferencial, uma vez que o indício é premissa relativa ao fato conhecido, enquanto a presunção é a conclusão que versa sobre o fato a ser provado”.¹⁸⁴ O indício, portanto, é qualquer coisa, circunstância ou comportamento que o juiz considera significativo enquanto possa derivar conclusões relativas ao fato a provar.¹⁸⁵ Aliás, até mesmo em seu comum e natural significado o termo “indício” significa qualquer fato que serve para indicar um outro fato.¹⁸⁶

¹⁸¹ AMARAL SANTOS, Moacyr. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**, v. 5. Op. cit. p. 486.

¹⁸² TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 444.

¹⁸³ Anota Nicola Mannarino que “Il ragionamento presuntivo è appunto un’inferenza che in applicazione di una massima di esperienza porta ad una conclusione sul fatto incognito partendo da una premissa relativa al fatto noto, cioè accertato o incontrovertito”. (MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. cit. p. 190-191).

¹⁸⁴ Ibidem, p. 191.

¹⁸⁵ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 452.

¹⁸⁶ SCAPINI, Nevio. **La Prova per Indizi nel Vigente Sistema del Processo Penale**. Op. cit. p. 07. Mais adiante, o autor lembra que em seu sentido técnico-jurídico, o termo indício não se distancia muito da acepção comum da palavra, uma vez que, tradicionalmente, o indício é definido pelos juristas como uma circunstância certa da qual, por indução lógica, pode-se chegar a uma conclusão acerca da existência ou inexistência do fato a ser provado (Ibidem).

Percebe-se, assim, que o indício é a *causa*, ou seja, o fato conhecido, enquanto que a presunção é o *efeito*, isto é, o conhecimento do fato que antes era ignorado.¹⁸⁷ Em outras palavras, *a valoração do indício tem como resultado uma presunção.*

Diante disso, fica bem claro que indício e a presunção demandam dois núcleos lógicos diversos, ou dois momentos diversos do mesmo momento lógico: o primeiro é ligado diretamente ao fato a provar, enquanto que o segundo possui com o fato uma ligação do tipo argumentativo. *O indício é, pois, a fonte da presunção.*¹⁸⁸

Além disso, já se anotou que a inferência presuntiva gira em torno da probabilidade. Mas para que isso fique caracterizado, o indício tem o requisito da certeza, na medida em que, sem esta, haveria somente uma mera hipótese. Isto é, se um indício não fosse certo, toda a valoração fundada sobre ele seria mera conjectura.¹⁸⁹ Assim, enquanto que o indício pode ser caracterizado com a certeza, a presunção pode ser caracterizada com a probabilidade.

Há uma intensa relação, deste modo, entre a prova indiciária, presunção e as máximas de experiência. Na verdade, a relação poderia ser colocada esquematicamente da seguinte maneira: *prova indiciária – máximas de experiência – presunção*, em que a prova indiciária é o fato conhecido, as máximas de experiência justamente o meio ou instrumento e a presunção o resultado de toda essa inferência.

Ilustra bem a passagem do indício à presunção, utilizando-se, para tanto, uma máxima de experiência, o caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: tratava a demanda de indenização por danos morais e materiais sofridos pelos autores em função da morte de seu filho, o que ocorreu, segundo os demandantes, devido ao seu afogamento junto a um açude de propriedade da ré, o qual não tinha qualquer obstáculo ou sinalização de advertência informando o perigo do local. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acabou por reconhecer a culpa concorrente da vítima. Isso porque, segundo o julgado, tanto o auto de necrópsia, como o laudo do Instituto Geral de Perícia, apontaram que a vítima possuía 6,0 dg

¹⁸⁷ AMARAL SANTOS, Moacyr. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**, v. 5, Op. cit. p. 399. Igualmente neste sentido, BAGGIO, Lucas Pereira. O artigo 335 do Código de Processo Civil à luz da categoria das máximas de experiência. Op. cit. p. 192.

¹⁸⁸ ROSONI, Isabella. **Quae Singula non Prosunt Collecta Iuvant**: la teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna. Op. cit. p. 98-100.

¹⁸⁹ RUSSO, Vincenzo; ABET, Antonio. **La Prova Indiziaria e il <giusto processo>**. Op. cit. p. 27-28. Também, assim, MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. cit. p. 195.

(seis decigramas) de álcool etílico por litro de sangue. Diante disso, concluiu-se que “a culpa concorrente” deveria “ser reconhecida, pois as máximas de experiência nos ensinam que uma pessoa embriagada tem reduzidas suas capacidades físicas e mentais”. Por isso que, “comprovada a existência de álcool no sangue da vítima, é lógico concluir que a mesma concorreu para sua própria morte, pois, nessas condições, jamais deveria aventurar-se no açude. Se não estivesse embriagado, certamente não se afogaria, sobretudo ao considerar que sabia nadar, como relata a genitora”.¹⁹⁰

Neste exemplo, portanto, percebe-se claramente que o indício está consubstanciado em um fato conhecido e provado, que é especificamente a embriaguez da vítima, e que, com base no conhecimento de que as pessoas embriagadas têm reduzidas as capacidades físicas e mentais (máximas de experiência), chega-se à conclusão de que houve, no caso, culpa concorrente da vítima (presunção simples). Ou seja, considerando que a vítima estava embriagada, certamente seu discernimento físico e mental estava prejudicado, o que a levou a concorrer para a sua própria morte ao entrar no açude e se afogar.

Outro exemplo esclarecedor a respeito, e também oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, deu-se em matéria penal, a respeito do ilícito de receptação dolosa. Entendeu-se, na oportunidade, que “como se trata, o conhecimento da origem ilícita do bem, de algo que se situa, como natural, no plano interior do sujeito, sua revelação, não havendo confissão, há de ser medida através de condutas adotadas, cotejadas com máximas de experiência”. Ou seja, ainda segundo o julgado a “prova direta do elemento subjetivo do tipo penal (...) dificilmente tem como ser produzida. O que se impõe é o cotejo das circunstâncias do caso com máximas de experiência, daí emergindo, muito mais que mera presunção, a certeza moral necessária ao suporte do juízo condenatório”. Diante disso, foram analisados especificamente alguns indícios, como a reação em relação à abordagem por parte do réu, e especialmente as versões apresentadas pelo demandado, “uma, na abordagem policial; outra, quando interrogado na polícia, e, uma terceira, quando ouvido em juízo”, todas elas com embasamento diverso um do

¹⁹⁰ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível Nº 70022932925, Décima Câmara Cível, Relator Des. Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 27/11/2008.

outro. Assim, a partir destes fatos conhecidos, concluiu-se que o réu praticou o crime de receptação dolosa.¹⁹¹

Já no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, há entendimento sumulado no qual também é possível detectar essa sistemática: trata-se da súmula 435, segundo a qual “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”. Percebe-se, no particular, que o indício, nestes casos, é, por exemplo, uma “certidão lavrada por Oficial de Justiça (...), informando que, ao comparecer ao local de funcionamento da empresa executada, foi comunicado que a mesma encerrara as atividades no local há mais de ano”¹⁹². A partir disso, presume-se (conclui-se) a dissolução irregular da sociedade, o que se dá certamente com base no conhecimento de que quem assim age (não atuação da empresa em seu domicílio fiscal, sem comunicação do fato aos órgãos competentes), não está mais em atividade mercantil.

O que fica claro é que as máximas de experiência desempenham um importante papel no contexto dos indícios, tanto que se afirma que “a certeza do silogismo indiciário é estritamente conexa com a exatidão da máxima de experiência que, se errônea, vem a atribuir a um fato um valor indiciário que não lhe é esperado”.¹⁹³

De fato, já se anotou que, ao fim e ao cabo, a valoração do indício resulta em uma presunção. Analisando-se o esquema indício-máximas de experiência-presunção, não tem como deixar de perceber que o resultado dessa inferência (presunção) dependerá exclusivamente da máxima de experiência utilizada pelo julgador em relação ao indício. Afinal, é por *meio* dela, mas com *base* no indício, que o julgador chegará a tal conclusão. Nota-se, assim, que de nada adianta a prova indiciária se não há a utilização de uma máxima de experiência.¹⁹⁴

¹⁹¹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Crime Nº 70011768777, Sétima Câmara Criminal, Relator Des. Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 06/10/2005.

¹⁹² Foi isso o que constou, por exemplo, no REsp 738502/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18/10/2005, DJ 14/11/2005, p. 217, que é um dos precedentes que embasou a súmula ora comentada.

¹⁹³ SCAPINI, Nevio. **La Prova per Indizi nel Vigente Sistema del Processo Penale**. Op. cit. p. 60.

¹⁹⁴ Sobre isso, afirma-se inclusive que a prova indiciária, sem se ter suficiente máximas de experiência, sequer poderia ser construída (MÜLLER, Christoph Markus. **Anscheinsbeweis im Strafprozess**. Op. cit. p. 159).

Evidente que não se pode atribuir a certeza mais ou menos provável da presunção exclusivamente sobre a idoneidade do indício. Afinal, o indício é fato certo. Mas o mesmo não pode ser dito em relação à máxima de experiência empregada na inferência: de nada adianta o indício (fato conhecido) se o julgador não sopesou corretamente a máxima de experiência utilizada na inferência. Ou seja, há a “necessidade de o juiz, para que se possa falar em correta formação lógica da prova por indícios, sopesar criticamente as máximas de experiência antes de escolher aquela que será posta como premissa maior do silogismo judiciário”.¹⁹⁵ Por isso que é a partir da maior ou menor segurança da máxima de experiência empregada que depende precisamente o maior ou menor fundamento da conclusão, ou seja, o grau maior ou menor de verossimilhança do fato aceito pelo julgador.¹⁹⁶

Concretamente, o que se quer dizer é que a *valoração do indício* e a sua *força de convicção* repousa principalmente sobre um processo lógico que se move da conjectura à presunção e *que se funda essencialmente sobre aquilo que normalmente acontece e, portanto, que se espera da realidade*.¹⁹⁷

2.4.5 Máximas de experiência e usos e costumes

Perceba-se que tanto o art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4.657 de 1942), como o art. 126 e o 335 do CPC, autorizam o julgador, na ausência de regramento legal específico, utilizar-se dos costumes (caso do art. 4º da LICC e 126 do CPC) e das máximas de experiência (caso do art. 335 do CPC) para a decisão do caso.

Impõe-se, deste modo, diferenciação entre os usos e costumes e as máximas de experiência.

Antes de tudo, o que fica claro é que os usos e costumes são fontes de direito. Afinal, tanto o art. 4º da LICC, como o art. 126 do CPC, enunciam as fontes

¹⁹⁵ SCAPINI, Nevio. **La Prova per Indizi nel Vigente Sistema del Processo Penale**. Op. cit. p. 249.

¹⁹⁶ CARNELUTTI, Francesco. **La Prova Civile**. Op. cit. p. 79.

¹⁹⁷ ROSONI, Isabella. **Quae Singula non Prosunt Collecta Iuvant**: la teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna. Op. cit. p. 122.

do direito do Estado Legislativo, pressupondo, para tanto, a supremacia da lei e uma graduação hierárquica entre lei, analogia, costumes e princípios gerais de direito.¹⁹⁸

Por outro lado, analisando-se a redação do art. 335 do CPC, pode-se pensar, em um primeiro momento, que as máximas de experiência teriam aplicação subsidiária. Esse entendimento, porém, é demasiadamente singelo. Na verdade, as máximas de experiência, conforme será analisado mais adiante, possuem função tanto em relação à apuração dos fatos, quanto em relação ao processo interpretativo de uma norma. E é precisamente neste último aspecto que as máximas terão atuação quando não houver norma específica, como pode ocorrer com os conceitos juridicamente indeterminados e as cláusulas gerais.¹⁹⁹

Concretamente, o costume se baseia na crença e na tradição, sob a qual está o argumento de que algo deve ser feito, e deve sê-lo porque sempre o foi. Há, deste modo, no costume, um elemento substancial – que é o uso reiterado no tempo – e um elemento relacional – que é o processo de institucionalização que explica a formação da convicção da obrigatoriedade.²⁰⁰

As máximas de experiência, porém, como já se observou tantas vezes ao longo deste trabalho, são proposições obtidas indutivamente, a partir da observação daquilo que ordinariamente acontece e que, por isso mesmo, autoriza o raciocínio de que isso pode ocorrer em outro caso semelhante. Não há, deste modo, um caráter

¹⁹⁸ A observação é de MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**. Op. cit. p. 175, muito embora a observação dos autores no ponto é feita em relação exclusivamente ao art. 126 do CPC.

¹⁹⁹ Assim, por exemplo, o STJ, no julgamento do REsp 823.847/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 17/08/2006, DJ 25/09/2006, p. 305, preencheu o significado da expressão “valor insignificante”, a fim de excluir, no caso concreto, a incidência do princípio da insignificância, vigente no âmbito do direito penal. Consta no acórdão que “diante da inexistência de regra expressa definindo, para a finalidade em apreço, o que seja ‘valor insignificante’, aplicável, em sua teleologia, a diretriz resultante do art. 335 do Código de Processo Civil, a saber: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”. Na hipótese, trata-se de furto de 3 (três) litros de whisky Natu Noblis, 1 (uma) vela Santa Cruz, 4 (quatro) sabonetes Dove e 2 (dois) cremes dentais, no total de R\$ 56,72 (cinquenta e seis reais e setenta e dois centavos). Ora, considerando a nossa realidade sócio-econômica, em que metade da população ocupada do Brasil tem rendimento (médio mensal de todos os trabalhadores) de 1/2 a 2 salários mínimos (dados do IBGE – indicadores sociais de 2002), não se pode admitir que R\$ 56,72 seja considerado um valor irrisório, ínfimo. Principalmente, se for considerado que as classes menos privilegiadas também sofrem (senão mais) com essa espécie de delito, tendo em vista as próprias condições de moradia, os meios de transporte urbano de que se utilizam, entre outros fatores. Por isso, entendo que o salário mínimo não pode ser utilizado como parâmetro de verificação do que seja valor irrisório; tampouco deve ser considerada, para efeito de aplicação do princípio, a condição econômica da vítima, sob pena de chegar-se a absurdos axiológicos”.

²⁰⁰ FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6.ed. São Paulo: Atlas S.A. 2010, p. 206-208.

de *impositividade* ou de *convicção de obrigatoriedade*, diferentemente do que sucede, pelo que se viu, com os usos e costumes.

Além disso, as máximas de experiência independem de prova, o que, porém, pode não ocorrer com os costumes. Exemplo disso é o próprio art. 337 do CPC, segundo o qual a parte que alegar direito consuetudinário deverá provar o seu teor e a vigência, se assim determinar o juiz. Não é por menos, portanto, que Calamandrei afirma que o juiz não tem o *dever* de conhecer de ofício o direito consuetudinário.²⁰¹

Veja-se, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que “o costume”, quando provado, “poderá vir a ser usado na solução do litígio como regra jurídica”. Ou seja, toma-se “o costume como regramento aplicável à hipótese”, de modo que “procurará o juiz verificar a concreta incidência deste ao caso, a partir da conformação de todos os elementos necessários para a subsunção do fato à norma”.²⁰² O caráter de regra jurídica das máximas de experiência, entretanto, já foi expressamente rechaçado neste trabalho.

Usos e costumes e máximas de experiência, são, portanto, fenômenos distintos. E isso fica ainda mais claro se levarmos em consideração que as máximas de experiência podem ser utilizadas inclusive em relação aos usos e costumes. Ou seja, “tanto para aplicar a lei, como a analogia e mesmo os costumes, o juiz, como homem culto vivendo em sociedade, terá que avaliar as provas e examinar os fatos mediante a utilização de seus conhecimentos sociais, científicos e mesmo práticos”.²⁰³ O que se quer dizer, em suma, é que, embora o julgador não tenha a obrigação de conhecer de ofício o direito consuetudinário, ele pode obter esse conhecimento através dos meios extraprocessuais permitidos pelo sistema e, mais especificamente, por meio daquelas noções que pertencem à cultura do julgador.²⁰⁴

²⁰¹ CALAMANDREI, Piero. Diritto consuetudinario in cassazione. In: **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1979. v.8, p.493.

²⁰² STJ, REsp 877.074/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/05/2009, DJe 17/08/2009.

²⁰³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Análise da Lei de Introdução ao Código Civil: sua função no ordenamento jurídico e, em especial, no processo civil. In: **Revista de Processo**, nº37, jan.-mar. 1985, p. 24.

²⁰⁴ CALAMANDREI, Piero. Diritto consuetudinario in Cassazione. Op. cit. p. 495-496.

3 FUNÇÃO DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA

Deste modo, bem definido o conceito das máximas de experiência, exurge, agora, a necessidade de se compreender de forma suficiente a função desempenhada por esta categoria.

Piero Calamandrei já apontava que as máximas de experiência podem ser úteis para valorar os resultados da prova ou podem ser adotadas pelo juiz como meio de interpretação do significado técnico de certas expressões da lei ou para melhor estabelecer as relações existentes entre a lei e o fato.²⁰⁵

Mais especificamente, em relação à função das máximas de experiência, pode-se identificar dois polos: o primeiro, *como instrumento de natureza essencialmente cognitiva no âmbito do juízo de fato*, no qual entra não só a função das máximas de experiência do que se refere à valoração da prova, ou da valoração da credibilidade da prova, mas também o seu papel (já analisado neste trabalho) como instrumento de conexão entre o fato conhecido e o fato desconhecido ao raciocínio, bem como a sua função no que se refere à escolha, entre as provas conflitantes, daquela que estabelece a averiguação histórica de um fato controverso; o segundo, como *instrumento interpretativo*, já que é comum o julgador se utilizar das máximas de experiência para tratar da integração do significado de uma “norma em branco”, da “concretização das cláusulas gerais”, ou seja, para precisar o significado de uma expressão jurídica contida em uma norma.²⁰⁶

Afirma-se, inclusive, que “a apreciação” das provas “deverá fazer-se guiada pelas máximas de experiência”.²⁰⁷ Não poderia ser diferente, na medida em que é natural que o juiz, como homem culto e vivendo na sociedade, utilize na avaliação

²⁰⁵ CALAMANDREI, Piero. *Massime di esperienza in Cassazione. Rigetto del ricorso a favore del ricorrente*. Op. cit. p. 128.

²⁰⁶ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 519-520. Perceba-se, porém, que “qualquer interpretação legal é baseada na experiência” (GOTTWALD, Peter. **Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz**. Op. cit. p. 163).

²⁰⁷ AMARAL SANTOS, Moacyr. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**, v. 1. Op. cit. p. 382. Paolo Tonini, por sua vez, destaca que a valoração da prova constitui uma atividade racional, na medida em que “acarreta o dever de motivar, de justificar a decisão de acordo com critérios de razoabilidade com respeito às regras da lógica, da ciência e da experiência corrente” (TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Op. cit. p. 102).

da prova as suas noções extrajudiciais e que são fruto justamente da sua cultura, colhidas de seus conhecimentos sociais, científicos, artísticos ou práticos.²⁰⁸

Mas o que sobressai quando se examina a função das máximas de experiência como instrumento cognitivo é que o julgador as aplica no momento em que valora a credibilidade da fonte probatória. Isso, aliás, acontece não só no que se refere à prova representativa ou direta, mas também na indiciária: se por um lado a máxima de experiência, neste ponto, é utilizada, como já se referiu, como ligação entre o fato conhecido e o fato desconhecido, é também utilizada, por outro lado, para se valorar a usabilidade do dado adquirido, a exemplo do que ocorre com a prova representativa.²⁰⁹

Deste modo, como exemplifica Barbosa Moreira, supondo-se que duas testemunhas, uma das quais daltônica, prestem depoimentos contraditórios sobre a cor do veículo que causou um acidente, o juiz certamente dará maior credibilidade ao depoimento da testemunha que possui visão normal, com apoio em corriqueira regra de experiência.²¹⁰

Assim, se por um lado é verdade que o julgador, para avaliar a credibilidade dos meios de prova, como por exemplo para estabelecer se a testemunha disse ou não a verdade, emprega técnicas estabelecidas e regidas pelo Direito, que dizem respeito essencialmente à metodologia da assunção da prova e de controle das declarações da testemunhas, por outro, ele deve levar em consideração *critérios* de valoração do comportamento testemunhal que são colhidos no senso comum mais que em normas jurídicas.²¹¹

Ou seja, a declaração de uma testemunha, por exemplo, não é por si só verossímil ou atendível, mas poderá sê-lo por efeito da valoração que o juiz realiza de acordo com sua experiência passada.²¹²

Aliás, ainda no que se refere à função das máximas de experiência como instrumento cognitivo, Michele Taruffo destaca a *função justificativa* delas: segundo ele, no momento em que o julgador formula as argumentações que são destinadas a

²⁰⁸ Ibidem, p. 164. Não por menos, Nicola Mannarino alvitra que “è contraddittorio e impensabile che il giudice debba ragionare e non servirsi dei giudizi generali forniti dall’esperienza, nella ricostruzione del fatto”. (MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. cit. p. 153).

²⁰⁹ RUSSO, Vincenzo; ABET, Antonio. **La Prova Indiziaria e il <giusto processo>**. Op. cit. p. 56.

²¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. Op. cit. p. 14.

²¹¹ TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência do raciocínio do juiz. Op. cit. p. 177.

²¹² MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. cit. p. 186.

representar a justificação externa da premissa de fato da decisão, ou seja, da averiguação dos fatos da causa, ele deve formular inferências que fazem aparecer justificada essa averiguação, com base nas provas disponíveis. Ocorre que frequentemente estas inferências, por meio das quais se justifica a valoração da credibilidade da prova ou a reconstrução presuntiva dos fatos relevantes, se fundam em máximas de experiência. Neste contexto, elas são critérios funcionais em relação às conclusões, ou seja, justifica-se se a conclusão é fundada racionalmente sobre derivações lógicas das premissas determinadas.²¹³ Afinal, o raciocínio probatório do julgador pode ser considerado *racionalmente fundado* se a relação entre o *factum probandum* e o *factum probans* é construído segundo as noções da experiência comum, as quais são, por sua própria natureza, compreensíveis externamente e, portanto, são controláveis.²¹⁴

Em outras palavras, *na motivação fática, a máxima de experiência é um elemento de justificação da solução escolhida pelo juiz em relação à averiguação do fato controverso*,²¹⁵ o que vai ao encontro justamente da função justificativa exercida pela motivação.

Relativamente ao outro pólo funcional, destaca Henke que as máximas de experiência não são, por seu conteúdo, passíveis de subsunção, pois elas não são suficientemente precisas e exatas. Entretanto, as máximas de experiência possuem

²¹³ TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle massime d'esperienza. Op. cit. p. 565. As funções das máximas de experiências definidas por Michele Taruffo não cessam por aí. O jurista aponta, ainda, outras duas funções. A primeira, que ele define como “eurística”, se desenvolve “in quanto rappresentano uno strumento di cui ci si può servire per formulare ipotesi intorno ai fatti della causa. Questa funzione appare particolarmente chiara se si pensa all’inferenza che (...) si usa chiamare *abduzione*: semplificando radicalmente il discorso si può dire che si tratta della inferenza per mezzo della quale si parte da una circostanza nota (un indizio, una fonte di presunzione) per formulare una ipotesi intorno ad un fatto non direttamente conosciuto, ma che si tratta di accertare”. Além disso, ainda segundo o autor, a função “eurística delle massime d’esperienza (...) svolge un ruolo importante anche nel contesto del processo, quando si tratta di costruire narrazioni ipotetiche che si riferiscono ai fatti della causa. Si tratta soprattutto delle *stories* che gli avvocati narrano nel momento in cui presentano al giudice, nelle loro allegazioni, descrizioni relative alle circostanze di fatto che ritengono potenzialmente rilevanti per la decisione”. A segunda função referida por Michele Taruffo é a “epistemica, in quanto rappresentano strumenti dei quali il giudice si serve per derivare da fatti noti, per il tramite di inferenze fondate sulle massime, la *conoscenza* indiretta di fatti di cui deve stabilire la verità. Si tratta, in sostanza, dell’accertamento dei fatti che avviene per mezzo di un ragionamento presuntivo o indiziario. Il giudice si trova nella situazione di dover verificare le ipotesi che si sono formulate intorno ai fatti della causa, resolvendo le incertezze che le hanno caratterizzate per tutta la durata del processo, e le massime d’esperienza gli forniscono criteri *conoscitivi* in funzione dei quali egli formula una o più inferenze relative alla verità o alla falsità dell’enunciato relativo al <fatto ignoto> di cui deve accertare l’esistenza” (ibidem, p. 560-564).

²¹⁴ CARRATTA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatório). In: **Rivista di Diritto Processuale**, anno LVI, n. 1, gen./mar. 2001, p. 95.

²¹⁵ A observação é de TARUFFO, Michele. **Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 521.

função “auxiliar” na aplicação do direito, sendo marcadoras de rumos para a formação da premissa maior por parte do julgador.²¹⁶ Mais especificamente, neste contexto, as máximas de experiência apresentam-se como verdadeiro *componente normativo da norma*.²¹⁷

Naturalmente, como já se adiantou, essa função sobressai principalmente naqueles casos em que o juiz necessita completar o sentido de um conceito juridicamente indeterminado ou de uma cláusula geral.²¹⁸ Aliás, é da própria característica destes conceitos remeter a utilização, por parte do julgador, a valores e regras extrajurídicos.²¹⁹ Afinal, a indeterminação de tais conceitos possibilita uma abertura do seu critério valorativo.²²⁰

Veja-se que todos os conceitos, sejam eles determinados ou indeterminados, possuem uma estrutura interna, consubstanciada em três áreas, ou seja, uma zona da certeza positiva, uma zona da certeza negativa e um halo conceitual ou zona de incerteza. O que sobressai, neste particular, é que o que varia é a extensão da orla da incerteza, de forma que a diferença entre os conceitos determinados e os indeterminados é, antes de qualquer coisa, de natureza quantitativa.²²¹

Com efeito, como lembra Sainz Moreno, alguns conceitos possuem expressões que ampliam – abrandam – os limites do conceito e exemplifica citando

²¹⁶ HENKE, Horst-Eberhard. **La Cuestion de Hecho**: el concepto indeterminado em el derecho civil y su casacionabilidad. Op. cit. p. 95-96.

²¹⁷ GOTTWALD, Peter. **Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz**. Op. cit. p. 163.

²¹⁸ A diferença entre cláusulas gerais e conceitos juridicamente indeterminados se dá, sobretudo, no âmbito da operação intelectual que o juiz deve realizar. É que, segundo Judith Martins-Costa, nos conceitos indeterminados, o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado na *fattispecie*, enquanto que na cláusula geral o julgador deverá, além de averiguar a possibilidade de subsunção de uma série de casos-limite na *fattispecie*, averiguar a exata individuação das mutáveis regras sociais às quais o envia a metanorma jurídica, bem como determinar quais são os efeitos incidentes ao caso concreto, ou, se estes já vierem indicados, qual a graduação que lhes será conferida no caso concreto (MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 326-327).

²¹⁹ HENKE, Horst-Eberhard. **La Cuestion de Hecho**: el concepto indeterminado em el derecho civil y su casacionabilidad. Op. cit. p. 56.

²²⁰ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 113. O projeto do novo Código de Processo Civil contém regra específica acerca da interpretação dos conceitos juridicamente indeterminados e das cláusulas gerais. Segundo consta no parágrafo único do art. 472 (a numeração do artigo aqui indicada é aquela que consta no Projeto de Lei do Senado n. 166, de 2010 – PLS 166/2010), “Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas, demonstrando as razões pelas quais, ponderando os valores em questão e à luz das peculiaridades do caso concreto, não aplicou princípios colidentes”.

²²¹ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário**. São Paulo: RT, 1997, p. 443.

expressões como “resultado suficiente”, “interesse presumível”, “certa beleza”, etc. Ou seja, esse halo conceitual é uma zona de dúvida, ou, mais precisamente, uma zona onde não existe uma certeza prévia.²²²

A questão toda reside, portanto, no halo conceitual.²²³ Isso porque é especificamente a zona da incerteza do conceito juridicamente indeterminado que permite ao julgador utilizar-se das máximas de experiência para “preencher” esta penumbra.

Note-se, portanto, que, neste contexto, as máximas de experiência fornecem elementos para que o julgador interprete adequadamente um conceito juridicamente indeterminado. Ou seja, o senso comum fornece material semântico e *standards* de individualizações dos enunciados normativos, não apenas quando estes estão expressos por meio da linguagem ordinária, mas também quando as normas são formuladas em linguagem técnico-jurídica.²²⁴

Portanto, para o processo interpretativo pode ser transportada a função justificativa, salientada por Michele Taruffo, das máximas de experiência no âmbito cognitivo. Ora, é precisamente na interpretação de um conceito juridicamente indeterminado que a sua individualização e justificação dependerão necessariamente da seleção das máximas de experiência estabelecidas no caso concreto. Afinal, uma decisão fundamentada em um conceito juridicamente indeterminado deve justificar os juízos de valor utilizados para não incorrer em subjetividade e irracionalidade.²²⁵

Aqui já se pode retomar a ideia antes lançada de que as máximas de experiência possuem certa relação com os postulados normativos aplicativos.

Veja-se que os postulados normativos aplicativos, conforme já foi referido, são metanormas, ou normas de segundo grau, ou seja, são “deveres estruturantes

²²² MORENO, Fernando Sainz. **Conceptos Jurídicos, Interpretacion y Discricionalidad Administrativa**. Madrid: Civitas, 1976. p.197.

²²³ Danilo Knijnik, ao dissertar acerca destas três áreas dos conceitos, lembra que efetivamente existe, “em primeiro lugar”, um núcleo. Para o conceito de ‘noite’, podem ser lançados no núcleo conceitual, que é uma zona de certeza positiva, por exemplo, ‘a madrugada’, o ‘céu estrelado’. (...). Externamente, existe outra zona de certeza, só que negativa, ou seja, uma área em que se tem a ‘certeza’ a respeito da não subsunção, como, ainda no nosso exemplo, seria o ‘meio-dia’, a ‘tarde’, a ‘manhã’. Entretanto, o problema está na zona intermediária ou no halo conceitual (...) em que o intérprete tem uma grande ‘margem de decisão’. No nosso caso, poderíamos aí incluir o ‘crepúsculo’, o ‘arrebol’, a ‘aurora’, o ‘eclipse’, o ‘aparecer da primeira estrela’ etc. (KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo STJ**. Op. cit. p. 131).

²²⁴ TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência do raciocínio do juiz. Op. cit. p.175.

²²⁵ GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit. p. 548.

da aplicação de outras normas”. Deste modo, os postulados normativos aplicativos “estruturam a aplicação do dever de promover um fim” e prescrevem “modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos”.²²⁶

Por exemplo: no exame do postulado normativo da razoabilidade como equivalência analisa-se a norma que instituiu a intervenção ou a exação com a finalidade de verificar se há equivalência entre sua dimensão e a falta que ela visa a punir; no exame do postulado normativo aplicativo da proporcionalidade, investiga-se a norma que instituiu a intervenção ou a exação para verificar se o princípio que justifica sua instituição será promovido e em que medida os outros princípios serão restringidos.²²⁷

As máximas de experiência, pelo que seu viú, estruturam a maneira como o juiz deve, por exemplo, avaliar a credibilidade de uma prova, concluir um fato provável a partir de um fato conhecido ou mesmo interpretar um conceito juridicamente indeterminado. A máxima de experiência, assim, conferirá ao julgador, antes de tudo, critérios, fundados na experiência, para que possa desenvolver o seu raciocínio, seja em relação à prova e à inferência presuntiva (processo cognitivo), seja em relação ao processo interpretativo de uma regra que contém um conceito juridicamente indeterminado. Em outros termos: *as máximas de experiência também são metódicas, pois elas estruturam, antes de tudo, o raciocínio do julgador, indicando de que maneira ele deve valorar uma prova, concluir um fato provável com base em um indício ou mesmo interpretar um conceito jurídico.*

Reitera-se o que já foi dito anteriormente: isso tudo não significa que as máximas de experiência são postulados normativos aplicativos. Afinal, os postulados normativos aplicativos indicam *a estrutura de aplicação de outras normas*.²²⁸ As máximas de experiência, por sua vez, estruturam *o raciocínio do julgador*, seja em relação ao processo cognitivo, seja em relação ao processo interpretativo.

Mas, ao mesmo tempo, aí está o caráter comum entre os postulados e as máximas: ambas as categoriais são, de alguma forma, metódicas. E, além disso, os

²²⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Op. cit. p. 123.

²²⁷ Ibidem, p. 165-166.

²²⁸ Ibidem, p. 166.

postulados dirigem-se aos aplicadores²²⁹, da mesma forma, pelo que se pôde ver até aqui, que as máximas de experiência.

Em suma, portanto, analisando-se a função das máximas de experiência, percebe-se, com segurança, a sua função metódica, principalmente no âmbito do direito probatório, já que elas conferem critérios ao julgador para, por exemplo, valorar a prova e para proceder à interpretação daqueles conceitos que são juridicamente indeterminados. Em outras palavras, *as máximas de experiência conferem critérios objetivos para a valoração da prova, a inferência presuntiva e a interpretação dos conceitos indeterminados*. Mais concretamente, elas assim o fazem sobretudo em relação ao *princípio do livre convencimento motivado*. Afinal, conforme será visto a seguir, tal modelo reclama, antes de tudo, respeito a postulados lógicos e às máximas de experiência.

²²⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Op. cit. p. 166.

SEGUNDA PARTE: A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

1 SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DA PROVA

Impõe-se, a partir de agora, o exame dos sistemas de avaliação da prova, até mesmo porque é justamente do resultado da avaliação da prova que, evidentemente, dependerá a solução da demanda.²³⁰ Como se isso não bastasse, há uma evidente ligação entre apreciação da prova e motivação: afinal, como se sabe, a motivação deve garantir que “o poder discricionário do juiz e o seu livre convencimento não se transformem em arbítrio”.²³¹ Vale dizer: a motivação assume papel fundamental no sentido de racionalizar a valoração da prova.²³²

1.1 SISTEMA DA PROVA LEGAL

De acordo com Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o sistema da prova legal “significa a minuciosa determinação dos critérios de apreciação da prova e concomitante limitação ou exclusão *a priori* de determinadas provas, a que se subtrai crédito formal perante o magistrado, com vistas a restringir ao máximo a liberdade judicial”.²³³

Essa *determinação*, pelo menos em outra época, não era feita somente por fatores legislativos. De acordo com Michele Taruffo, é justamente a *opinio doctorum* a fonte primária e essencial do fenômeno da prova legal.²³⁴ Afinal, no século XIII, quando tal sistema já estava bem avançado, o intuito de tal fenômeno era o de racionalizar a valoração da prova, reduzindo a zero o perigo da arbitrariedade do julgador e, além disso, eliminar as provas irracionais fundadas no princípio dos “juízos de Deus”.²³⁵ Por isso é que o sistema da prova legal do direito comum é

²³⁰ POZZA, Pedro Luiz. Sistemas de apreciação da prova. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 219-220.

²³¹ RUSSO, Vincenzo; ABET, Antonio. **La Prova Indiziaria e il <giusto processo>**. Op. cit. p. 66.

²³² TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 444.

²³³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 213.

²³⁴ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 362.

²³⁵ A respeito dos “ordálios” ou “juízos de Deus”, refere Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que “nos ordenamentos mais remotos, a exemplo do antigo processo germânico, o sistema da prova legal

muito mais fruto da elaboração doutrinária dos juristas medievais do que objeto de normatização.²³⁶

Além disso, é ainda no sistema da prova legal do direito comum que se atribuía um método de cálculo, de forma que para cada tipo específico de prova era conferido um valor quantitativo pré-determinado, cabendo ao juiz, perante essas provas, proceder ao cálculo, que assumia “a forma de uma soma algébrica fracionária, devendo levar em conta as provas positivas e aquelas negativas em relação à hipótese sobre o fato”.²³⁷

É nessa fase, por exemplo, que o depoimento de um servo jamais poderia ter o mesmo valor do testemunho de um nobre; entretanto, o depoimento de dez servos equivalia ao de um nobre ou senhor feudal.²³⁸

Somente em um segundo momento o sistema da prova legal passa a sofrer influência da lei escrita: o movimento das codificações determinou “uma mutação relevante na cultura da prova legal”, de modo a não ser mais um “fenômeno doutrinário e cultural”, mas um “fenômeno normativo”.²³⁹

Da mesma forma, não se tem mais, nessa fase, a valoração pré-determinada da prova. Entretanto, a prova legal das codificações assume uma forma mais rígida e formalista, no sentido de que determinada prova motiva resultados vinculantes e incontestáveis, produzindo a verdade total e completa acerca do fato.²⁴⁰ Vale dizer: ela assume um papel vinculante com a *solução do processo*.

Contudo, há um caráter eminentemente destrutivo nesse sistema, na medida em que para se ter essa verdade total e completa não pode haver outros elementos de prova em sentido contrário, sob pena de se reduzir a zero o valor da referida prova.²⁴¹

refletia um sentimento de superação mística, incumbindo ao juiz a exclusiva função de controlar com sua presença a regularidade da realização das provas, de modo que garanta acatamento ao resultado alcançado por meio da autoridade própria de seu ofício. Nenhuma relevância exibia então a convicção judicial, pois era crença geral de que a própria divindade decidia sobre justiça e injustiça na prova da cruz. Significativamente, por mais de quinhentos anos a praxe dos processos italianos, observou e conservou princípios essencialmente peculiares ao antigo processo germânico” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. Op. cit. p. 213).

²³⁶ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 362-363.

²³⁷ Ibidem, p. 364-365.

²³⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento. Op. cit. p. 346.

²³⁹ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 364.

²⁴⁰ Ibidem, p. 365.

²⁴¹ Ibidem, ibidem.

Diante disso, percebe-se que o objetivo do sistema da prova legal, seja na primeira fase, seja na segunda, era relevante: “mitigar a arbitrariedade do juiz, outorgando racionalidade ao acerto fático”.²⁴² Ao mesmo tempo, por outro lado, sobretudo na fase da codificação, nota-se que no sistema da prova legal a atividade do juiz é similar a de um burocrata, excluindo-se a relevância da valoração da prova pelo juiz e, portanto, sua convicção sobre a verdade dos fatos.²⁴³

Mesmo assim, atualmente, a despeito do art. 131 do Código de Processo Civil brasileiro, há em nosso ordenamento processual dispositivos legais, inclusive de ordem constitucional, de exclusão ou limitação da prova: veja-se, por exemplo, o art. 302 do CPC, o qual determina que o julgador presuma como verdadeiros os fatos não impugnados pelo réu em sua contestação, salvo aqueles indicados nos seus respectivos incisos; o art. 366 do CPC, que refere que “quando a lei exigir como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”; o art. 401 do CPC, segundo o qual, só se admite a prova exclusivamente testemunhal “nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados”; e, claro, o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, que preceitua a inadmissibilidade, no processo civil ou penal, da prova obtida por meios ilícitos.²⁴⁴ Por meio desses dispositivos legais, percebe-se facilmente que efetivamente o legislador continua a estabelecer “diretrizes de conteúdo abstrato”, de modo a limitar

²⁴² KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Op. cit. p. 15. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira também não ignora o aspecto positivo, do ponto de vista histórico, da adoção desse sistema. Assinala o processualista que “Em retrospectiva histórica, impossível negar o grande aperfeiçoamento na administração da justiça conquistado com o novo sistema de apreciação da prova, especialmente em relação ao processo primitivo germânico, repleto de arbitrariedades e prejuízos, por largamente contribuir para substituir a superstição pelo formalismo rigoroso e permitir o controle formal do procedimento. No lugar da força e do acaso, do duelo e dos juízos de Deus, passam a ser considerados elementos bem mais racionais e humanos. Mesmo o rigor formal, assinala-se, encontrava plenas justificativas nas condições culturais e socioeconômicas então dominantes. Imperioso reconhecer, outrossim, que, em sociedade de tal modo estruturada, a fixação de certas normas de valoração numérica e formal das provas, conquanto representasse, de um lado, uma espécie de codificação das desigualdades e de determinados prejuízos e superstições, por outro também exprimia uma forma de barreira contra excessos, ainda piores, que poderiam decorrer do arbítrio dos juízes e ao mesmo tempo garantia contra a decadência dos costumes judiciais da época” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. Op. cit. p. 215).

²⁴³ PATTI, Salvatore. *Libero convincimento e valutazione delle prove*. In: **Rivista di Diritto Processuale**, ano XL, n. 3, jul./set. 1985, p. 485 e 493.

²⁴⁴ Além desses dispositivos, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira cita, ainda, como exemplo de normas de exclusão ou limitação da prova, os art. 319, 334, IV, 343 e respectivos parágrafos, 359, 364, 368, 370, 2ª parte, 373, 376, 378, 379, 406 e respectivos parágrafos, todos do Código de Processo Civil (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. Op. cit. p. 213).

“a liberdade do juiz, estabelecendo previamente, em alguns casos, o valor probatório”²⁴⁵, que, segundo Cândido Rangel Dinamarco, se dá com base em “critérios racionais ditados pela experiência comum do legislador”, sendo somente “*pequenas ilhas de prova legal*, que não infirmam o sistema adotado”.²⁴⁶

1.2 SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO (ÍNTIMO)

O sistema da prova legal, entretanto, sucumbiu ao sistema do livre convencimento (íntimo).

Vários fatores contribuíram para tanto. De uma forma geral, pode-se afirmar que o sistema do livre convencimento (íntimo) é fruto de uma nova maneira de conceber a sociedade e o processo penal, tanto que, na primeira metade do século XVIII se desenvolveu uma corrente de pensamento propensa a recepcionar, no campo das relações sociais, a descoberta da ciência e do novo método filosófico experimental.²⁴⁷

Não por menos, aponta-se especificamente que um dos fatores para a adoção do sistema do livre convencimento foi o surgimento da cultura iluminista²⁴⁸ e, conforme esclarece Chiovenda, a própria renovação do método científico, o qual acabou por devolver ao juiz a função de investigador da vontade da lei com o apoio

²⁴⁵ POZZA, Pedro Luiz. Sistemas de apreciação da prova. Op. cit. p. 222.

²⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. III, Op. cit. p. 106. Tais dispositivos citados, a despeito de representarem limites probatórios, não significam a simples desconsideração do livre convencimento motivado. Tanto isso é verdade que, por exemplo, no que se refere ao art. 401 do CPC, Luis Alberto Reichelt lembra que “a sua correta exegese demanda a sua conjugação com o art. 131 do Código de Processo Civil, a fim de que o juiz possa afastar a proibição ora examinada nos casos em que a realidade examinada assim exigir”; enquanto que em relação ao art. 366 do mesmo diploma legal, o autor menciona que “não se trata, aqui, de simples limitação à livre apreciação da prova ou ao princípio da convicção motivada do juiz, mas sim de verdadeira imposição de formação do convencimento do juiz segundo critérios que expressam uma linha de racionalidade em função do objeto do debate” (REICHELT, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Op. cit. p. 248 e 259). Entretanto, em relação ao art. 366 do CPC, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart entendem expressamente que dito dispositivo legal é exceção ao livre convencimento motivado, já que “a lei preestabelece o valor a ser dado a certa prova” ou exclui “previamente que se possa dar valor a determinado meio de prova” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. Op. cit. p. 567).

²⁴⁷ NOBILI, Massimo. **Il Principio del Libero Convincimento del Giudice**. Milano: Giuffrè, 1974, p.82-83.

²⁴⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. Op. cit. p. 216.

na observação dos fatos e, além disso, a restauração da ideia de Estado²⁴⁹, o que, certamente, avultou a dimensão do ofício judicial.²⁵⁰

Não se podem esquecer, entretanto, outros fenômenos da historiografia que também influenciaram a adoção do sistema do livre convencimento: as teorias de Montesquieu, a polêmica contra o despotismo de Voltaire, a discussão a respeito do contrato social de Rousseau, a sistematização do pensamento iluminista, o primado dos direitos de liberdade do cidadão, codificado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e fulcro de uma nova maneira de entender a relação entre indivíduo e autoridade. Diante disso, surge o que posteriormente foi chamada de escola clássica de processo penal, que considera o processo como um instrumento voltado a garantir os direitos do acusado, mesmo que busque também a averiguação do fato. Além de tudo, houve ainda a recuperação das descobertas da ciência e da filosofia do século XVII²⁵¹, consistente antes de tudo na afirmação do modelo indutivo-experimental, o que, somado aos outros fatores mencionados, levou à nova concepção do íntimo convencimento.²⁵²

Neste ponto pode-se identificar relação entre o livre convencimento íntimo e as máximas de experiência: afinal, enquanto aquele sofre forte influência do método indutivo-experimental, estas, por sua vez, também possuem relação com tal método, ainda mais se levarmos em consideração, conforme restou acima demonstrado, que elas se originam da observação de casos particulares.

²⁴⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Traduzido por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, v.1, p. 142.

²⁵⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. Op. cit. p. 216.

²⁵¹ A respeito da “recuperação das descobertas da ciência e da filosofia so século XVII”, não há como deixar de citar a influência, neste particular, de Pierre de la Ramée, também conhecido como Petrus Ramus, nos estudos jurídicos da época. Com efeito, para Petrus Ramus, “a matemática constitui o protótipo para todas as formas de conhecimento, servindo como único valor indicativo válido da atividade cognoscitiva” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In MITIDIERO, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: Fabris, 2004. p. 124). Aliás, tem-se como traço comum dos pensadores da época, ou mais especificamente daqueles que fizeram parte da “lógica do século XVII”, a refutação da silogística clássica que parecia então um jogo de verbalismos vazios; a difusão da lógica metodológica cartesiana e a colocação de temas e características que serão típicas da moderna lógica formal. Tanto é verdade a influência de Petrus Ramus nos estudos jurídicos, que Althusio, autor da época, indicou as regras fundamentais ditadas por Pierre de la Ramée como princípios lógicos diretivos de suas obras jurídicas, a ponto de apresentar em sua obra *Dicaeologica*, na parte dedicada ao direito processual, uma análise que se inicia a partir de critérios racionalísticos-matemáticos, com representação panorâmica e esquemática, com tabelas sintetizadoras de toda a matéria (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 47-49).

²⁵² NOBILI, Massimo. **Il Principio del Libero Convincimento del Giudice**. Op. cit. p. 86-92.

O júri popular também é apontado, pelo menos nos sistemas jurídicos da Europa continental, como um dos traços que caracterizaram a teoria moderna do livre convencimento íntimo do juiz, tanto que esse instrumento era tido como “paladino da liberdade”.²⁵³ Isso porque se entendeu que somente um ordenamento processual baseado no júri popular é que poderia oferecer garantias adequadas em relação ao sistema da prova legal que possuía falhas e apresentava até mesmo decisões arbitrárias, tanto que somente a filosofia do senso comum e a confiança no júri conseguiram destruir o complexo e secular sistema da prova legal, a ponto de, por certo período, considerar-se a íntima convicção e o instituto do júri popular indissolúvel.²⁵⁴

Também deve ser considerado que nos países de língua tedesca, embora avançada a ideia de se adotar o “Grundsatz der Freien Überzeugung”, tinha-se, na segunda metade do século XVIII, um sistema híbrido, no qual se elaborou a teoria da “prova legal negativa”, segundo a qual se procurava conciliar a instância garantista que era a base da prova legal absoluta, com a ideia de que a liberdade do juiz não poderia ser totalmente obstaculizada por meio de uma aplicação automática de regras legais de juízo. Mesmo assim, ainda que com a legislação prussiana, em 1846, se tenha tentado adotar o livre convencimento, tal foi acolhido de fato somente em 1848, justamente com a instituição do júri popular.²⁵⁵

Além disso, deve-se levar em consideração interessante relação que também influenciou essa mutação: sistema da prova legal com o processo inquisitório e o sistema do livre convencimento com o processo acusatório.

Com efeito, no início do sec. XVIII, o procedimento inquisitorial era praticado em toda a Europa e se baseava em uma exigência fortemente autoritária e na centralização do poder com um juiz dependente do poder executivo, tendo como corolário o segredo e a ausência de defesa, além de se permitir o recurso à tortura. Aqui, a teoria da prova legal aparece com todas as características já referidas, e atendia uma dupla finalidade: a primeira, era uma resposta a uma exigência legal, no sentido de prevalecer o “momento normativo” ao caso concreto, o que servia como uma espécie de contrapeso ao poder do juiz, constituindo, por isso mesmo, uma tentativa de frear o arbítrio do juízo de fato; a segunda, era a de racionalizar a

²⁵³ NOBILI, Massimo. **Il Principio del Libero Convincimento del Giudice**. Op. cit. p. 92-93.

²⁵⁴ Ibidem, p. 95.

²⁵⁵ Ibidem, p. 96.

técnica do conhecimento judicial. Mesmo assim, esse método fracassou, seja do ponto de vista gnosiológico, seja no ponto de vista moral, passando-se a invocar o íntimo convencimento.²⁵⁶

Tal sistema ganha mais força principalmente quando se levanta a ideia do fim do processo penal, fruto de uma nova concepção da relação entre Estado e indivíduo, em que fica claro que também os inocentes eram processados, prevalecendo o interesse de que um culpado fosse absolvido do que um inocente fosse condenado.²⁵⁷ A partir de então é que a teoria do íntimo convencimento efetivamente passa a se apresentar como a única solução – sobretudo para Voltaire.²⁵⁸

A passagem do sistema da prova legal para o da íntima convicção foi potencializado em razão da Revolução Francesa, “aniquiladora da velha ordem,

²⁵⁶ NOBILI, Massimo. **Il Principio del Libero Convincimento del Giudice**. Op. cit. p. 101-113.

²⁵⁷ Essa ideia foi muito bem analisada (e aplicada) no caso “Winship”, 397 U.S. 358 (1970), pela Suprema Corte dos Estados Unidos, ainda que sob perspectiva do *Common Law* e com base nos *standards* probatórios. Na oportunidade, firmou-se o entendimento de que quando um jovem é acusado de um ato que seria considerado crime se fosse cometido por um adulto, o *standard* probatório a ser utilizado para tanto é o da “prova além da dúvida razoável”, e não o da “preponderância das provas”, sob pena de ofensa ao *due process of law*. Foi referido pelo *Justice* Brennan, em seu voto, que o “*standard* da dúvida razoável possui papel essencial no processo penal americano. É instrumento primordial para reduzir os riscos de condenação que repousam sobre erros factuais. O *standard* reclama substância concreta para a presunção de inocência”. Por isso, ainda segundo o *Justice* Brennan, a “exigência do *standard*, além da dúvida razoável, é fundamental no processo criminal. O acusado, durante o processo penal, possui interesses de enorme importância, seja porque ele pode perder a sua liberdade após a condenação seja devido à certeza de que ele seria estigmatizado em razão desta condenação. Portanto, a sociedade que valoriza o bom nome e a liberdade de cada indivíduo não deve condenar uma pessoa pela prática de um crime quando há dúvida razoável sobre a sua culpa”. E, fazendo referência ao caso *Speiser v. Randall*, transcreve parte de seu voto naquele caso, quando referiu que “há sempre, no litígio, uma *margem de erro* (...) e que ambas as partes devem levar em consideração”. Mais adiante lembra que o “uso do *standard* da dúvida razoável é indispensável para comandar o respeito e a confiança da comunidade na aplicação da lei penal. É fundamental que a força moral do direito penal não seja diluída por um *standard* probatório que deixe as pessoas em dúvida se um homem inocente está sendo condenado”. Por sua vez, *Justice* Harlan, em seu voto, complementa que, às vezes, o juiz, “apesar de seus esforços”, incidirá em erro nas suas conclusões. Isso porque “em uma ação judicial entre duas partes, um erro de fato pode fazer a diferença” de duas formas. A “primeira, pode resultar em um julgamento favorável ao requerente, quando a verdade dos fatos justifica um julgamento” a favor “do réu. O análogo em um processo penal seria a condenação uma pessoa inocente. Por outro lado, uma verificação errônea dos fatos pode resultar em um julgamento” a favor do “réu quando a verdade dos fatos justifica um julgamento a favor do requerente. O análogo em um processo penal seria a absolvição de um culpado. Os *standards* probatórios influenciam a frequência relativa destes dois tipos de erros. Se, por exemplo, o *standard* probatório para um processo penal fosse a preponderância de provas, ao invés da prova além da dúvida razoável, haveria um risco menor de erros sobre os fatos que resultasse em absolvição de uma pessoa culpada, mas um risco bem maior de erro sobre os fatos que resultasse em condenação de um inocente”.

²⁵⁸ NOBILI, Massimo. **Il Principio del Libero Convincimento del Giudice**. Op. cit. p. 122-125.

notadamente do caráter patrimonial e corrupto da jurisdição”²⁵⁹, sobretudo porque foi a Assembleia Constituinte francesa que, em 1791, codificou, pela primeira vez na Europa continental, o sistema de valoração da prova baseado no livre convencimento do juiz²⁶⁰, o que foi mais uma vez potencializado com o *Code de Procédure Civile* de 1806, com “seu caráter singelo e claro, sua oralidade e publicidade, o princípio da soberania do juiz, a agilidade de suas formas”.²⁶¹

Tudo isso, portanto, desemboca no *livre convencimento íntimo do juiz*, o qual sustenta a soberania do juiz na formação de sua convicção a respeito dos fatos da causa, não havendo qualquer limitação quanto aos meios de prova de que o juiz se possa valer.²⁶² Vale dizer: nesse sistema, o juiz tem o poder de decidir conforme seus impulsos e impressões pessoais, sem preocupar-se em expor suas razões de forma fundamentada ou mesmo a dar satisfação a quem quer que seja.²⁶³ Por isso afirma-se que nesse sistema a valoração da prova “depende apenas e unicamente da consciência do juiz”, o qual pode “decidir pela impressão recolhida através do processo, ainda que essa impressão não fosse, nem para ele próprio, racionalizável”.²⁶⁴

Diante disso, o que chama a atenção é que, como bem aponta Michele Taruffo, tal sistema prescinde de qualquer critério de racionalidade, podendo ser inclusive sinônimo de “discricionariedade incontrolada” e, dessa maneira, acaba abrindo espaço para o “subjetivismo de intuição irracional como instrumento para a formação do juízo de fato”, tendo como consequência uma valoração da prova sem qualquer critério.²⁶⁵

Mesmo assim, o nosso ordenamento jurídico não exclui esse sistema de avaliação da prova: é comum apontar como única hipótese de julgamento por íntima convicção existente aquele representado pelo Tribunal do Júri, cujos integrantes

²⁵⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. Op. cit. p. 216.

²⁶⁰ NOBILI, Massimo. **Il Principio del Libero Convincimento del Giudice**. Op. cit. p. 101.

²⁶¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, v.1, Op. cit. p. 143.

²⁶² LIRA, Gerson. Direito à valoração das provas. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.). **Prova Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 39.

²⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. III. Op. cit. p. 103.

²⁶⁴ MENDES, João de Castro. **Do Conceito de Prova em Processo Civil**. Op. cit. p. 306.

²⁶⁵ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 371. Por aí se pode entender perfeitamente a afirmação de Dinamarco de que o sistema do livre convencimento (íntimo) é “de extrema insegurança e inimigo do Estado-de-direito” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. III. Op. cit. p. 103).

decidem em segredo e sem qualquer motivação, permitindo-se, por isso mesmo, seguir as convicções emocionais mais íntimas.²⁶⁶

1.3 SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Os sistemas modernos não seguem, via de regra, como princípio prevalente, o da prova legal ou mesmo o do livre convencimento (íntimo), senão um sistema misto, que aproveita ao mesmo tempo o elemento dos outros dois. Afinal, o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, a despeito de efetivamente aceitar em geral a tese do livre convencimento (íntimo), impõe algumas restrições à formação do convencimento do julgador, como a observância das regras lógicas e das máximas de experiência comum, tendo por ilegítima a convicção do julgador baseada unicamente na convicção pessoal, incapaz de ser justificada de acordo com regras lógicas e de senso comum.²⁶⁷ Vale dizer: tal sistema confere liberdade ao julgador para apreciar as provas, mas desde que de acordo com a lógica e as máximas de experiência.²⁶⁸

Em nosso ordenamento jurídico, o sistema do convencimento motivado resulta da interpretação do art. 131 do Código de Processo Civil, segundo o qual “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”, em conjunto com o art. 93, IX, da Constituição Federal, que preceitua a necessidade de fundamentação das decisões dos órgãos do Poder Judiciário, sob pena de nulidade.

²⁶⁶ FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. As máximas de experiência e o livre convencimento do juiz. In: **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 10, jan. 2004, p. 11. Tanto isso é verdade que o próprio Superior Tribunal de Justiça já referiu que “As decisões proferidas pelo Tribunal do Júri decorrem do juízo de íntima convicção dos jurados e representam exceção à obrigatoriedade de fundamentação dos provimentos judiciais (art. 93, IX, da Constituição Federal) contemplada pela própria Carta Política, que assegura o sigilo das votações aos integrantes do Conselho de Sentença (art. 5º, XXXVIII, b, da Constituição Federal)” (STJ, HC 81.352/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 07/10/2008, DJe 03/11/2008). Isso não significa, porém, que a decisão do Tribunal do Júri possa ser arbitrária, sobretudo porque o Código de Processo Penal, consoante interpretação do seu art. 593, III, d, não admite que a decisão dos jurados seja “manifestamente contrária à prova dos autos”.

²⁶⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento. Op. cit. p. 348.

²⁶⁸ ECHANDIA. Hernando Devis. **Teoria General de la Prueba Judicial**, Tomo I. Op. cit. p. 99.

Disso tudo, notam-se dois importantes aspectos acerca do livre convencimento motivado: o primeiro, é que o mesmo deve ser *racional*, o segundo, é a imprescindibilidade da *motivação*.

Veja-se que o livre convencimento deve ser racional justamente porque ele é alcançado mediante as forças do intelecto e não dos impulsos pessoais e até mesmo eventualmente passionais no juiz (e por isso mesmo não é *íntimo*). Daí que se deve, necessariamente, considerar principalmente as circunstâncias que ordinariamente conferem maior credibilidade a um meio de prova ou as que sejam capazes de convencer uma pessoa inteligente e sensível à realidade.²⁶⁹ Por isso a “necessidade de que a apreciação da prova não seja arbitrária, senão racional. Toda a compreensão da livre apreciação da prova passa, portanto, em atribuir a essa atividade intelectual a liberdade, mas com sujeição à racionalidade”.²⁷⁰ Em outras palavras: a livre apreciação das provas, a sua valoração, e conseqüentemente o livre convencimento motivado reclama, antes de tudo, racionalidade.²⁷¹

Aliás, até mesmo para se preservar essa racionalidade é que a convicção do julgador deve ser produto do exame do material probatório carreado aos autos, principalmente porque a utilização de outros meios que não aqueles constantes nos autos fere o princípio do contraditório e o sobreprincípio²⁷² do devido processo

²⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. III. Op. cit. p. 105.

²⁷⁰ GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit. p. 325.

²⁷¹ Michele Taruffo sintetiza bem essa ideia ao referir que “il convincimento del giudice (...) non deve essere libero dai criteri di valutazione razionale: questi anzi sono i soli criteri che consentono di stabilire se la valutazione della prova produce elementi idonei a fondare il giudizio sul fatto” (TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 375). Além disso, deve ser ressaltado que não se pode confundir valoração da prova e convencimento do juiz. Conforme Salvatore Patti, a valoração da prova indica uma atividade que necessariamente antecede à formação do convencimento, enquanto que este último indica o resultado da outra atividade e que somente pode ser livre se o seu pressuposto é igualmente livre (PATTI, Salvatore. **Liberio convincimento e valutazione delle prove**. Op. cit. p. 486). Da mesma forma, não se pode confundir o momento da admissibilidade da prova com o princípio do livre convencimento, tendo-se, portanto, três planos distintos: o da admissibilidade, da valoração e, finalmente, da fundamentação. Desse modo, o princípio do livre convencimento “entra em operação somente após o processo de seleção do material que comporá o objeto de seu exercício; daí segue-se que, viciada a etapa preliminar, contamina-se seu resultado, sendo irrealizável a manutenção da valoração judicial exercida, livremente, sob bases equivocadas, do que resulta a necessidade de distinguir os planos em questão, para um funcionamento adequado do princípio” (KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Op. cit. p. 24).

²⁷² A terminologia “sobreprincípio” é aqui empregada porque, conforme Humberto Ávila, este se caracteriza “por impor um ideal mais amplo, que engloba outros ideais mais restritos” (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema Constitucional Tributário**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.40). Ou seja, os sobreprincípios têm como característica atuar “sobre” outros princípios (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Op. cit. p. 99). Com efeito, o devido processo legal busca um ideal de defensabilidade, controlabilidade e

legal.²⁷³ Desse modo, “tudo há de depender do exame *in concreto* do caso e no contexto dos elementos constantes dos autos, material sobre o qual haverá o órgão judicial de exercer com o maior cuidado o seu exame crítico e extrair a verdade provável e possível”.²⁷⁴

Além disso, o convencimento do juiz deve ser motivado justamente porque sem o dever de motivação das decisões de nada valeriam as exigências de racionalidade, já que, de uma forma geral, essa motivação consiste no desenvolvimento do *iter* de raciocínio que leva o juiz a concluir acerca da concretização ou não de determinado fato.²⁷⁵ Com efeito, de nada valeriam as regras lógicas e mesmo as máximas de experiência se não existisse o dever de motivação das decisões, já que é esse fator que confere transparência e a justificação necessária não só para as partes, mas também para a sociedade.²⁷⁶ E é exatamente nesse aspecto que se diferencia o livre convencimento (íntimo) do livre convencimento motivado: embora efetivamente em ambos haja a livre apreciação da prova, é somente no último sistema que há a necessidade de motivação, demonstrando-se os critérios utilizados para a valoração do material probatório.²⁷⁷

Em suma, o que se quer dizer é que o livre convencimento motivado só terá efetividade se apresentar *racionalidade* e suficiente *motivação*.²⁷⁸ Desse modo, por um lado, a racionalidade, compreendida como as regras lógicas e as máximas de experiência²⁷⁹, apresenta-se como algo inerente ao livre convencimento do

imparcialidade, ao mesmo tempo em que possui ideais mais restritos (ou meios para se atingir os ideais mais amplos), como, por exemplo, o contraditório e o próprio dever de motivação.

²⁷³ POZZA, Pedro Luiz. Sistemas de apreciação da prova. Op. cit. p. 233.

²⁷⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Problemas atuais da livre apreciação da prova. Op. cit. p. 53.

²⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. III. Op. cit. p. 106.

²⁷⁶ LIRA, Gerson. Direito à valoração das provas. Op. cit. p. 36.

²⁷⁷ POZZA, Pedro Luiz. Sistemas de apreciação da prova. Op. cit. p. 234.

²⁷⁸ Baldassare Pastore, ao dissertar sobre o livre convencimento motivado, lembra que “se non si vuole considerarlo un principio potestativo idoneo a legittimare l'arbitrio del giudice, un criterio discrezionale di decisione, quale che siano le risultanze probatorie, va riaffermata com forza la sua connessione con procedura conoscitive, il suo riferimento necessário, oltre che a vincoli normativi, a *regole di razionalità*, fondamentali gli uni quanto le altre per la determinazione dei metodi di ricerca della verità processuale, e il suo collegamento con l'obbligo di motivare esaurientemente” (PASTORE, Baldassare. **Giudizio, Prova, Ragion Pratica**: um approccio ermeneutico. Op. cit. p.256-257).

²⁷⁹ Perceba-se que isso não significa que o conceito de racionalidade se resume às regras lógicas e às máximas de experiência. Isso seria uma concepção redutiva do conceito de racionalidade. Afinal, como expõe Michele Taruffo, o conceito de racionalidade é muito complexo e variável “nei diversi contesti di esperienza, e per altro verso che esso è direttamente influenzato da numerosi fattori di ordine culturale generale, nonché dai presupposti filosofici assunti da chi di volta in volta lo definisce. Così ad es. vi possono essere concezioni <forti> della razionalità, come quelle che si esplicano nella

jugador.²⁸⁰ Por outro, a motivação acaba sendo um fator complementar (mas não menos importante) à racionalidade: afinal, é a motivação que irá revelar a *racionalidade necessária*, bem como a legitimidade a toda independência que goza o julgador.²⁸¹

Diante disso tudo, não nos parece correto adotar a conceituação de que o livre convencimento motivado possui aspecto negativo, no sentido de ser um rechaço à prova legal, justamente porque não impõe nenhum critério (positivo) de valoração.²⁸² Ou seja, de acordo com esse entendimento, pode-se “falar de livre convencimento somente quando o *iter* lógico do juiz não encontrar a barreira da prova legal”.²⁸³

Ora, considerando-se que o nosso sistema processual adotou o livre convencimento motivado, fica fácil perceber que a conceituação antes exposta parece diminuir o referido sistema, de modo a ser aplicado somente de forma subsidiária ao da prova legal. Como já foi referido no presente trabalho, efetivamente há normas de exclusão ou limitação da prova em nosso Código de Processo Civil; entretanto, isso não pode significar, de modo algum, nesses casos específicos, a

logica formale e tavolta nelle scienze empiriche, e concezioni <deboli> della razionalità come ragionevolezza, come quelle che si ritrovano nelle scienze c.d. umane, ed in particolare nell’ambito della teoria moderna del ragionamento giuridico” (TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 395-396). Entretanto, no sentido que se propõe o presente trabalho a respeito do livre convencimento motivado, entendemos que a racionalidade como exigência do referido princípio engloba o respeito às máximas de experiência, principalmente porque é por meio “dessas regras de experiência que se garantirá, com a sua aplicação no momento valorativo, a racionalidade do processo formativo do juízo de fato, que, em tal modo, desvincula-se da mera subjetividade do juiz, ancorando-se em objetivos critérios de valoração” (ROSITO, Francisco. **Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo**. Op. cit. p. 58). Ou seja, são as máximas de experiência, nesse sentido, que conferirão a racionalidade reclamada pelo livre convencimento motivado ou, mais especificamente, “a coerência característica dos padrões de normalidade veiculados em regras de experiência serve como parâmetro para o controle da racionalidade da justificação interna da argumentação empregada com vistas à obtenção de um retrato possível da realidade histórica” (REICHELTE, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Op. cit. p. 210). A propósito, e para corroborar a ideia aqui exposta, Alfredo Buzaid também sustentou que o “emprego necessário, por parte do juiz, das ‘máximas de experiência’ (isto é, das proposições verificadas através das quais a experiência se põe e se torna interindividual) assegura a racionalidade de sua decisão” (BUZOID, Alfredo. Máximas de experiência. In: **Estudos e Pareceres de Direito Processual civil** (notas de adaptação ao direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 139).

²⁸⁰ WALTER, Gerhard. **La Libre Apreciación de la Prueba (investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial)**. Op. cit. p. 355.

²⁸¹ FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. As máximas de experiência e o livre convencimento do juiz. Op. cit. p. 18.

²⁸² ABELLÁN, Marina Gascón. **Prueba Judicial: valoración racional y motivación**. Op. cit. p. 09.

²⁸³ PATTI, Salvatore. **Libero convencimento e valutazione delle prove**. Op. cit. p. 485.

superação do livre convencimento motivado e, sobretudo, da livre valoração da prova.

Diante disso, por exemplo, a confissão judicial, que nos termos do art. 350, 1ª parte, do CPC, faz prova contra o confitente, não afasta, conforme Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o juiz do dever de sopesar o alcance desse elemento no contexto probatório e atribuir-lhe o valor que lhe for mais adequado, de modo nenhum implicando presunção absoluta da veracidade dos fatos”.²⁸⁴ O julgador, de qualquer maneira, é livre para valorar a prova, não ficando, em hipótese alguma, preso a qualquer padrão legislativo.²⁸⁵ Afinal, sempre é válido lembrar que livre valoração significa, de fato, valoração discricionária enquanto não vinculada à lei²⁸⁶, desde que tal ato se dê de forma racional e, após, seja devidamente motivado.

Também é por isso que não se pode apresentar o sistema da prova legal como um limite ao livre convencimento motivado, como, porém, defendem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery.²⁸⁷ Na verdade, como já dito, o livre convencimento do juiz motivado apresenta como algo inerente a racionalidade, de modo que, por si só, o livre convencimento não significa um convencimento propriamente “livre”. A vinculação, portanto, “é de tipo diverso da imposta pela tarifa legal”, *devendo a livre convicção observar, sobretudo, critérios de racionalidade, razão pela qual o que deve ser observado, neste aspecto, não são regras “jurídicas, mas lógicas”, de forma que “a liberdade de que se cuida é uma liberdade objetiva, não uma liberdade subjetiva”*.²⁸⁸

²⁸⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Problemas atuais da livre apreciação da prova. Op. cit. p. 54.

²⁸⁵ Conforme Gerson Lira, no “atual sistema de valoração probatória denominado de persuasão racional, o juiz está livre de qualquer valor preestabelecido legalmente com relação às provas obtidas”. As restrições existentes do nosso Código de Processo Civil, relativamente à prova, ainda conforme o autor, “referem-se mais ao momento da produção da prova, o que limita a busca de uma correspondência entre a convicção formada e a realidade dos fatos, e não ao momento da valoração. A prova dita legal, ou tarifada, tem relevância quando a atividade probatória encontra-se na sua última fase, eis que não permitido ao julgador fugir dos parâmetros valorativos estabelecidos em lei. No processo civil de hoje não se pode dizer que ao juiz cabe valorar mais uma prova em detrimento de outra. Há, sim, uma relativa liberdade do julgador no momento de valorar a prova, devendo sempre, por imposição constitucional e racional, motivar de que forma valorou as provas produzidas (LIRA, Gerson. Direito à valoração das provas. Op. cit. p. 37-38).

²⁸⁶ TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. In **Rivista di Diritto Processuale**, ano XLV, n.2, abr./jun. 1990, 438.

²⁸⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. Op. cit. p. 340.

²⁸⁸ KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Op. cit. p. 16-19.

*Isso permite uma importante constatação: note-se, portanto, que não é tarefa do julgador emitir opiniões pessoais acerca das afirmações fáticas a serem verificadas, pois o papel a ser desempenhado por ele, por óbvio, é o de juiz, e como tal, não pode simplesmente se limitar a decidir por convicções puramente privadas.*²⁸⁹ Mais especificamente, “não se pode admitir um juízo de fato, em última análise, calcado em pauta individual, não revelada em processo de racionalização jurídica (via fundamentação), a qual impossibilitaria seu controle lógico”.²⁹⁰ Em outros termos, como já foi referido pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, “a convicção pessoal, subjetiva, do magistrado (...) não se presta para supedanear uma decisão”.²⁹¹ *Isso tudo faz com que no livre convencimento motivado se tenha um convencimento jurídico.*²⁹²

O que se quer dizer é que o princípio do livre convencimento motivado reclama a necessidade de o juiz não se limitar a decidir por convicções puramente particulares, privadas ou, mais concretamente, de forma subjetiva. Ele deve assumir papel de juiz e, por isso mesmo, decidir segundo as regras próprias oriundas de tal princípio. Daí porque, neste contexto, *são as máximas de experiência que acabam por dar conteúdo específico ao princípio do livre convencimento motivado* ou, mais especificamente, *elas representam os instrumentos fundamentais da livre valoração da prova.*²⁹³ *Finalmente, a livre apreciação das provas só é razoável se o convencimento do juiz é vinculado às máximas de experiência.*²⁹⁴

Nesse sentido, a propósito, a constatação de Bernhard Gmehling é reveladora: o juiz, “em sua decisão”, “está dentro dos limites da racionalidade, das máximas de experiência e das leis da natureza”.²⁹⁵

²⁸⁹ GMEHLING, Bernhard. **Die Beweislastverteilung bei Schäden aus Industrieimmssionen**. Op. cit. p. 24.

²⁹⁰ KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 24.

²⁹¹ STJ, REsp 184.156/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 01/10/1998, DJ 09/11/1998, p. 161

²⁹² Cabe aqui, a propósito, a observação de Bernhard Gmehling que, embora não se refira especificamente ao princípio do livre convencimento motivado, lança uma ideia que bem se adapta à noção de que o livre convencimento não é absolutamente livre: o convencimento jurídico não deve ser apenas um convencimento pessoal, mas sim também uma verossimilhança pragmática, isto é, conter uma certeza objetiva (GMEHLING, Bernhard. **Die Beweislastverteilung bei Schäden aus Industrieimmssionen**. Op. cit. p. 21).

²⁹³ BOVE, Mauro. **Il Sindacato della Corte di Cassazione: contenuto e limiti**. Op. cit. p. 201.

²⁹⁴ GOTTWALD, Peter. **Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz**. Op. cit. p. 170.

²⁹⁵ GMEHLING, Bernhard. **Die Beweislastverteilung bei Schäden aus Industrieimmssionen**. Op. cit. p. 31.

Além disso, não se pode ficar preso a estrita dicotomia entre livre convencimento/prova legal. Como se viu, o livre convencimento (íntimo) até pode ter sido uma contraposição à prova legal. Entretanto, aplicar essa ideia ao livre convencimento motivado nos dias atuais não cabe mais²⁹⁶. De regra, portanto, basta pensar no livre convencimento motivado, com suas características próprias. Dessa maneira, correto está Michele Taruffo ao sustentar que “o irracionalismo na valoração da prova não é a única alternativa à prova legal, e ao contrário esta não é o único remédio contra os riscos inerentes ao subjetivismo do livre convencimento do juiz”, de forma que essa concepção é “fortemente reducionista” no que se refere “aos métodos aplicáveis aos fenômenos probatórios: o que é de fato excluído da alternativa rígida entre lei e intuição subjetiva é a própria possibilidade de empregar *critérios racionais* para a averiguação judicial dos fatos”.²⁹⁷ Além disso, não se pode esquecer que “a liberdade do juiz no desempenho da atividade jurisdicional, assentada na certeza moral, encontra exatamente na fundamentação o seu preço”.²⁹⁸

De qualquer maneira, do que foi visto até aqui, pode-se concluir que o livre convencimento motivado impõe ideais de *racionalidade* e de *motivação*. Ou, como bem aponta Vittorio Denti, a “racionalidade da motivação é a manifestação objetiva do livre convencimento do juiz”.²⁹⁹

²⁹⁶ Essa ideia efetivamente é desprovida de fundamento, na medida em que, se for assim, deve-se ter em mente que o livre convencimento motivado também pode ser considerado uma contraposição à íntima convicção, o que, entretanto, conduziria a uma ambiguidade. Afinal, afirma Danilo Knijnik, que “já em sua origem, o princípio do livre convencimento encarnou uma reação contra o julgamento por íntima convicção, portanto, uma reação contra o subjetivismo, a arbitrariedade e a violência, nunca o contrário! De outro lado, também se combateu a rigidez da prova legal, donde se pode constatar uma considerável ambiguidade: ao mesmo tempo em que se repelia a tarifação e se prestigiava a liberdade do juiz – o que poderia conduzir ao subjetivismo – combatia-se, também, o psicologismo, a arbitrariedade das convicções imotivadas e injustificadas! (KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. In **Revista Forense**, v. 353, jan./fev. 2001, p. 31).

²⁹⁷ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 373.

²⁹⁸ CRUZ e TUCCI, José Rogério. **A Motivação da Sentença no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 104.

²⁹⁹ DENTI, Vittorio. *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*. In: **Rivista di Diritto Processuale**, n. 27, 1972, p. 432.

2 A NECESSIDADE DO CONTRADITÓRIO PARA FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Outro fator importante e que necessariamente possui influência na convicção do julgador (e, portanto, na motivação) é o princípio do contraditório.

Visto por alguns com certa simplicidade³⁰⁰, o princípio do contraditório, na verdade, é considerado uma garantia suprema, o princípio fundamental do processo, a sua força motriz.³⁰¹

Isso porque o contraditório possibilita uma série de fatores que de forma conjunta inevitavelmente auxiliam os interessados a influenciar a decisão judicial: diálogo, cooperação e o exercício da atividade democrática dentro do próprio processo.

Pioneiramente, entre nós, foi Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que sustentou a ideia de que é o contraditório responsável pela “imprescindível participação dos interessados no *iter* de formação do provimento destinado a interferir em sua esfera jurídica”.³⁰² Para tanto, o que se deve observar, antes de tudo, é a relação puramente dialética do processo e que é proporcionada justamente pelo contraditório. Tanto isso é verdade que o processo deve ser entendido como uma comunidade de comunicação.³⁰³

A propósito, Michele Taruffo lembra que o processo “é o ‘lugar’ no qual o diálogo ocupa largo espaço e constitui importante fator dinâmico”, de modo que “a decisão judicial pode ser entendida como o resultado final de uma complexa interação dialética”.³⁰⁴ Isso porque é por meio de um diálogo jurídico entre o juiz, as

³⁰⁰ Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, analisa que o princípio do contraditório se resume na ciência bilateral dos atos e termos do processo e na possibilidade de contrariá-los. Essa conceituação, segundo o processualista, cobre todo o campo e abrange todo o conteúdo da garantia do contraditório (DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 19, dez. 1981/dez.1982. p. 30).

³⁰¹ CALAMANDREI, Piero. Processo e Democrazia. Op. cit. p. 678.

³⁰² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, v. 9, n. 1, nov. 1993, p. 178.

³⁰³ SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 579.

³⁰⁴ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra lógica, retórica e dialettica. In: **Revista de Processo**, ano 32, n. 143, jan. 2007, p. 73. Sobre o ponto, lembra Luis Alberto Reichelt que o “diálogo entre os sujeitos processuais é, antes de tudo, uma decorrência da coexistência de uma pluralidade de vozes que se comunicam nos autos em torno de um problema a ser resolvido” (REICHELTL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 104).

partes e os advogados que se possibilita uma decisão judicial conjunta a todos os participantes do processo.³⁰⁵ A dialética processual, assim considerada, possui duas dimensões básicas: a primeira diz respeito à relação dialética entre as partes, o que se dá graças ao contraditório, e a segunda diz respeito à formação da decisão jurídica como momento fundamental, levando-se em conta a relação entre fato e norma.³⁰⁶

Essa relação dialética, porém, não alcança somente autor e réu, mas também a figura do juiz.³⁰⁷ Considerando o processo como um procedimento em contraditório,³⁰⁸ deve-se ter uma “estruturação de um formalismo que proponha um debate leal entre *todas as pessoas que nele tomam parte*”.³⁰⁹ Vale dizer: o contraditório pressupõe o prudente e constante diálogo entre as partes e das partes com o juiz.³¹⁰ É o diálogo, portanto, o instrumento que possibilita, sobretudo, a comunicação de ideias sobre a matéria que foi subministrada e que se pode elaborar no círculo processual.³¹¹ Tanto isso é verdade que Elio Fazzalari aponta que o processo assim compreendido é a “estrutura dialética do procedimento”, consubstanciado, “precisamente”, no “contraditório”.³¹²

Nesta perspectiva, o diálogo, portanto, é imprescindível, na medida em que é ele que possibilita a ampliação do quadro de análise, constringe à comparação, além de atenuar o perigo de opiniões preconcebidas e favorecer a formação de um

³⁰⁵ LAUMEN, Hans-Willi. **Das Rechtsgespräch im Zivilprozess**. Köln: Carl Heymanns, 1984, p. 109.

³⁰⁶ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. Op. cit. p. 73.

³⁰⁷ Neste sentido, lembra Hans-Willi Laumen que para que o diálogo jurídico tenha efetividade, devem as partes, pelo menos, ter a possibilidade, entre outras coisas, de contrapor juridicamente a explicação da opinião jurídica do Tribunal (LAUMEN, Hans-Willi. **Das Rechtsgespräch im Zivilprozess**. Op.cit. p. 145-146).

³⁰⁸ Conforme Elio Fazzalari, há o processo, caracterizado como procedimento em contraditório, quando no “*iter* di formazione di un atto è contemplata la partecipazione non solo – ed ovviamente – del suo autore, ma anche dei destinatari dei suoi effetti, ‘in contraddittorio’, in modo che costoro possano svolgere attività di cui l’autore, dell’atto deve tener conto, i cui risultati, cioè, egli può disattendere, ma non ignorare”. (FAZZALARI, Elio. Procedimento I – procedimento e processo (teoria generale. In: **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1986. v. XXXV. p. 827).

³⁰⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 134.

³¹⁰ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Iniciativa probatória do juiz e princípio do contraditório no processo civil. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.). **Prova Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 141.

³¹¹ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. In: **Rivista di Diritto Processuale**, anno XXI, n. 4, ott./dic. 1966. p. 587.

³¹² FAZZALARI, Elio. Procedimento I – procedimento e processo (teoria generale). Op. cit. p. 827.

juízo mais aberto e ponderado.³¹³ Afinal, é com a implementação de um “diálogo jurídico” que se possibilita uma investigação completa sobre os elementos fáticos envolvidos no processo.³¹⁴

É possível perceber, deste modo, que o diálogo, nesta perspectiva, possui relação direta com o método abduutivo: relembre-se, a propósito, que o aludido método possui um caráter de descoberta e, por isso mesmo, origina uma ideia nova. Ora, é evidente que somente *mediante um constante diálogo é que se atinge o caráter de descoberta, atingindo-se a ideia nova*. Também, desta forma, o diálogo, proporcionado pelo contraditório, auxilia na prevenção de decisões arbitrárias.

Essa relação inerente do contraditório com o diálogo desemboca, necessariamente, na ideia de processo cooperativo, no sentido de haver combinação das atividades do autor, réu e juiz.³¹⁵ No processo cooperativo, retoma-se o valor do diálogo, com concurso das atividades dos sujeitos processuais, mediante colaboração, tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa,³¹⁶ com o que a relação existente entre as partes e das partes com o juiz, nesta dinâmica processual, é verdadeiramente paralela.³¹⁷ O julgador, portanto, também tem um papel mais ativo,³¹⁸ inclusive na instrução probatória, que deverá

³¹³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: **Do Formalismo no Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 234.

³¹⁴ LAUMEN, Hans-Willi. **Das Rechtsgespräch im Zivilprozess**. Op. cit. p. 103-104.

³¹⁵ Conforme Eduardo Grasso, essa é “la struttura insita nel concetto comune di collaborazione” (GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. Op. cit. p. 587).

³¹⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. In: **Genesis**: Revista de Direito Processual Civil, n. 27, jan./mar. 2003. p. 27.

³¹⁷ Refere Eduardo Grasso que “Il giudice, nello sviluppo del dialogo, si porta al livello delle parti: alla tradizionale costruzione triangolare si sostituisce una prospettiva di posizioni parallele (GRASSO, Eduardo. Op. cit. p. 609).

³¹⁸ Cabe neste ponto uma pequena digressão: pelo que se pode perceber, a ideia do contraditório defendida no presente trabalho, juntamente com constante diálogo e mediante um processo cooperativo, reclama um maior ativismo do juiz, o que possui íntima relação com a revolução feita por Franz Klein no ordenamento processual austríaco. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a propósito, bem lembra a mudança estabelecida pela codificação austríaca de 1895, o que se deu “graças ao gênio de Franz Klein”, o qual estava preocupado em extirpar o processo como “mal social”. Nesta codificação, entre outros fatores, cresceu a atividade do órgão judicial, cabendo ao julgador, inclusive, instruir as partes ignorantes do direito ou não representadas por advogado e aconselhá-las sobre as consequências jurídicas de seus atos ou omissões (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. Op. cit. p. 75-76). Não é por menos que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma que aquilo que foi idealizado por Franz Klein é “mais condizente com a natureza do processo atual, capaz de obter maior eficiência na aplicação e realização do direito”. Afinal, para Franz Klein, “os princípios processuais da oralidade, da publicidade e da livre valoração da prova constituem apenas meios (...) para se atingir o escopo do processo, premissa de que se extrai, sobretudo, a necessidade de o juiz participar de forma mais intensa na direção efetiva do processo e em particular na investigação dos fatos” (Ibidem, p. 186-187). Nota-se, assim, como já foi dito acima, uma íntima relação dentre o processo cooperativo aqui preconizado, sobretudo quanto ao ativismo do juiz, com os ideais de Franz Klein. Contudo, há quem critique o

ser exercida em conjunto com as partes, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo³¹⁹. Aliás, é somente com um juiz ativo que se pode assegurar o contraditório.³²⁰ Evidente, portanto, a razão pela qual o contraditório efetivamente se apresenta como um “instrumento operativo do juiz”, sendo o “ponto principal da investigação dialética, conduzida com a colaboração das partes”.³²¹

projeto de Franz Klein. Assim, por exemplo, Franco Cipriani tece fortes considerações a respeito, ressaltando que, na verdade, o projeto de Klein não pode ser considerado razoavelmente somente com um caráter publicista, mas deve ser considerado não liberal e até mesmo em certo sentido autoritário e moralístico. Isso porque, segundo Cipriani, quando se retira os direitos das partes e se confere poderes discricionários ao juiz, está-se diante de um autoritarismo processual, e quando “si vede nel processo un ‘male sociale’ e una ‘ferita per il corpo della società’”, tem-se o moralismo (CIPRIANI, Franco. **Ideologie e Modelli del Processo Civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 38). Com efeito, como observa mais uma vez Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, não se pode desconsiderar que o aumento dos poderes do juiz não deve significar a indeterminação destes poderes, sob pena de se transferir ao órgão judicial o poder de criar, a seu bel-prazer, caso por caso, a regra processual mais apropriada para o desenvolvimento do procedimento. Certamente, aí sim haveria o arbítrio estatal dentro do processo. Nota-se, portanto, uma dicotomia: se Franz Klein tinha razão, por um lado, ao constatar que o processo civil é integrado por normas para a proteção do interesse da coletividade e dos bens jurídicos dos indivíduos, por outro lado não se desconhecem as garantias dos cidadãos e das pessoas em geral contra o arbítrio e ilimitado exercício do poder estatal. Ocorre que não se pode fazer retroceder o ativismo judicial e que é resultante da própria evolução social, política e cultural de nossa época e que pode efetivamente contribuir para a realização da tutela jurisdicional (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo**. Op. cit. p. 187-188).

³¹⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo**. Op. cit. p. 209. Vale aqui a assertiva de Barbosa Moreira: “Não é incompatível com a garantia do contraditório a iniciativa do próprio juiz (...) na busca de elementos esclarecedores” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: **Direito Processual (Terceira Série)**. São Paulo: Saraiva, 1984. p.68). Aliás, “a iniciativa probatória do juiz é elemento indissociável da efetividade do processo” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27).

³²⁰ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.78. A propósito, Ada Pellegrini Grinover, ao referir sobre o processo penal (cujo entendimento, porém, é inteiramente aplicável ao processo civil), afirma que o “juiz cuidará da efetiva participação das partes no contraditório, utilizando, para tanto, seus amplos poderes, a fim de que não haja desequilíbrio entre os ofícios da acusação e defesa” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: **Novas Tendências do Direito Processual**. São Paulo: Forense Universitária, 1980. p. 18).

³²¹ PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. In: **Rivista di Diritto Processuale**, anno LIII, n. 3, lug./set.1998, p. 680. Note-se que a ideia de processo como procedimento em contraditório, no qual ganha destaque, acima de tudo, o diálogo, justamente em razão do contraditório e, por conseguinte, a construção da decisão judicial em colaboração com as partes, retoma, sob certo aspecto, a concepção do *ordo iudiciarius*. Afinal, o processo medieval era baseado, sobretudo, no princípio do contraditório e ganhava destaque o raciocínio dialético, de modo que havia a “lógica da controvérsia” (GIULIANI, Alessandro. *L’ordo iudiciarius medioevale (riflessioni su um modello puro di ordine isonômico)* In: **Rivista di Diritto Processuale**, anno XLIII, n. 03, lug./set. 1988, p. 601 e 605). Daí a razão pela qual Nicola Picardi lembra que o fundamento do procedimento medieval (...) é representado pelo complexo de regras que hoje retomamos na fórmula ‘princípio do contraditório’, e que se constitui mais propriamente em uma metodologia de investigação da verdade (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Op. cit. p. 129). É prudente, entretanto, advertir que a ideia do processo cooperativo não é de “propriamente restabelecer o *ordo isonômico* medieval, mas de inserir o processo na época pós-moderna, de modo a se legitimar plenamente o exercício da Jurisdição mediante melhor e mais acabada comunicação do órgão judicial com os atores do processo e pela procura de um razoável equilíbrio dos poderes do juiz em relação aos poderes das partes e de seus

Neste contexto, o debate das questões não é somente a respeito das questões de fato, mas também acerca das questões de direito³²², de modo a ser verificado, especificamente neste aspecto, mediante colaboração, o conteúdo e alcance da norma a ser aplicável.³²³ Mas não é só isso: “é absolutamente indispensável tenham as partes a possibilidade de se pronunciar *sobre tudo* que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode pronunciar de ofício”.³²⁴ Para se perceber a importância do contraditório no ponto, afirma-se, inclusive, que o juiz deve manifestar previamente sua avaliação jurídica, a fim de que as partes possam conhecer sobre quais fatos elas devem se reportar,³²⁵ ou seja, acerca de quais fatos devem ter atenção especial.

Também sob esse viés, ganha destaque que o contraditório também possui eficácia no que se refere ao direito probatório. Afinal, as partes devem intervir preventivamente sobre tudo que possa influir na decisão.

Com efeito, o contraditório é um meio de controle acerca da *determinação* do material probatório destinado a constituir a base da decisão judicial, o que é consubstanciado, basicamente, (i) na possibilidade de contestar a admissibilidade e relevância da prova deduzida pela outra parte ou até mesmo em relação àquela que foi determinada de ofício pelo juiz e (ii) na possibilidade de deduzir prova em contrário àquela deduzida pela outra parte ou disposta de ofício pelo julgador.³²⁶

representantes (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. p. 27).

³²² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. Op. cit. p. 179-180. A propósito, vale ressaltar que Jürgen Brüggemann salienta que o brocardo “iura novit curia” não se sustenta mais (BRÜGGEMANN, Jürgen. **Die Richterliche Begründungspflicht**. Berlin: Duncker und Humblot, 1971. p. 160-161).

³²³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. Op. cit. p. 236.

³²⁴ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. Op. cit. p. 136. Aliás, vale o registro de que sobressai no projeto do novo Código de Processo Civil a ideia de um contraditório forte, tanto que, e também em decorrência da estrutura cooperativa do processo civil, o PLS 166/2010 refere, no seu art. 10, que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**: críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 72 e 75).

³²⁵ LAUMEN, Hans-Willi. **Das Rechtsgespräch im Zivilprozess**. Op. cit. p. 103.

³²⁶ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 402. Veja-se que, sob esse viés, não pode o julgador indeferir determinada prova por já estar convencido. Afinal, tal entendimento, além de ferir o contraditório e, sobretudo, o princípio da cooperação, confunde o momento da admissibilidade da prova com o da valoração (acerca desta distinção, ver também *supra*, nota de rodapé 271). A esse respeito, especialmente no que se refere à admissão da prova e sua valoração, anota Daniel Mitidiero que apesar de “vencedora na jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, a orientação

Da mesma forma, o contraditório possui eficácia no que se refere à *formação* prova, na medida em que “as partes podem *colaborar* na criação de provas fidedignas, empregando os seus conhecimentos e as suas faculdades defensivas a fim de evitar a formação de prova inidônea a fundar uma correta decisão sobre o fato”; daí, portanto, a função do contraditório, antes de tudo, como “atividade das partes” com o intuito de “verificar *in itinere* a qualidade da prova em si”.³²⁷ Afinal, como bem adverte Antônio Magalhães Gomes Filho, “são também as partes que possuem os melhores elementos para contestar e explorar as provas trazidas pelo adversário, possibilitando ao julgador uma visão mais completa (e mais crítica) da realidade”.³²⁸

Finalmente, nessa seara, no que se refere à *valoração* da prova, o contraditório atua como instrumento de controle dos poderes discricionários do juiz, justamente porque permite às partes indicarem os critérios segundo os quais tais poderes devem ser exercitados, por meio de suas razões e argumentações defensivas. Ou seja, deve haver a possibilidade de as partes conhecerem e discutirem previamente as escolhas do juiz. Desse modo, há a necessidade de admitir que as partes possam intervir e justificar as suas hipóteses sobre a eficácia atribuída à prova para a averiguação do fato. Com isso, o prévio contraditório sobre as hipóteses de valoração da prova pode ser relevante fator de racionalidade e de controle preventivo da discricionariedade do julgador.³²⁹ Afinal, “livre convencimento do juiz deve ser entendido como a liberdade do juiz para apreciar as provas obtidas

no sentido de que é possível ao órgão jurisdicional indeferir a produção de determinada prova por já estar convencido a propósito do que se pretende provar”, invocando-se para tanto “o livre convencimento judicial”, solução essa “calcada na ideia de juiz como único destinatário da prova”, deve ser ressaltado que “o juízo de admissibilidade da prova nada tem a ver com a eventual valoração que se empreenda sobre o resultado da prova (...). A admissão da prova deve ser apreciada sobre bases objetivas, tendo por referencial as alegações de fato controversas, pertinentes e relevantes a provar. Privilegia-se, assim, o processo na sua acepção *trium personarum*, ressaltando-se a ‘relativa’ liberdade do juiz na condução do processo no que tange à admissibilidade das provas (...). Tendo o meio probatório postulado nexos objetivos com o objeto da prova, tem o órgão jurisdicional de admiti-la, sob pena de sufocar-se o caráter democrático que caracteriza o processo civil no Estado Constitucional. Há, aí, inequivocadamente prova necessária à instrução do processo. O formalismo processual de corte cooperativo leva em conta o ponto de vista de todos aqueles que participam do processo” (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. Op. cit. p. 131-132).

³²⁷ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 403.

³²⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 41.

³²⁹ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 405-407.

em contraditório, com base em critérios selecionados, debatidos e verificados em contraditório”.³³⁰

Sobressai, especialmente no tocante à valoração da prova, em razão do contraditório e, por conseguinte, do princípio da cooperação,³³¹ o dever de esclarecimento, justamente porque deve haver um esclarecimento completo acerca da livre apreciação da prova. Aliás, a apreciação da prova só será considerada suficiente, ou completa, quando satisfeito o dever de esclarecimento.³³²

Tudo isso, portanto, evita que os litigantes sejam surpreendidos por decisão que se apóie em ponto do qual não houve prévio diálogo.³³³

Diante disso, o contraditório deve ser considerado, necessariamente, como um direito fundamental para as partes, já que, participando ativamente em todas as fases processuais, pode-se controlar a exatidão do procedimento e a legitimidade e a adequação do comportamento de todos os sujeitos processuais, sobretudo do juiz.³³⁴

O contraditório, assim compreendido, é considerado como uma projeção do princípio democrático, principalmente porque possibilita a participação na construção da decisão judicial.³³⁵ Há, evidentemente, verdadeiro exercício da atividade democrática dentro do processo, sobretudo porque se deve oportunizar efetiva participação àqueles que sofrerão os efeitos do provimento jurisdicional.³³⁶

³³⁰ LOMBARDO, Luigi. Scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile. Op. cit. p. 1118.

³³¹ É importante referir que o princípio da cooperação implica, além do dever de pedir esclarecimento, os deveres de prevenção, auxílio e de consulta (SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. Op. cit. p.591). Neste particular, é bom ressaltar que “o modelo de processo civil proposto” pelo Projeto do novo CPC “é indubitavelmente um modelo de processo civil cooperativo” tanto que constitui, no PLS 166/2010, hipótese de dever de esclarecimento aquilo que está no art. 8º; de diálogo, os arts. 10, 110, parágrafo único e 469, parágrafo único; de prevenção, arts. 301 e 858, §1º e de auxílio os arts. 5º, 698, III, 699, 700, V, 947 e 948 (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**. Op. cit. p. 73, nota de rodapé 12).

³³² WALTER, Gerhard. **La Libre Apreciación de la Prueba (investigación acerca del significado, las condiciones y limites del libre convencimiento judicial)**. Op. cit. p. 326-327.

³³³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. Op. cit. p. 181.

³³⁴ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. Op. cit. p. 74.

³³⁵ REICHEL, Luis Alberto. Colaboração, solidariedade social e efetividade da tutela executiva *stricto sensu*. In: **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, v. VI, n. 7 e 8, ano 2007, p. 343-344. Também, nesse sentido, CARPES, Artur. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 32.

³³⁶ GROSS, Marco Eugênio. Diálogo, participação e a influência do processo cooperativo no conteúdo da garantia do contraditório. In: **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, v. VI, n. 7 e 8, ano 2007, p. 375.

Por isso, neste sentido, o contraditório confere a possibilidade de influenciar de forma ativa sobre o desenvolvimento e resultado do processo e, portanto, sobre o próprio convencimento do juiz e até mesmo no conteúdo da decisão judicial.³³⁷ Ou seja, conforme anota Luigi Lombardo, o convencimento do juiz, embora livre, deve ser o resultado daquilo que progressivamente se forma durante o processo, com a participação ativa de todos os sujeitos que atuam no processo.³³⁸ Afinal, o próprio convencimento do juiz nasce de um complexo conjunto de escolhas, valorações e de inferências que o julgador formula com o escopo de chegar ao juízo em relação à verdade ou falsidade de enunciados factuais, sendo que as hipóteses sobre os fatos, que são relevantes para a decisão final da controvérsia, são formuladas pelos três sujeitos da dinâmica processual.³³⁹ O direito fundamental do contraditório, em sintonia com o Estado Democrático de Direito, permite, assim, a *participação* dentro do processo.

Nota-se aí a exigência democrática: afinal, o próprio Estado de Direito reclama de forma imprescindível, para fins de legitimidade das decisões, a participação dos seus destinatários, assegurando-lhes a observância do procedimento adequado e capaz de lhes oferecer oportunidades de efetivamente influir no teor do ato decisório.³⁴⁰ Daí, por conseguinte, a ideia do processo como “instrumento de vida democrática”, sobretudo porque o processo como procedimento em contraditório possibilita que os cidadãos participem de forma ativa nas decisões do Estado.³⁴¹

³³⁷ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 208.

³³⁸ LOMBARDO, Luigi. Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile. Op. cit. p. 1118.

³³⁹ TARUFFO, Michele. Elementi per un'analisi del giudizio di fatto. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno XLIX, n. 3, set. 1995, p. 791 e 816.

³⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 107.

³⁴¹ FAZZALARI, Elio. **Procedimento I – Procedimento e Processo (teoria generale)**. Op. cit. p. 820. Aliás, Luiz Alberto Reichelt evidencia “o exercício do poder do Estado como marca própria da atividade jurisdicional. Destaca-se, sob esse ângulo, a necessidade de fazer com que a atuação do poder estatal sobre a esfera jurídica dos indivíduos que convivem em um determinado âmbito social guarde sintonia com a vontade daqueles que se submetem a tal princípio. Na medida em que a atividade jurisdicional compreende a construção de comandos, nos quais vem individualizada a forma através da qual o Estado intervém na esfera jurídica dos sujeitos relacionados ao objeto do debate dos autos, impõe-se que seja assegurada aos envolvidos em tal panorama a possibilidade de manifestação efetiva a respeito do conteúdo da decisão judicial. Se alguém tem a sua esfera jurídica, de alguma forma, exposta sob a sombra da espada de Dâmocles, isso somente deve ser aceito à luz do art. 1º da Constituição Federal, na medida em que a atuação estatal leve em conta as alegações daquele que sofrerá o peso do exercício do poder do Estado. Das diversas projeções do princípio

Portanto, “se é pressuposto da democracia a liberdade, a igualdade, a participação dos cidadãos na vida do Estado, é lógico que essa participação se dê também no processo”, com o que é imprescindível “a ideia de participação como premissa constitucional para a apreciação do princípio contraditório no processo”.³⁴²

Assim, levando-se em conta essa feição do contraditório, compreende-se mais facilmente a ideia de que o contraditório faz depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes.³⁴³ por isso “o direito das partes a que as respectivas razões sejam examinadas em juízo, com os correlativos deveres do órgão judicial de apreciar essas razões e de, conseqüentemente, fundamentar suas decisões”.³⁴⁴ Desse modo, vale repetir, haverá influência sobre a convicção do julgador e até mesmo sobre a decisão judicial.

O que subjaz disso tudo é que a motivação efetivamente representa a última manifestação do contraditório, justamente porque é por meio dela que será verificado se o julgador efetivamente levou em consideração a participação dos interessados na formação da decisão judicial.³⁴⁵

Em suma, o que se tem, principalmente dentro de uma perspectiva do formalismo-valorativo, é que o contraditório reclama dever de debate entre todos os sujeitos que atuam no processo acerca de todo o material recolhido durante o

democrático inerentes ao funcionamento da estrutura estatal contemporânea, certamente a que mais parece ganhar peso é aquela na qual ele é instrumentalizado através da garantia do contraditório. Ainda que o direito de sufrágio e o caráter representativo nas votações legislativas sejam indispensáveis à estabilidade do Estado Democrático de Direito, é na seara da atuação da função jurisdicional que se dá a aproximação mais efetiva entre o exercício do poder estatal e a possibilidade de controle e de participação por parte daqueles que a ele se subordinam na realidade pós-moderna. Em uma sociedade na qual vontades conflitantes coexistem em constante contraste e tensão, a possibilidade de participação na construção da decisão judicial é a ponte que viabiliza a menor distância entre a vontade dos sujeitos que têm seus interesses em debate nos autos e o exercício do poder do Estado que sobre eles se impõe” (REICHELDT, Luiz Alberto. Colaboração, solidariedade social e efetividade da tutela executiva *stricto sensu*. Op. cit. p. 342-343).

³⁴² PIRES, Adriana. Prova e contraditório. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.). **Prova Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 70.

³⁴³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. Op. cit. p. 238.

³⁴⁴ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Op. cit. p. 205. O Supremo Tribunal Federal, aliás, já decidiu que “os princípios do contraditório e da ampla defesa, ampliados pela Constituição de 1988, incidem sobre todos os processos, judiciais ou administrativos, não se resumindo a simples direito, da parte, de manifestação e informação no processo, mas também à garantia de que seus argumentos serão analisados pelo órgão julgador, bem como o de ser ouvido também em matéria jurídica (STF, RE 527814 AgR, Relator(a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 05/08/2008).

³⁴⁵ COLESANTI, Vittorio. Principio del contraddittorio e procedimenti speciali. In: **Rivista di Diritto Processuale**, n. 4, 1975, p. 612. Ada Pellegrini Grinover também refere que a garantia da motivação da sentença serve para aferir, entre outros, a efetividade do contraditório (GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. In: **Revista da Ajuris**, v. 50, 1990, p. 08).

processo³⁴⁶, sendo que aludido dever encontra efetivamente sua expressão mais saliente quando da decisão judicial, justamente em razão da necessidade de constar na respectiva fundamentação o enfrentamento pelo órgão jurisdicional das razões das partes.³⁴⁷

O contraditório, “que concebe a participação dos cidadãos na conformação do poder do Estado como algo indissociável do mesmo”,³⁴⁸ é efetivamente o principal fundamento do processo pós-moderno. Sem esse direito fundamental, o processo sequer é legítimo.³⁴⁹

3 O CONTEÚDO DO DEVER DE MOTIVAR DAS DECISÕES JUDICIAIS

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 93, IX, determina que “serão (...) fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Já no plano da legislação ordinária, o já mencionado art. 131 do Código de Processo Civil menciona a necessidade de o juiz “indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”, enquanto que no art. 165 do mesmo diploma legal há referência de que “as sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso” e, finalmente, o referido art. 458, em seu inciso II, também do CPC, aponta como requisito essencial da sentença “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”.

A preocupação do legislador em positivar a necessidade da motivação das decisões, inclusive no âmbito constitucional, tem a sua razão: a motivação é vista

³⁴⁶ Afirma Paula Costa e Silva que a “finalidade essencial que preside o diálogo judiciário é a de permitir uma discussão de todos os aspectos de facto e de direito considerados relevantes para a decisão da causa” (SILVA, Paula Costa e. **Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. Op. cit. p. 579.)

³⁴⁷ MITIDIÉRO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. Op. cit. p. 135. De acordo com Maria Thereza Gonçalves Pero, “a obrigatoriedade de motivação é correlata ao direito das partes de influir sobre a decisão e em condições de igualdade, dando-lhes a oportunidade de verificar ‘se’ e ‘de que modo’ essa influência terá ocorrido, assim como as razões pelas quais deixou de acontecer, na medida em que tenham tido a concreta possibilidade de valer-se de todos os instrumentos fornecidos pelo ordenamento processual para o idôneo exercício das próprias razões (PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A Motivação da Sentença Civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 62).

³⁴⁸ MITIDIÉRO, Daniel. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 145.

³⁴⁹ A observação é de CHIARLONI, Sergio. Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile. In: **Rivista di Diritto Processuale**, 2000, p. 1020.

como uma garantia inerente ao Estado de Direito,³⁵⁰ especialmente porque se considera o Estado de Direito como o Estado que se justifica.³⁵¹

Com efeito, no Estado de Direito, tem-se que todos os poderes sujeitam-se à lei e que qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas deve ser justificada. Desse modo e considerando que o Poder Judiciário, de um modo geral, deve custodiar a integridade da ordem jurídica, é evidente que o pronunciamento jurisdicional deve se fundar na lei e, por isso mesmo, é que o seu fundamento deve ser manifestado, justamente para que se possa saber se o império da lei efetivamente foi assegurado.³⁵²

Mas não é só isso. O processo, como “condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social”, deve ser compreendido, antes de tudo, “como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais”, de modo a “considerá-lo como direito constitucional aplicado”.³⁵³ Nesse contexto, a motivação ganha destaque, tendo

³⁵⁰ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, nesse sentido, é farta: “1. A garantia constitucional estatuída no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, segundo a qual todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa. 2. A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação. 3. A lavratura do acórdão dá consequência à garantia constitucional da motivação dos julgados.” (RE 540995, Rel. Min. Menezes Direito, Primeira Turma, julgado em 19/02/2008, DJe-078 DIVULG 30-04-2008 PUBLIC 02-05-2008); “É inquestionável que a exigência de fundamentação das decisões judiciais, mais do que expressiva imposição consagrada e positivada pela nova ordem constitucional (art. 93, IX), reflete uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-juiz, pois, ao torná-lo elemento imprescindível e essencial dos atos sentenciados, quis o ordenamento jurídico erigi-la como fator de limitação dos poderes deferidos aos magistrados e Tribunais” (HC 68202/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 06/11/1990, DJ 15/03/1991); “A motivação das decisões judiciais reclama do órgão julgador pena de nulidade, explicitação fundamentada quanto aos temas suscitados. Elevada a cãnone constitucional, apresenta-se como uma das características incisivas do processo contemporâneo, calcado no “due process of law”, representando uma ‘garantia inerente ao estado de direito’”. (REsp 493.625/PA, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 26/06/2003, DJ 29/09/2003 p. 262); “I - As decisões judiciais devem conter a motivação e os fundamentos pelos quais os requerimentos das partes são acolhidos ou rejeitados. A parte que se socorre do Poder Judiciário tem direito, mesmo que os pedidos não sejam acatados, a ver os seus argumentos debatidos e decididos, sob pena de ver frustrada qualquer possibilidade de socorro às instâncias excepcionais. II - A fundamentação e a motivação das decisões judiciais são requisitos que se encontram na Constituição Federal - art. 93, IX. São garantia do estado de direito para por a salvo o jurisdicionado do arbítrio e da parcialidade que podem ocorrer.” (REsp 216.165/RJ, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/02/2001, DJ 02/04/2001 p. 288).

³⁵¹ BRÜGGEMANN, Jürgen. **Die Richterliche Begründungspflicht**. Op. cit. p. 161.

³⁵² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: **Temas de Direito Processual (Segunda Série)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 89. Também, nesse sentido, CRUZ e TUCCI, José Rogério. **A Motivação da Sentença no Processo Civil**. Op. cit. p. 100.

³⁵³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: **Do Formalismo no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 261.

inclusive característica instrumental, no sentido de sua aplicação constituir condição de eficácia de outros princípios no plano da administração da justiça.³⁵⁴

Veja-se, por exemplo, o princípio da imparcialidade do juiz. Evidentemente que a concretização de tal princípio só poderá ser efetivamente verificada por meio de uma suficiente motivação. Afinal, não basta o julgador ser institucionalmente independente e abstratamente imparcial, razão pela qual é necessário que a imparcialidade seja verificada na decisão judicial.³⁵⁵

³⁵⁴ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 399.

³⁵⁵ Idem. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 42-43. Note-se, porém, que o que ganha destaque aqui é, antes de tudo, a imparcialidade objetiva, e não a subjetiva. A divisão da imparcialidade em subjetiva e objetiva surgiu com o julgamento do caso Piersack, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Na oportunidade, foi referido que “se a imparcialidade se define ordinariamente pela ausência de prejuízos ou parcialidade, sua existência pode ser apreciada (...) de diversas maneiras. Pode-se distinguir assim entre um aspecto subjetivo, que trata de averiguar a convicção pessoal de um juiz determinado em um caso concreto, e um aspecto objetivo, que se refere a se este oferece as garantias suficientes para excluir qualquer dúvida a respeito”. Essa decisão indica, segundo Joan Picó I Junoy, que a imparcialidade subjetiva se refere à convicção pessoal do juiz em relação ao caso concreto e às partes, enquanto que a imparcialidade objetiva se refere às garantias suficientes que o julgador deve reunir em sua atuação em relação ao mesmo objeto do processo (PÍCÓ I JUNOY, Joan. **La Imparcialidad Judicial y sus Garantías: la abstención y la recusación**. Barcelona: José María Bosch, 1998, p. 51; também neste sentido, LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 132, citando precedente do Tribunal Constitucional espanhol - STC 145/88). Em um sentido amplo, portanto, a imparcialidade subjetiva impõe a inexistência de qualquer relação entre o juiz e os interessados na causa a ser julgada. Mais especificamente, ela se refere à convicção pessoal do juiz em relação ao caso concreto e às partes (para se perceber isto, basta analisar os arts. 134, I, II, IV, V e VI e 135 do CPC, nos quais estão elencadas as causas de impedimento e suspeição). A distinção entre a imparcialidade objetiva e subjetiva, entretanto, como já apontado, existe e é relevante. Essa questão, aliás, foi muito bem analisada pelo STF, quando do julgamento do HC 94.641-1. Uma das alegações do impetrante do *habeas corpus* era a de que o magistrado que atuou no julgamento do feito teria atuado como autoridade policial, uma vez que em procedimento preliminar administrativo, em que fora apurado os fatos, o julgador teria ouvido diversas testemunhas antes de encaminhar os autos ao Ministério Público para a propositura da ação penal. Na oportunidade, foi referido pelo Min. Cezar Peluso que a “imparcialidade objetiva” é “cláusula elementar do princípio constitucional do justo processo da lei (*due process of law*)”. E, analisando o caso concreto, lembrou que “pouco se dá que as provas ou elementos indiciários que deram base à denúncia e, no processo subsequente, à própria sentença penal condenatória, não tenham sido colhidos em inquérito policial, mas no curso de procedimento oficioso de investigação de paternidade de que trata o art. 2º da Lei federal nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Coisa indiscutível é que, tendo-os coligido pessoalmente nessa sede, a qual guarda evidente caráter preliminar em relação às causas que daí podiam irradiar-se, o mesmo juiz conduziu, depois, todo o processo de ação penal fundada nos mesmíssimos fatos e, nela, proferiu sentença condenatória. Funcionou, assim, na produção das provas e cognição dos fatos, nas duas fases processuais em que estes se desdobraram como objeto de apuração jurisdicional, ou seja, na investigação oficiosa preliminar de paternidade e no processo e julgamento da ação penal consequente.” Ocorre que, em razão disso, “o juiz, ao conduzir e julgar a ação penal, não conseguiu – nem poderia fazê-lo, dada a natural limitação do mecanismo de autocontrole sobre motivações psíquicas subterrâneas – despir-se da irreprimível influência das impressões pessoais gravadas já na instrução sumária do procedimento de investigação de paternidade”. Daí porque houve, no caso, “ruptura da situação de *imparcialidade objetiva*, cuja falta incapacita, de todo, o magistrado para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida, em relação à qual a incontornável predisposição psicológica nascida de profundo contato anterior com as revelações e a força retórica

A exposição feita até aqui encaminha a discussão para a clássica divisão funcional da motivação: a função endoprocessual e a função extraprocessual.

A primeira consiste na exigência de assegurar às partes a exatidão da sentença, possibilitando um controle interno no processo sobre o fundamento da sentença e relaciona-se à possibilidade de impugnação.³⁵⁶ Tal função, entretanto, no nosso entendimento, vai mais além do que a simples possibilidade de impugnação (o que, aliás, seria uma visão reducionista da obrigação de motivação). É que aí está incluído o que se denomina de “direito de defesa”. Trata-se de uma garantia de controlabilidade acerca do respeito do direito de defesa por parte do juiz. Mas isso

da prova dos fatos o torna concretamente *incompatível* com a exigência de exercício isento da função jurisdicional. Tal qualidade, carente no caso, diz-se objetiva, *porque não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (imparcialidade dita subjetiva), mas porque corresponde à condição de originalidade da cognição que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Como é óbvio, sua perda significa falta de isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional*” (STF, HC 94641, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008, DJe-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009). Note-se, portanto, que concretamente, no nosso entendimento, *a imparcialidade objetiva tem como intuito evitar que o julgador seja tomado por um pré-julgamento em relação aos fatos que serão por ele julgados, ou, mais especificamente, em relação ao próprio objeto do processo.* Especificamente no âmbito do processo civil, a preocupação do legislador quanto ao ponto fica evidenciada em parte do inciso II e na totalidade do inciso III do art. 134 do CPC, os quais preceituam, respectivamente, que é defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário em que “oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público” ou em “que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão”. A corroborar essa ideia está o fato de que Joan Picó I Junoy, embora sustente a inexistência de uma imparcialidade objetiva, afirma que o que se pode falar, pelo menos, é de causas de abstenção, as quais, segundo ele, são subjetivas e objetivas e, nestas últimas, ele insere justamente casos similares aos que estão previstos em parte do inciso II e na totalidade do inciso III do art. 134 do CPC. Mas, de qualquer modo, anote-se que a imparcialidade objetiva não quer dizer que o juiz, especificamente no âmbito do processo civil, deve ser inerte durante o andamento do processo judicial, sobretudo na fase de *instrução probatória*. Pelo contrário, afinal, considerando que “o processo constitui instrumento para o exercício da função jurisdicional do Estado, o interesse público na justiça da decisão exige, para a sua realização, que o juiz sentencie somente quando formado o seu convencimento, tanto quanto possível, com a verdade dos fatos. Em razão disso, cabe ao juiz, de modo particular, investigá-los *ex officio*, juntamente com as partes” (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil**. Op. cit. p. 27). Além disso, é evidente que “realizada a prova por iniciativa do juiz, o respectivo resultado por força aproveitará, no todo ou em parte, a algum dos litigantes: do contrário haveria sido improfícua a diligência, e nem valeria a pena tê-la levado a cabo. Mas, no instante em que o órgão judicial a determina, normalmente não lhe é possível prever (melhor: adivinhar) o que dela resultará (...). Ora, se o juiz se expõe à censura de parcialidade na hipótese de atuar, só porque a prova devida à sua atuação é suscetível de favorecer um dos litigantes, no rigor da lógica também ficaria exposto à mesma censura na hipótese de omitir-se: com efeito, a subsistente falta da prova, conseqüente à omissão, poderia favorecer a outra parte! Não soa razoável fulminar como parcial o magistrado quer no caso de atuar de ofício, quer no de não atuar”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: **Temas de Direito Processual (Sétima Série)**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 23-24).

³⁵⁶ TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Op. cit. p. 104. Também, neste sentido, GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los Hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba**. Op. cit. p. 178).

não significa somente a possibilidade de se verificar, por meio da motivação, se as partes tiveram a oportunidade de se valerem de todos os instrumentos fornecidos pelo ordenamento processual para o exercício das próprias razões, mas especialmente o fato que o juiz tenha levado em consideração, de forma adequada, as argumentações, justamente no qual o direito de defesa se manifesta concretamente.³⁵⁷ Vale dizer: *é a possibilidade de se verificar se as partes efetivamente tiveram a oportunidade de influenciar o convencimento do juiz.*

Nota-se, aí, aliás, uma íntima relação entre a garantia do contraditório, antes especificada, e a garantia da motivação. Na verdade, o que se percebe é *uma relação de complementaridade entre o contraditório e a motivação.* Disso, conclui-se que *o contraditório, ao fim e ao cabo, como já visto, possibilita às partes influenciar no convencimento do julgador, enquanto que a motivação é possibilidade de se verificar, in concreto, a realização plena do contraditório.*

A função extraprocessual da motivação põe em evidência que o processo é também um fato que se relaciona com a sociedade em geral. Por essa razão, a motivação desenvolve função essencialmente democrática, já que viabiliza um controle externo sobre o fundamento da decisão.³⁵⁸ Há um controle generalizado e difuso sobre o modo pelo qual o juiz administra a justiça, de modo que os destinatários da motivação não sejam somente as partes, mas também a opinião pública. Atende-se, aí, a uma exigência de controlabilidade democrática sobre a administração da justiça.³⁵⁹ Além disso, tal função, é de se reconhecer, torna-se

³⁵⁷ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile.** Op. cit. p. 401.

³⁵⁸ TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano.** Op. cit. p. 104, GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los Hechos en el Derecho:** bases argumentales de la prueba. Op. cit. p. 178.

³⁵⁹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile.** Op. cit. p. 407. Também, nesse sentido, AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. In: **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, 1977. v. XXVII. p. 188. Perceba-se, assim, que é essa função que possibilita a realização plena do que Dei Malatesta chamava de "*principio da sociabilidade do convencimento*", segundo o qual o convencimento do juiz "deve ser tal que os fatos e provas submetidos ao seu juízo, se o fossem, desinteressado ao de qualquer outro cidadão razoável, deveriam produzir, também neste, a mesma convicção que naquele". Afinal, para que "o princípio da sociabilidade do convencimento (...) não seja uma estéril aspiração do pensador, deve ter uma concretização exterior e judicial, que assenta naquelas condições que tornam possível o juízo da sociedade sobre a mesma matéria, objeto do juízo magistrado. Está nisto a garantia concreta e prática da sociabilidade: no controle que a sociedade mesma pode exercer sobre a apreciação do magistrado, reprovando-o como disforme ou aprovando-o como conforme a sua própria. A sociedade pode, pois, exercer seu controle por dois caminhos: com juízo sucessivo ou contemporâneo ao pronunciamento do magistrado. A *motivação* da sentença é o meio prático, que torna possível o controle da sociedade com julgamento sucessivo ao do magistrado. A *motivação* obriga, por um lado, o juiz a basear em argumentos o próprio convencimento e torna, por outro, possível à sociedade controlar tal convencimento" (DEI MALATESTA, Nicola Flamarino. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal.** Op. cit. p. 55-56).

essencial para que se fortaleça a confiança na tutela jurisdicional, o que é, certamente, condição inestimável da coesão social e da solidez das instituições, no que sobressai, definitivamente, a motivação como uma garantia inerente ao Estado de Direito.³⁶⁰ Ademais, “a sentença judicial, enquanto expressão do exercício de um poder soberano, está, como num Estado de Direito sempre estará o exercício do poder, sujeita ao controle daquele povo do qual esse mesmo poder emana, e em cujo nome é exercido”.³⁶¹

Portanto, a motivação, como garantia inerente ao Estado de Direito, cumpre dúplici função: confere à sociedade a confiança necessária à tutela jurisdicional, bem como permite, novamente à sociedade, o controle do poder, o que é imprescindível em um Estado Democrático de Direito.

Dito isto, é interessante notar que do ponto de vista psicológico, motivação se refere aos fatores ou às determinantes internas, mais que externas, do sujeito que o incitam a uma ação. Daí que, quando o órgão jurisdicional aprecia as provas, deve não somente estabelecer adequadamente a estrutura interna da decisão, senão também o aspecto justificativo da mesma.³⁶²

Disso, somado a tudo o que foi exposto até aqui especificamente em relação à motivação, já se pode perceber a relação entre justificação e motivação.³⁶³ Nesse sentido, a motivação é considerada um discurso justificativo, sendo um procedimento argumentativo.³⁶⁴ Em outras palavras: deve a motivação justificar todas as escolhas que o juiz fez para chegar à decisão final.³⁶⁵ Ao fim e ao cabo, o

³⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. Op. cit. p. 90.

³⁶¹ PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A Motivação da Sentença Civil**. Op. cit. p. 65.

³⁶² GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit. p. 444.

³⁶³ O entendimento de que motivar é justificar não pode implicar, entretanto, a ideia de que a motivação é um simples expediente explicativo. Fundamentar ou justificar uma decisão é diferente de proceder a sua explicação, na medida em que para fundamentar é necessário dar as razões que justifiquem um curso da ação, enquanto que a explicação requer a simples indicação dos motivos ou antecedente causais de uma ação (GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit. p. 448).

³⁶⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. Op. cit. p. 116-117. O autor refere textualmente que a motivação é “um procedimento argumentativo, cujo objetivo é persuadir e convencer sobre o resultado daquela escolha” (Op. cit. p. 117). Embora de acordo com a ideia da motivação como discurso justificativo, inserido em um contexto de procedimento argumentativo, não nos parece correto o entendimento de que a motivação tem o escopo de persuadir e convencer. Na verdade, essa não é a função do juiz, senão a de *justificar* a decisão por meio de *argumentos* racionalmente válidos e controláveis (Cf. TARUFFO, Michele. Il Controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. Op. cit. p. 71).

³⁶⁵ TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. In: **Revista de Processo**, ano 32, n.151, set. 2007, p. 237.

juiz procede a valorações, seja quando interpreta a lei, seja quando decide a respeito da prova, com o que a motivação deve fornecer a *justificação racional dos juízos de valores* que condicionaram a decisão.³⁶⁶ Esse é o conteúdo do que a doutrina italiana denomina de “principio di completezza della motivazione”, o qual não tolera, de forma alguma, exceção à obrigação de motivação.³⁶⁷

A propósito da necessidade de completude da decisão, também a nossa Constituição Federal dá entender da sua imprescindibilidade, na medida em que, ao determinar que todas as decisões devem ser fundamentadas, não se estabelece somente uma regra de extensão de tal dever a todo e qualquer provimento jurisdicional, mas também de que *todo* o provimento deverá ser justificado.³⁶⁸ Daí porque o princípio da completude da motivação reclama como objeto de justificação a escolha da interpretação das normas aplicáveis, a averiguação dos fatos, a qualificação jurídica do suporte fático e a declaração das consequências jurídicas que derivam da decisão.³⁶⁹ Dessa forma, “não se pode conceber uma fundamentação em que não estejam justificadas *todas* as opções adotadas ao longo desse percurso decisório, sob pena de frustrar-se o imperativo constitucional”.³⁷⁰

³⁶⁶ Ibidem, p. 237-238.

³⁶⁷ AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. Op. cit. p. 194.

³⁶⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. Op. Cit. p. 174.

³⁶⁹ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 450.

³⁷⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. Op. cit. p. 175. Evidentemente que isso não significa que a decisão deva ser necessariamente extensa, o que, por conseguinte, também não implica a ideia da nulidade de decisão em razão de ser sucinta. Nesse sentido, aliás, Michele Taruffo lembra que “il problema della completezza della motivazione non coincide con il problema dello stile della motivazione, essendo piuttosto un problema di contenuto e di strutture del ragionamento giustificativo formulato dal giudice. Vi possono essere infatti motivazioni lunghe, argomentale e prolisse (...), che però sono incomplete perché non danno una giustificazione adeguata delle scelte da cui deriva la decisione. Al contrario, vi possono essere motivazioni brevi e sintetiche, ma complete (...)” (TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. Op. cit. p. 49). A nossa jurisprudência, aliás, confirma tal posicionamento: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a decisão sucinta não afronta o inciso IX do art. 93 da Constituição da República. É dizer: não é preciso que a decisão judicial seja extensa, alongada. Basta que o julgador exponha de modo claro as razões de seu convencimento” (AI 666723 AgR, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 19/05/2009, DJe-094 DIVULG 21-05-2009 PUBLIC 22-05-2009); “Decisão fundamentada: o que a Constituição exige, no inc. IX do art. 93, é que o juiz ou o tribunal dê as razões de seu convencimento. A Constituição não exige que a decisão seja extensamente fundamentada, mesmo porque a decisão com motivação sucinta é decisão motivada” (RE 327143 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 25/06/2002, DJ 23-08-2002); “Somente são nulas as decisões ausentes de motivação, não aquelas com fundamentação sucinta, principalmente quando possibilita o amplo direito de defesa por parte daquele que se sentiu prejudicado” (REsp 1064909/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, DJe 21/10/2008); “Nula é a sentença completamente desprovida de fundamentação; não o é aquela que contém motivação suficiente, ainda que sucinta” (REsp 82.552/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 08/09/1998, DJ 09/11/1998 p. 104).

Outra característica necessária da motivação, além da completude, é a racionalidade ou logicidade. A propósito, escreve José Rogério Cruz e Tucci que a “argumentação mediante a qual o juiz justifica a *ratio decidendi* deve também ser construída segundo uma ordem coerente” e que a sentença necessita, justamente “na exposição de seus fundamentos, justificar o convencimento do juiz, através da análise lógica e congruente das alegações das partes e dos elementos probatórios produzidos.³⁷¹ Em outras palavras: a motivação consiste na construção de um raciocínio suficiente para que os fatos, percebidos pelo juiz, um homem prudente também obteria a conclusão contida no dispositivo.³⁷² Exige-se, portanto, que “a racionalidade seja explicitada de modo a demonstrar a validade dos diversos argumentos justificativos e a coerência entre eles”.³⁷³

Mas a exigência de racionalidade da motivação não se resume somente a aspectos de ordem de coerência e mesmo de lógica. A motivação, como já foi asseverado, é um discurso justificativo e, nesse contexto, cabe a ela demonstrar que a decisão é juridicamente válida e fundada sobre a verdade dos fatos. E isso se mostra imprescindível, máxime se considerarmos a motivação como uma garantia contra o arbítrio do juiz. Daí que, para que a motivação efetivamente seja uma garantia contra o arbítrio, a justificação da decisão deve apresentar cânones *racionais reconhecidos e aceitos na cultura e no momento histórico no qual opera o julgador*.³⁷⁴ Não por menos, aponta-se que a motivação deve respeitar as regras da lógica, *bem como as máximas de experiência*.³⁷⁵

Neste contexto, conclui-se facilmente que, com efeito, a racionalidade da motivação da decisão judicial diz respeito ao modo de construir o discurso justificativo.³⁷⁶

Além disso, a racionalidade está intimamente ligada a aspectos normativos. É que a motivação “é racional enquanto se adequa à sequência normativa que a norma traça como esquema do discurso justificativo”, de modo que “a adesão à estrutura normativa é garantia de racionalidade”.³⁷⁷

³⁷¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A Motivação da Sentença no Processo Civil**. Op. cit. p. 20-21.

³⁷² CARNELUTTI, Francesco. Limiti del rilievo dell'error in iudicando in Corte di Cassazione. In: **Studi di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1939, p. 381-382.

³⁷³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. Op. cit. p. 179.

³⁷⁴ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. Op. cit. p. 47.

³⁷⁵ GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit. p. 452.

³⁷⁶ AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. Op. cit. p. 217

³⁷⁷ Idem, ibidem.

Nesse contexto, a motivação é um “instrumento de comunicação, inserido em um procedimento comunicativo que se origina do juiz e é destinado a informar as partes e o público em geral a respeito daquilo que o juiz pretende exprimir”.³⁷⁸ Ou seja, motivação é justificação, a qual, por sua vez, para ser completa, deve ser de dois níveis: interna e externa.

A *justificação interna* é relativa à conexão lógica entre a premissa de direito e a premissa de fato e que funda a decisão final, enquanto que a *justificação externa* é relativa à escolha da premissa da qual deriva a decisão final. A justificação externa da premissa de fato da decisão diz respeito às razões pelas quais o juiz reconstruiu e averiguou de determinada maneira os fatos da causa, as quais são relativas às provas que o juiz se baseou para decidir acerca da veracidade ou falsidade do fato. Portanto, a justificativa externa da averiguação do fato implica a necessidade do juiz fornecer argumentos racionais relativos à maneira pela qual valorou a prova, bem como às inferências lógicas por meio das quais ele chegou às conclusões sobre os fatos da causa.³⁷⁹ Além disso, a justificação externa da premissa de direito reclama que o juiz desenvolva argumentos que dêem sustentação à escolha relativa à norma que foi considerada aplicável como regra da decisão do caso concreto, bem como à interpretação que foi adotada em relação à norma.³⁸⁰

Além disso, ainda para se considerar a motivação completa, deve-se ter uma *justificativa adequada* do juízo de direito, a qual consiste, basicamente, conforme Michele Taruffo, (a) na escolha da norma ou das normas que o juiz considera aplicáveis ao caso concreto, (b) na escolha da interpretação de tais normas que se considera mais válida em relação à *fattispecie* e (c) na escolha inerente às consequências que derivam da aplicação da norma a tal *fattispecie*.³⁸¹

Evidente que o caráter justificativo da motivação engloba também o juízo de fato, que, por sua vez, consiste, novamente conforme Michele Taruffo, (a) na escolha dos elementos probatórios considerados relevantes, (b) na valoração da eficácia dos meios de prova e (c) na reconstrução do *factum probandum* com base nas provas obtidas.³⁸²

³⁷⁸ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 108.

³⁷⁹ Idem. Considerazioni su prova e motivazione. Op. cit. p. 238.

³⁸⁰ Idem. La motivazione della sentenza. In: **Revista Genesis de Direito Processual Civil**, n. 31, jan./mar. 2004, p. 183.

³⁸¹ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. Op. cit. p. 44-45.

³⁸² TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. Op. cit. p. 45.

Mas alerte-se: a escolha dos elementos probatórios relevantes ou mesmo a reconstrução do *factum probandum* com base nas provas obtidas não pode ser produto de uma motivação que se baseia unicamente nas provas que convergem na direção da hipótese vencedora. O julgador, para efetivamente atingir o caráter justificativo da motivação, não pode deixar de demonstrar que eventuais provas produzidas pela parte perdedora não o convenceram.³⁸³

Isso vai ao encontro do direito à prova, sobretudo porque o direito à prova permite a utilização dos meios probatórios necessários para formar a convicção do órgão jurisdicional acerca de tudo o que foi discutido no processo³⁸⁴, além de implicar, de modo particular, o direito à valoração das provas pelo órgão judicial.³⁸⁵ Consequentemente, a averiguação do fato não será completamente justificada se não houver também o cotejo com as provas contrárias, máxime se considerarmos que a verdade só surge do confronto entre as provas favoráveis e contrárias em relação à existência do fato. A motivação só é completa se o julgador também expressa as razões pelas quais exclui que tal constatação dos fatos poderia ser diversa.³⁸⁶ Ou seja, a motivação “deve exprimir não somente a valoração das provas, mas a completa avaliação destas”, de modo que “não basta uma motivação implícita, decorrente, por exemplo, da avaliação feita apenas das provas por uma das partes”.³⁸⁷ Por isso que se forem desconsideradas, pelo julgador, as provas contrárias à sua versão dos fatos, a reconstrução dos fatos, por conseguinte, não é adequadamente justificada, justamente porque não são explicitadas as razões que excluem a possibilidade de reconstrução diversa, à luz das provas contrárias.³⁸⁸

³⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. Op. cit. p. 266.

³⁸⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. **El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil**. Barcelona: Bosch, 1996. p.18-19.

³⁸⁵ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Op. cit. p.216.

³⁸⁶ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: **Revista Genesis de Direito Processual Civil**, n. 31, jan./mar. 2004, p. 184.

³⁸⁷ LIRA, Gerson. Direito à valoração das provas. Op. cit. p. 46. A relação entre direito à prova e motivação também é feita por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, ao referirem que “a necessidade de o juiz justificar as suas próprias razões, demonstrando o motivo pelo qual prefere uma prova em relação à outra nada mais é do que um corolário do direito à prova, uma vez que, como é evidente, o direito a provar não se resume à possibilidade de produzir a prova, mas também refere-se ao direito de ter essa prova valorada, pouco importando qual venha a ser o sentido da decisão judicial” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. Op. cit. p. 267).

³⁸⁸ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Op. cit. p. 232-233.

Para ser objetivo: em respeito ao direito à prova, a avaliação deve recair sobre todas as provas produzidas pelas partes³⁸⁹ e, conseqüentemente, na motivação deverá constar justamente o enfrentamento das provas favoráveis e contrárias à constatação do fato. Desse modo, além de se ter motivação na sua inteireza, será possível, igualmente, verificar-se a observância do contraditório, já que, desse modo, de regra, o convencimento sobre os fatos será racional e coerente com o princípio do contraditório.³⁹⁰ O juiz, portanto, está obrigado a explicar as razões pelas quais o levaram a preferir uma prova em detrimento da outra.³⁹¹ Afinal, a motivação só será efetivamente completa se abranger, além da versão aceita pelo julgador, também as razões pelas quais houve a recusa da versão oposta, o que, diga-se de passagem, é imprescindível para que o convencimento judicial alcance o nível de racionalidade que se exige.³⁹²

Além disso, se, por um lado, ainda que se considere coerente uma motivação que leve em consideração somente as provas e não também as provas contrárias, por outro, é certo que ela perderá, pelo menos, a estrutura dialética.³⁹³

Certamente, principalmente se levarmos em consideração o caráter interno e externo da motivação, a mesma será (e deve ser) produto de uma vertente fática e outra jurídica, as quais, evidentemente, devem se inter-relacionar. Afinal, somente com uma suficiente descrição dos fatos, será possível conhecer se é correta a respectiva aplicação do direito ou mesmo a sua conexão com as interpretações, qualificações e conseqüências jurídicas expostas na sentença.³⁹⁴

Nota-se, portanto, sobretudo em razão da exigência da racionalidade, que a motivação deve dar conta de todos os juízos de valores do julgador, bem como os juízos de valores implícitos no discurso do juiz.³⁹⁵ Ou seja, tanto quanto possível,³⁹⁶ tais valores devem ser explicitados de forma clara e precisa.

³⁸⁹ TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. In: **Rivista di Diritto Processuale**, n. 1, 1984, p. 112.

³⁹⁰ Idem, ibidem. Michele Taruffo lembra, ainda, que o direito à prova compreende também o direito ao contraditório sobre as provas, ou seja, o direito de contraditar as provas produzidas pela parte contrária ou por iniciativa oficial do juiz, inclusive o direito à prova contrária (Op. cit. p. 98).

³⁹¹ MORELLO, Augusto M. **La Prueba**: tendencias modernas. Op. cit. p. 32.

³⁹² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em 23 fev. 2010, p. 06.

³⁹³ TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Op. cit. p. 106.

³⁹⁴ GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit. p. 454-455.

³⁹⁵ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 307.

³⁹⁶ A utilização da expressão “tanto quanto possível” tem a sua razão: é que, como bem destaca Danilo Knijnik, “se bem que mecanismo relevante, a motivação é por si só *insuficiente*, já que sujeita

Por isso é que se deve ter cuidado em relação à motivação implícita, na qual se tem que a superação das lacunas torna-se possível em razão da relação lógica que existe entre aquilo que ficou expresso no discurso judicial e aquilo que também deveria ter sido objeto de justificação, mas não foi. Em outras palavras: os motivos que servem para justificar a solução de uma questão, servem, de modo implícito, para atingir o mesmo objetivo no que se refere a outro ponto em que não foram explicitadas as razões do convencimento judicial.³⁹⁷

Mas mesmo assim, dentro desse contexto, a motivação implícita é aceitável, já que, “havendo argumentos principais e subsidiários estribados no mesmo fato, os argumentos explícitos para o acolhimento, ou não, dos primeiros prestam-se a justificar, implicitamente, idêntica solução dada aos segundos”.³⁹⁸ Desse modo, o que se tem é a dedução lógica da motivação dada para justificar uma solução conferida às razões que ampararam outra escolha adotada no mesmo contexto decisório.³⁹⁹

Todavia, a admissão da motivação implícita reclama cautela.⁴⁰⁰ Deve-se ter como regra que a motivação implícita não pode admitir omissão da motivação sobre uma parte do *thema decidendum*, mas apenas considerar válida a motivação logicamente dedutível de quanto o juiz tenha explicitamente afirmado. Da mesma forma, o que está implícito na decisão da questão principal, e que dela é dedutível, não é a justificação da solução inerente à questão prejudicial, senão a decisão da questão prejudicial mesma.⁴⁰¹

às pré-compreensões do julgador e as suas motivações ideológicas” (KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Op. cit. p. 22). Ainda sobre o ponto, Rui Portanova bem lembra que há “influências pré-jurídicas sobre significados, valores e fins humanos, sociais e econômicos, ocultos (ou não) que vão inspirar a decisão judicial” (PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992. p. 17).

³⁹⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. Op. cit. p. 197.

³⁹⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A Motivação da Sentença no Processo Civil**. Op. cit. p. 19.

³⁹⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. Op. cit. p. 198. Inclusive esse posicionamento já foi chancelado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 84383/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 31/10/2006, DJ 07-12-2006. Aliás, dentro dessa ideia de que a motivação implícita é aceita naqueles casos em que a motivação é dedutível por processo mental lógico, Maria Thereza Gonçalves Pero apresenta três exemplos desse tipo de motivação: “a) quando o juiz deixa de referir-se a um ou alguns dos pontos do processo, por serem estes supérfluos em relação a outro ou outros pontos já expressamente considerados; b) quando, diante das teses contrapostas, a aceitação motivada de uma deixa implícitas as razões da rejeição de outra; c) quando a solução de uma questão resulte em precluir o exame das questões e pontos sucessivos, ou da própria causa principal” (PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A Motivação da Sentença Civil**. Op. cit. p. 95-96).

⁴⁰⁰ AMODIO, Ennio. *Motivazione della sentenza penale*. Op. cit. p. 229.

⁴⁰¹ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 433.

Assim, de um modo geral, pode-se dizer que é imprescindível “que o juiz exponha a motivação de tudo o que é relevante, vale dizer, de todas as escolhas que influenciem o êxito final da controvérsia e de todas as premissas de seu raciocínio que foram racionalmente colocadas em questão”.⁴⁰²

Desse modo, note-se, como já dito, que se admite a motivação implícita, *mas somente nas condições acima mencionadas*. Portanto, repete-se: a motivação implícita deve ser vista com cautela, sobretudo porque pode dar margem à arbitrariedade e, conseqüentemente, estar-se ferindo, ao fim e ao cabo, o próprio *processo justo*, na medida em que a motivação, vista como verdadeiro direito fundamental, é um de seus componentes.⁴⁰³

Outro modo de motivar que tem sido admitido pela prática judiciária é a motivação *per relationem*, segundo a qual o julgador não elabora uma justificação autônoma acerca de um ponto decisivo, mas se serve do reenvio à justificação contida em outra decisão.⁴⁰⁴

⁴⁰² TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Op. cit. p. 104.

⁴⁰³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 133.

⁴⁰⁴ A definição é de TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 422. Com efeito, de uma forma geral, esse tipo de expediente tem sido admitido pelos nossos Tribunais Superiores. Tanto isso é verdade que o Supremo Tribunal Federal ampliou a abrangência da motivação *per relationem*, admitindo a remissão da motivação não somente a outras decisões, mas inclusive, se for o caso, a peças processuais produzidas pelas partes: “Não se pode desconhecer, neste ponto, na linha de diversos precedentes que esta Suprema corte estabeleceu a propósito da técnica da motivação por referência ou por remissão (RTJ 173/805-810, 808/809, Rel. Min. Celso de Mello – RTJ 195/183-184, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, v.g.), que se revela legítima, para efeito do que dispõe o art. 93, inciso IX, da Constituição da República, a motivação ‘per relationem’, desde que os fundamentos existentes ‘aliunde’ atendam às exigências estabelecidas pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal. É que a remissão feita pelo magistrado, referindo-se, expressamente, aos fundamentos que deram suporte a anterior decisão (ou a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator, como sucedeu na espécie), constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao novo ato decisório, da motivação a que este último se reportou como razão de decidir”. O acórdão, na parte que aqui interessa, encontra-se assim ementado: “Revela-se legítima, e plenamente compatível com a exigência imposta pelo art. 93, inciso IX, da Constituição da República, a utilização, por magistrados, da técnica da motivação “per relationem”, que se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos, mesmo as produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou por autoridades públicas, cujo teor indique os fundamentos de fato e/ou de direito que justifiquem a decisão emanada do Poder Judiciário” (STF, MS 25936 ED, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007, DJe-176 DIVULG 17-09-2009 PUBLIC 18-09-2009). Veja-se, ainda, o seguinte precedente, também oriundo do STF: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de reconhecer a plena validade constitucional da motivação ‘per relationem’. Em consequência, o acórdão do Tribunal, ao adotar os fundamentos de ordem fático-jurídica mencionados nas contra-razões recursais da Promotoria de Justiça - e ao invocá-los como expressa razão de decidir - revela-se fiel à exigência jurídico-constitucional de motivação que se impõe ao Poder Judiciário na formulação de seus atos decisórios” (STF, HC 72009, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 06/12/1994, DJ 01/12/2006, p. 76). Já no Superior Tribunal de Justiça, há precedente que, embora chame a motivação “per relationem”, exige uma

É que – e isso deve ser reconhecido – a motivação *per relationem* compromete a função extraprocessual da motivação.⁴⁰⁵ Com efeito, conforme adverte Michele Taruffo, essa função fica comprometida pela dificuldade de acesso aos elementos que integram o discurso justificativo, o que impede a realização do controle externo e difuso sobre a forma como se realiza a prestação jurisdicional.⁴⁰⁶

Desse modo, até se pode admitir a motivação *per relationem*, mas com fundadas restrições. Afinal, deve ser reconhecido que ao se adotar de forma integral as razões apresentadas para justificar outra decisão, o juiz pode omitir a valoração crítica sobre os argumentos a que adere, ou até mesmo deixar de considerar elementos supervenientes que deveriam levar, senão a outra solução, pelo menos à indicação dos motivos pelos quais não devem alterar a conclusão anteriormente adotada.⁴⁰⁷

Portanto, de regra, para que a motivação *per relationem* seja admitida, deve ser exigido “um nexó quanto ao objeto da deliberação, ou seja, deve haver coincidência entre aquilo que é relevante para a decisão que faz o reenvio e os elementos que foram considerados no ato a que se faz a referência”, bem como “identidade quanto à profundidade de cognição realizada nos dois provimentos que se integram”.⁴⁰⁸

fundamentação autônoma, ou seja, impõe alguma restrição: “Com efeito, o dever de motivar as decisões implica, necessariamente, cognição efetuada diretamente pelo órgão julgador. Pode o Ministério Público, de forma cooperativa, fornecer subsídios para o Judiciário cumprir o seu dever constitucional de deliberar fundamentadamente. Todavia, não é de se admitir a construção lógica calcada em argumentos fornecidos por órgão que, inclusive, corporifica um dos pólos da relação jurídico-processual.” E o acórdão, na parte que aqui interessa, encontra-se assim ementado: “Trata-se de ideia força, voltada ao prestígio do Estado Democrático de Direito: as decisões do Poder Judiciário devem ser motivadas (art. 93, IX, CF). Neste mister, é facultado reportar-se ao parecer ministerial ou aos termos do ato atacado, todavia, a bem de prestigiar a dialeticidade, expressão do contraditório, é imperioso que se acrescente fundamentação de sua autoria” (STJ, EDcl no REsp 637.742/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 29/09/2009, DJe 19/10/2009). Mesmo assim, há outros precedentes, ainda que mais antigos, que não fazem qualquer restrição a esse tipo de motivação: “Inexiste nulidade em virtude de ter sido adotado o parecer do Ministério Público em primeira instância, como razões de decidir, máxime quando este baseou-se em fundamentos concretos e legítimos para fundamentar a prisão preventiva, como ocorre no caso em tela”. (STJ, HC 96.235/GO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 20/11/2008, DJe 09/12/2008). “É lícito ao magistrado reportar-se a outro julgamento, identificado e pertinente à hipótese em análise, para fundamentar sua decisão com o seu livre convencimento” (STJ, REsp 251.619/AL, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 07/11/2002, DJ 10/02/2003, p. 178).

⁴⁰⁵ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Op. cit. p. 233.

⁴⁰⁶ TARUFFO, Michele. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Op. cit. p. 425, nota 224.

⁴⁰⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. Op. cit. p. 200.

⁴⁰⁸ Idem. Op. cit. p. 200-201.

Do que foi exposto até aqui, chega-se a algumas conclusões: (a) a motivação, tanto quanto possível, deve dar conta de todos os valores do julgador; (b) a aceitação da motivação implícita só deve ocorrer se a motivação for dedutível por processo mental lógico, não podendo ter omissão sobre parte do *thema decidendum*, sendo que só se considera válida a motivação logicamente dedutível daquilo que o juiz tenha expressamente afirmado dentro do mesmo contexto decisório; (c) a motivação *per relationem* só deve ser aceita em casos excepcionalíssimos, mais especificamente somente naqueles casos em que há um nexo quanto ao objeto da deliberação e identidade da extensão da cognição realizada nos provimentos que se integram.

TERCEIRA PARTE: AS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1 A MOTIVAÇÃO COMO PRESSUPOSTO DO CONTROLE DO RACIOCÍNIO JURÍDICO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Por uma questão metodológica, convém explicar agora acerca da imprescindibilidade da motivação para que seja possível o controle do raciocínio jurídico pelos tribunais superiores.⁴⁰⁹

Portanto, antes de tudo, o que será tratado no presente tópico é *como* deve ser a motivação da decisão judicial para que o Tribunal Superior possa exercer um efetivo controle sobre o raciocínio jurídico, ou seja, tratar-se-á dos seus requisitos, até porque isso se mostra imprescindível para uma correta análise do controle das máximas de experiência pelo Superior Tribunal de Justiça.

Até aqui já foi visto, em suma, que o raciocínio jurídico se desenvolve mediante abdução, especialmente porque é o único método que origina uma ideia nova, tendo um caráter de descoberta. Além disso, percebeu-se que o livre convencimento motivado possui dois fatores imprescindíveis: a racionalidade e a motivação. Verificou-se, também, a imprescindibilidade do contraditório para a formação da decisão judicial.

Com efeito, o contraditório, diante disso tudo, é efetivamente a principal força do processo. Note-se que a decisão final de uma demanda judicial será construída em conjunto, mediante constante diálogo. Isso, além de prevenir decisões arbitrárias, contribui para a construção de uma ideia nova, própria da inferência abductiva, muito embora, como ressaltado, não se pode excluir por completo outros tipos de inferência, como a dedutiva e a indutiva.

De qualquer maneira, o que chama a atenção é que a motivação é uma consequência essencial da livre apreciação da prova.⁴¹⁰ Mas, se a livre convicção do

⁴⁰⁹ Afinal, como aponta Danilo Knijnik, “se um Tribunal pudesse não motivar sua decisão, ou motivá-la de modo fictício, o controle cassacional estaria absolutamente prejudicado” (KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Op. cit. p.97).

⁴¹⁰ WALTER, Gerhard. **La Libre Apreciación de la Prueba (investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial)**. Op. cit. p. 359.

jugador é livre, os elementos que permitem chegar a essa convicção não o são porque isso poderia levar a arbitrariedades.⁴¹¹

A questão principal do tópico já foi levantada: o julgador, tanto quanto possível, efetivamente deve expressar, na motivação da decisão judicial, todos os seus juízos de valor, sejam eles em relação ao fato, sejam eles em relação ao direito. Consequentemente, a decisão judicial, também tanto quanto possível, sempre deve ser controlável, o que só se consegue por meio de uma *racionalização jurídica*. Exige-se, sob esse viés, que toda “decisão judicial tem que estar objetivamente justificada”, o que evita, juntamente com um direito probatório sistemático, que “o convencimento judicial escape a toda forma de controle dogmático e a um real contraditório”.⁴¹² Inclusive se tem que o erro relacionado a essa necessária racionalização é uma espécie de “veículo”, utilizado pelos tribunais superiores, para se instrumentalizar (alcançar) o controle sobre as decisões das instâncias judiciais fáticas.⁴¹³

Já se aludiu que motivação é justificação. Por isso é que a motivação se desenvolve mediante uma argumentação justificativa. Isso implica que a motivação deve dar conta dos dados empíricos utilizados como meio de prova, das inferências que foram formuladas e dos critérios empregados que levaram à conclusão probatória.⁴¹⁴

Mas não é só isso. É que, conforme bem acentua Sergi Guasch Fernández, “a dúvida sempre será estabelecida em relação àqueles elementos de prova deixados à livre apreciação do julgador”.⁴¹⁵ Sobre o ponto, aliás, cumpre salientar que há duas grandes correntes a respeito do fenômeno probatório: a primeira, própria do sistema *civil law*, pode ser considerada como “fechada”, na medida em que concebe a prova jurídica sob um viés mais positivista, uma vez que, de uma forma geral, tal fenômeno é regulado por normas jurídicas, sendo irrelevante, nesta seara, tudo aquilo que não é jurídico; a segunda, que por sua vez é própria do sistema *common law*, pode ser definida como “aberta”, já que concebe a prova,

⁴¹¹ GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit. p. 460.

⁴¹² KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. Op. cit. p. 24-25.

⁴¹³ A constatação é de MÜLLER, Christoph Marcus. **Anscheinsbeweis in Strafprozess**. Op. cit. p. 138.

⁴¹⁴ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 409. Também neste mesmo sentido GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit. p. 461.

⁴¹⁵ GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit. p. 459.

antes de tudo, como um fenômeno que pertence à esfera da lógica e do racional, enquanto somente alguns dos aspectos de tal fenômeno são previstos e regulados por normas. Tal concepção de prova, desse modo, é justamente “aberto” porque permite o emprego de noções, conceitos e modelos de análise provenientes de outros setores da experiência.⁴¹⁶

Levando-se em conta a definição destas duas correntes, pode-se afirmar, com segurança, que atualmente o fenômeno probatório possui grande influência daquele que se diz aberto, muito embora o direito probatório, como não poderia deixar de ser, não prescinde, para regulação própria, de normas jurídicas.

Daí que, conseqüentemente, levando-se em conta as características da corrente “aberta” do fenômeno probatório, sobressai a utilização das máximas de experiência pelo julgador, justamente porque, no nosso entendimento, são elas que propiciam ao julgador, no fenômeno probatório, a utilização de outras experiências, ou, mais exatamente, as experiências comuns. Portanto, considerando que as máximas de experiência, como se viu na primeira parte deste trabalho, possuem função na atividade probatória, elas devem ser justificadas racionalmente,⁴¹⁷ ainda mais se considerarmos, como assim faz Ennio Amodio, que o modelo normativo da motivação é formado pela sequência fato probatório – máxima de experiência – fato comprovado.⁴¹⁸

Daí porque a liberdade da apreciação das provas não é arbitrária, mas requer uma descrição exaustiva das máximas de experiência.⁴¹⁹

Afinal, se é verdade que “não basta mencionar que para proferir a decisão foram empregadas regras de julgamento”, sendo necessário, para tanto, “que o juiz indique qual a regra de julgamento utilizado no caso concreto”,⁴²⁰ nota-se a imprescindibilidade de o juiz mencionar de forma expressa a utilização das máximas de experiência na motivação da decisão judicial, independentemente da função por ela desenvolvida.⁴²¹

⁴¹⁶ TARUFFO, Michele. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Op. cit. p. 317-319.

⁴¹⁷ GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit. p. 460.

⁴¹⁸ AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. Op. cit. p. 209.

⁴¹⁹ GOTTWALD, Peter. **Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz**. Op. cit. p. 170.

⁴²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 349.

⁴²¹ Conforme Ennio Amodio “l’esplicitazione della massima d’esperienza non può mancare nella motivazione nemmeno quando il giudice pone a fondamento dell’accertamento del fatto prove rappresentative come la testimonianza ed il documento” (AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. Op. cit. p. 209).

Além disso, lembre-se que a motivação deve respeitar as regras da lógica e as máximas de experiência, o que só poderá ser verificado se efetivamente houver menção explícita quando da sua utilização.

Para ser objetivo: *se levamos em consideração que o fenômeno probatório pode ser concebido como “aberto”, sobressai a utilização das máximas de experiência, de modo que, seja para verificar se a motivação respeitou as máximas de experiência, seja para se verificar a própria utilização das máximas de experiência, elas devem ser explicitadas na motivação.*⁴²² Além disso, há a necessidade, ainda, da menção expressa àqueles elementos de prova que são deixados à livre apreciação pelo julgador.

A discussão, porém, não se encerra aqui, na medida em que o tema “prova” e “verdade” também influencia a motivação, principalmente no que se refere a ela como pressuposto do controle do raciocínio jurídico pelos tribunais superiores.

Há, basicamente, dois modelos de prova: o clássico e o moderno. Conforme Alessandro Giuliani, o conceito clássico da prova coloca em evidência o caráter seletivo do conhecimento e relativo do fato, sendo dominada pelo problema do erro. Além disso, trata de limitar o campo de indagação, renunciando ao conhecimento do fato. O conceito moderno de prova, por sua vez, vê no alargamento do campo de indagação o meio para um melhor conhecimento dos fatos.⁴²³

Além disso, a concepção clássica da prova possui como característica o “argumentum”, sendo estritamente ligado a uma ideia do normal. O provável corresponde, antes de tudo, àquilo que é eticamente preferível. Há o caráter da disputa, do diálogo, da procura.⁴²⁴ Já o conceito moderno de prova é ligado aos métodos da procura empírica:⁴²⁵ apóia-se, assim, numa visão positivista e até mesmo cientificista, justamente porque pretende conhecer o fato na sua “inteireza fenomênica, reputando-o como um ‘mundo autônomo’, perfeitamente ‘apreensível’ pelos sentidos com o auxílio da razão”.⁴²⁶ Não por menos, neste último modelo, o mundo dos fatos parece ter uma autonomia completa.⁴²⁷

⁴²² Afinal, como bem destaca Danilo Knijnik, é somente mediante a explicitação da máxima de experiência utilizada pelo julgador que as partes poderão “sobre ela debater, submetendo-a ao contraditório” (KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Op. cit. p. 71).

⁴²³ GIULIANI, Alessandro. **Il Concetto di Prova**: contributo alla logica giuridica. Op. cit., p. XIII.

⁴²⁴ Ibidem, p. 231.

⁴²⁵ Ibidem, p. 233.

⁴²⁶ KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo STJ**. Op. cit. p. 73.

⁴²⁷ GIULIANI, Alessandro. **Il Concetto di Prova**: contributo alla logica giuridica. Op. cit. p. XIII.

Ao lado disso e ligado a esses conceitos, aponta-se para o modelo persuasivo e o demonstrativo da prova.

No modelo clássico, a prova é um argumento persuasivo, dirigido a convencer o órgão que julga sobre os fatos da oportunidade de assumir como correta uma certa visão dos fatos relevantes para a decisão.⁴²⁸ Tem-se, portanto, o modelo persuasivo da prova, mediante o qual se busca uma reconstrução próxima da realidade, no qual ganha valor o diálogo das partes na formação da questão de fato.⁴²⁹ Essa é a razão pela qual a ideia clássica toma a prova como argumento, juntamente com uma racionalidade que não separa, ao menos radicalmente, a questão de fato da questão de direito.⁴³⁰

Já no modelo moderno, a prova é entendida como um instrumento demonstrativo, voltado ao conhecimento científico da verdade dos fatos relevantes para a decisão.⁴³¹ Nota-se, aí, o modelo demonstrativo da prova, o qual busca a verdade real ou verdade total.⁴³²

Certo é, porém, que a verdade a ser buscada no processo não pode ser a absoluta, senão a relativa (possível ou provável),⁴³³ o que se mostra compatível com o modelo contemporâneo de prova: afinal, não há como negar que efetivamente existe uma considerável distância entre as alegações fáticas das partes e aquilo que efetivamente ocorreu na vida real.⁴³⁴ No modelo contemporâneo de prova, aliás,

⁴²⁸ TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. Op. cit. p. 420.

⁴²⁹ KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Op. cit. p. 12. Também, neste sentido, Hermes Zaneti Júnior lembra que “a grande questão é que a verdade dos fatos (que também é a verdade judicial dos fatos – verdade provável no conceito clássico) deve ser estabelecida pela argumentação e persuasão e só assim pode surgir” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. Op. cit. p.142).

⁴³⁰ FLACH, Daisson. **A Verossimilhança no Processo Civil e sua Aplicação Prática**. Op. cit. p. 46.

⁴³¹ TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. Op. cit. p. 421.

⁴³² KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Op. cit. p. 11-12.

⁴³³ Nesse sentido, por exemplo, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo** Op. cit. p. 204; KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Op. cit. p. 14; WALTER, Gerhard. **La Libre Apreciación de la Prueba (investigación acerca del significado, las condiciones y limites del libre convencimiento judicial)**. Op. cit. p. 175; no âmbito do direito processual penal, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. Op. cit. p. 121. Aliás, é bom ressaltar que a verdade não constitui “fim em si mesmo, senão simples *meio* para aplicação do direito ao caso concreto” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo**. Op. cit. p. 202). A propósito disso, Carlo Furno já ressaltava que é um “fondamentale errore” afirmar que o “*scopo*” de qualquer processo, seja civil, penal ou mesmo administrativo, é o de procurar e alcançar a “*certezza storica*”. Isso porque a “*certezza storica* è un mezzo indispensabile”. Deste modo, “è fuori di dubbio che la *certezza storica* non è mai la mèta finale del processo, ma è esclusivamente un strumento che ha lo scopo più limitato di servire al raggiungimento di quella” (FURNO, Carlo. **Contributo alla Teoria della Prova Legale**. Padova: CEDAM, 1940, p. 28-29).

⁴³⁴ CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 40.

ganham destaque justamente as ideias antes lançadas acerca do contraditório, do diálogo e também da cooperação. Como se isso não bastasse, referido modelo, levando em consideração sobretudo a teoria do direito, realinha a relação entre questão de fato e questão de direito, apontando-se o afastamento do “paradigma da subsunção tradicional”.⁴³⁵

Todavia isso não significa a adoção puramente do modelo persuasivo da prova. Deve-se, antes de tudo, como bem adverte Danilo Knijnik, “conciliar as vantagens de ambos os modelos”, a fim de que, do modelo persuasivo, tome-se “a prudência, a modéstia, a consciência da chance de erro” e do modelo demonstrativo “ficar-se com o objetivo de, sempre que possível, obter-se uma reconstrução fática próxima do mundo fenomênico”.⁴³⁶

Mas, afinal, no que influencia essa relação entre prova e verdade na motivação como pressuposto do controle do raciocínio jurídico pelos tribunais superiores?

Da motivação exsurge a obrigação de justificar as razões pelas quais se entende provada uma determinada afirmação,⁴³⁷ bem como a de dar as razões pelas quais se estima provada determinada afirmação, o que, por conseguinte, permite uma adequada apreciação da prova.⁴³⁸

Ora, diante disso, é evidente que também na motivação o julgador deverá dar razões suficientes para crença acerca da sua constatação sobre os fatos ou, em outras palavras, acerca da própria verdade percebida pelo julgador.

É que, embora, como foi dito acima, não se possa adotar unicamente a concepção clássica ou moderna da prova, ou mesmo a função persuasiva ou demonstrativa da prova, o que fica claro é que, levando-se em conta o caráter

⁴³⁵ KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo STJ**. Op. cit. p. 78. Neste âmbito, ganha especial destaque a noção de espiral ou círculo hermenêutico e de pré-compreensão. Segundo Artur Carpes, “surge”, então, “a noção de espiral ou círculo hermenêutico, no qual se explica que no direito há uma particular relação entre o problema e a resposta: perante um problema, portanto, o intérprete-aplicador terá de efetuar tantas idas e vindas entre o pré-entendimento e o entendimento em si quantas as necessárias para a sua integração. O pré-entendimento das questões opera em modelos concretos de problemas; a espiral hermenêutica desenvolve-se em questões e pré-questões, soluções e pré-soluções, tudo em termos gerais concretos” (CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Op. cit. p. 34).

⁴³⁶ KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Op. cit. p. 14-15.

⁴³⁷ Conforme Santiago Sentís Melendo, os fatos não se provam, já que eles existem. O que se prova são afirmações, que poderão referir-se aos fatos (SENTÍS MELENDO, Santiago. **La Prueba**. Buenos Aires: Ejea, 1979, p. 12).

⁴³⁸ GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit. p. 460.

eminentemente dialético do processo, é, por óbvio, na motivação que aparecerá a verdade do processo, pelo menos aquela percebida pelo julgador.

Mauro Bove faz duas distinções interessantes: a obrigação de motivar é completamente diversa da obrigação de fundamentar de modo suficiente o próprio convencimento. Com a imposição do primeiro dever, o ordenamento reclama ao juiz a explicação das bases de sua decisão. Já com a imposição do segundo dever, pretende-se que o julgador resolva a questão de fato segundo certos cânones metodológicos. Logo depois, conclui: “a obrigação de motivar é instrumental com relação à possibilidade de censurar uma eventual violação à obrigação de dar uma razão suficiente ao convencimento do fato”.⁴³⁹

Ora, a partir da conclusão de Mauro Bove surge outra: se a obrigação de motivação é instrumental em relação à obrigação de fundamentar o próprio convencimento, pode-se afirmar, portanto, que, ao fim e ao cabo, *a motivação é instrumental à demonstração da própria verdade* (relativa).

Afinal, embora efetivamente se deva levar em conta a verdade provável, é certo que a motivação, ao fim e ao cabo, deve mostrar, mesmo assim, a causa necessária suficiente da sua verdade.⁴⁴⁰

Portanto, *a motivação como pressuposto do controle do raciocínio pelos tribunais superiores reclama, antes de tudo, (i) a explicitação dos dados empíricos utilizados como meio de prova, das inferências que foram formuladas e dos critérios empregados que levaram à conclusão probatória; por conseguinte, reclama-se (ii) a explicitação das máximas de experiência utilizadas pelo julgador, bem como aqueles elementos de prova que são deixados à livre apreciação pelo julgador; por fim, exige-se que o julgador (iii) dê uma razão suficiente ao convencimento que ele teve sobre o fato ou, em outras palavras, da verdade (relativa) por ele percebida.*

Evidente que tais providências possuem relação com a função endoprocessual da motivação. Afinal, por meio delas, se observadas, restará facilitado o controle da decisão por parte dos tribunais superiores, em especial, no nosso caso, o Superior Tribunal de Justiça, especialmente porque, deste modo, a motivação, sem dúvida alguma, ficará mais clara e transparente.⁴⁴¹

⁴³⁹ BOVE, Mauro. **Il Sindacato della Corte di Cassazione**: contenuto e limiti. Op. cit. p. 229.

⁴⁴⁰ BRÜGGEMANN, Jürgen. **Die Richterliche Begründungspflicht**. Op. cit. p. 162.

⁴⁴¹ Marina Gascón Abellán alvitra que “la motivación, en cuanto expresión de las razones que pretendidamente justifican la decisión, permite a los órganos de control un conocimiento más claro y

2 A FINALIDADE DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Não há como avançar na presente investigação sem examinar a função dos tribunais superiores.

Antes de se analisar o tópico especificamente, porém, cabe uma pequena digressão: embora se possam apontar diferenças históricas e políticas entre o modelo recursal cassacional e o modelo recursal de revisão,⁴⁴² um tratamento unitário é possível. Tal assertiva tem a sua importância, na medida em que, muito embora o presente estudo objetiva analisar o controle das máximas de experiência especificamente dentro da *praxis* brasileira (ou mais especificamente pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual adota um sistema misto, já que o “Recurso Especial aproxima-se da revisão, mas pode, e não raro opera, como uma verdadeira cassação”⁴⁴³), tal não pode ser feito sem ser analisado aquilo que foi desenvolvido sobre o tema no direito comparado, sobretudo naqueles países que adotam o modelo cassacional, como a Itália.

Com efeito, conforme lembra Mauro Bove, o que não pode ser ignorado, seja no recurso no âmbito cassacional, seja no recurso no âmbito do modelo revisional, é que ambos são meios de impugnação com os quais podem se fazer valer exclusivamente motivos de direito, além de serem meios de impugnação nos quais o âmbito limitado de controle é imposto e justificado pela função particular do

detallado de las mismas, facilitándoles así la tarea. Se trata, pués, de una función *respecto de los tribunales superiores* (tanto los de apelación como los de casación), que sin duda resolverán con mayor acierto los recursos si conocen las razones del juicio de hecho” (GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los Hechos en el Derecho**: bases argumentales de la prueba. Op. cit. p. 179).

⁴⁴² Danilo Knijnik analisa muito bem a questão no direito comparado. Segundo ele, já do ponto de vista histórico, no sistema cassacional, o Tribunal apenas anula a decisão, procedendo ao reenvio da causa para outra Corte, a qual compete julgar o fundo da matéria. No sistema revisional, o Tribunal, “situado no ápice da organização judiciária”, embora não deva funcionar como uma terceira instância, pode rejulgar, ele próprio, a causa. Já do ponto de vista político, anota que no modelo cassacional, há a ideia de um controle centralista e até mesmo monopolítico, enquanto que no modelo revisional, “uma terceira instância propriamente dita. Estruturalmente, afirma-se que a Cassação, enquanto sistema, não tem como preencher a sua função, pois ou viola a liberdade do juiz – nos casos em que o reenvio vincula – ou delonga-se no tempo, no caso de ser necessário, para tanto, o ‘duplo reenvio’ (...). Basicamente, sustenta-se que a Cassação vai ligar-se a uma vocação anti-democrática, porque violentaria a liberdade judicial”, enquanto que “do lado da Revisão, afirma-se que nela se expressa a liberdade judicial e o espírito anti-autoritário. Todos os órgãos judiciários têm a mesma dignidade e importância, não havendo diferença de autoridade ou prestígio entre um e outro Tribunal” (**O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo STJ**. Op. cit. p. 83-86).

⁴⁴³ Idem, p. 107.

órgão competente, qual seja a de realizar, antes mesmo do interesse da parte à justa decisão do caso concreto, o interesse geral à unidade da jurisprudência.⁴⁴⁴

Em outras palavras: tanto o recurso em cassação como o recurso em revisão, de uma maneira ou de outra, visam ao reexame das questões de direito, estando excluído, portanto, o exame, por parte do Tribunal de Cassação ou de Revisão, das questões de fato.

Dito isso, podemos passar a analisar a função dos tribunais superiores, o que não pode ser feito sem se proceder a uma análise histórica.

Em um primeiro momento, os tribunais de cassação que seguiam o modelo cassacional francês, próprio da cultura da época da Revolução Francesa, estavam ligados a uma concepção legalista e, por isso mesmo, a sua função jurídica era reduzida a uma tarefa de aplicação mecânica (lógico-silogística) do texto legal. Tais tribunais, portanto, tinham como objetivo único a “defesa formal da lei” contra os desrespeitos a ela por parte das decisões de tribunais de instâncias inferiores.⁴⁴⁵ A função dos tribunais de cassação da época, portanto, era a de preservar o império da lei, sendo vedado o exame do mérito da matéria.⁴⁴⁶ Em suma: os tribunais de cassação simplesmente fiscalizavam a obediência à lei nas decisões dos tribunais inferiores.

Com efeito, não poderia ser outra a função na época. Basta lembrar que especificamente no que se refere ao Tribunal de Cassação francês, produto da Revolução Francesa, este nasceu com o intuito de preservar a constituição estatal do princípio da separação dos poderes. Consequentemente, na sua gênese, o tribunal de cassação, antes de tudo, nasce como um órgão de controle destinado a observar o cumprimento, por parte do poder judiciário, do referido princípio, especialmente em relação ao poder legislativo. Afinal, se o poder legislativo, em sua mais fundamental noção, é o responsável por estabelecer, em abstrato, normas gerais e obrigatórias, compreende-se de forma adequada (levando-se em

⁴⁴⁴ BOVE, Mauro. **Il Sindacato della Corte di Cassazione**: contenuto e limiti. Op. cit. p. 7. Piero Calamandrei, em sua obra sobre a Cassação Civil, ao comparar a cassação francesa e a revisão alemã, aponta que ambos os sistemas possuem a mesma função: “unificare e riassumere la giurisprudenza giudiziaria dei loro paesi” (CALAMANDREI, Piero. **La Cassazione Civile**. Milano: Fratelli Bocca, 1920, v. I, p. 651).

⁴⁴⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 80-81.

⁴⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 13.

consideração a cultura da época) o risco que poderia incorrer o poder judiciário quando o juiz, por meio de uma sentença (que, como se sabe, é ato destinado a aplicar no caso concreto regra de caráter geral formulada pelo poder legislativo) procurasse estabelecer um preceito de caráter geral e dirigido a regular coativamente uma série indeterminada de casos.⁴⁴⁷ Certamente, neste caso, não se estaria observando o princípio da separação dos poderes.

De qualquer maneira, tal função vai ao encontro daquilo que Calamandrei definiu como sendo a da nomofilaquia. Segundo o processualista italiano, a sentença possuía função declarativa e o julgador tinha a obrigação de julgar conforme a lei. Estas eram características inseparáveis e fundamentais da jurisdição. O juiz devia, antes de tudo, fidelidade à lei. Consequentemente, surge a necessidade de se instituir um órgão especial de controle encarregado de verificar, justamente, a “fidelidade do juiz à lei”, ou, em outras palavras, a correta aplicação da lei.⁴⁴⁸ Daí, portanto, a função nomofilática dos tribunais superiores que em seu sentido originário foi justamente identificada com a definição da interpretação exata, única e verdadeira da lei.⁴⁴⁹ Aliás, Calamandrei reconhecia na nomofilaquia também a função de manter o princípio da separação dos poderes, no exato sentido em que, originariamente, a Corte de cassação francesa devia manter a integridade de tal princípio: segundo ele, por meio da “nomofilaquia”, a “Corte de Cassação trata de manter os órgãos jurisdicionais na esfera de seu poder, destruindo as sentenças que foram pronunciadas fora de seus limites”.⁴⁵⁰

Contudo, mais adiante, diante da inevitável necessidade de interpretação das leis, adquire o Tribunal de cassação nova função: uniformidade da jurisprudência. Mesmo assim, tal função não fugiu da cultura legalista da época: tal uniformidade de jurisprudência era entendida como uniformidade na interpretação da

⁴⁴⁷ CALAMANDREI, Piero. **La Cassazione Civile**, v. I. Op. cit. p. 433-434.

⁴⁴⁸ Idem. **La Cassazione Civile**, v. II. Op. cit. 37-38.

⁴⁴⁹ KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo STJ**. Op. cit. p. 99. Aliás, ainda sobre o significado do signo nomofilaquia, vale lembrar que Almeida Santos destaca que a palavra deriva dos vocábulos *nomos* e *phyláссо*, que significam lei e guarda, respectivamente (SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Recurso Especial – Visão Geral. In: **Revista de Processo**, ano 14, n. 56, out./dez. 1989, p. 124).

⁴⁵⁰ CALAMANDREI, Piero. **La Cassazione Civile**, v. II. Op. cit. p. 46. Mais adiante, porém, Calamandrei adverte: “sarebbe ormai un anacronismo scorgere nella Cassazione soltanto salvaguardia politica del principio della separazione dei poteri che vi scorgeva l’Assemblea Nazionale” (Idem, ibidem, p. 89).

lei, objetivando-se, desse modo, como aponta Castanheira Neves, “a unidade da legislação pela unidade da jurisprudência”.⁴⁵¹

Neste ponto, pode-se retomar, mais uma vez, a lição de Calamandrei. O doutrinador reconhece como função do tribunal de cassação, além da nomofilaquia, a de unificar a jurisprudência, embora afirme que “somente a finalidade da unificação jurisprudencial não é suficiente para explicar o funcionamento do órgão de Cassação”⁴⁵², além de, no seu entendimento, a função nomofilática ter certa prevalência sobre a função da interpretação uniforme da lei.⁴⁵³ Mesmo assim, Calamandrei não deixa de reconhecer que a função de unificar a jurisprudência possui certa coincidência com a nomofilaquia. Isso porque “entre as diversas interpretações de uma mesma norma jurídica, a coexistência das quais destruiria a uniformidade da jurisprudência, o órgão unificador escolhe e faz predominar aquela

⁴⁵¹ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais**. Op. cit. p. 82-83.

⁴⁵² CALAMANDREI, Piero. **La Cassazione Civile**, v. II, Op. cit. p. 89-90.

⁴⁵³ Alvitra Calamandrei que “dobbiamo ritenere che accanto all’interesse al mantenimento della uniforme interpretazione, lo Stato intenda tutelare, in tutti quei casi in cui ammette il controllo della Cassazione quantunque l’uniformità della giurisprudenza non sia in pericolo, un altro interesse, che è appunto quello della nomofilachia. È evidente, infatti, che si possono verificare dei casi nei quali, pur non trovandosi nella sentenza del giudice nessuna minaccia alla uniformità della interpretazione giurisprudenziale, la sentenza stessa si basi però *in iudicando* su un evidente errore di diritto, che renda necessario, per immediata repressione, l’intervento dell’organo censorio. Si è veduto che il bisogno della uniformità della giurisprudenza nasce della coesistenza nello Stato di più tribunali dello stesso grado (...); talché in uno Stato in cui, per ipotesi, esiste un solo organo giudiziario, o più organi investiti ciascuno di una diversa competenza per grado nella stessa circoscrizione territoriale, non esiste possibilità di giurisprudenza disforme nello spazio, nè conseguente necessità di un organo di adibito ad unificarla. Eppure, anche in questo Stato nel quale la disformità contemporanea della giurisprudenza è materialmente esclusa, non è esclusa affatto la possibilità che l’unico organo giudiziario, nel pronunciare una sentenza, ponga a base del suo sillogismo una affermazione giuridica che contraddica alla legge: onde, anche scendendo fuor dalle ipotesi nella realtà degli ordinamenti positivi, possiamo comprendere per qual ragione gli ordinamenti politici anteriori alla Rivoluzione francese, pur ignorando l’idea di un organo destinato a unificare la giurisprudenza, conoscessero istituti censori volti a mantenere l’autorità della legge (...), e per qual ragione, perfino in un minuscolo organismo politico quale è il Principato di Monaco, ove la ristrettezza del territorio e la conseguente esiguità del numero dei tribunali rendono impossibile ogni disformità della giurisprudenza nello spazio, si sia tuttavia sentito il bisogno di creare al vertice dell’embrionale ordinamento giudiziario un *Conseil de revision*, incaricato di riesaminare se i giudici di merito siano incorsi in violazioni di legge (...). Nè è detto che, anche in un ordinamento giudiziario in cui coesista una pluralità di organi dello stesso grado, non sia possibile raffigurare dei casi in cui si ha violazione di legge senza che si abbia contemporaneamente una minaccia alla uniformità della giurisprudenza. Si pensi al caso di un giudice che per la prima volta risolve, in modo contrario alla legge, una questione di diritto, che mai prima di ora si era presentata alla risoluzione dei tribunali; si pensi soprattutto al caso teoricamente possibile e, sembra, non assolutamente sconosciuto alla pratica (...), in cui tutti i giudici di uno stesso grado esistenti in uno Stato si accordino tacitamente nel rifiutarsi di applicare una legge nuova che, appena emanata, ha suscitato qualche ostilità in una parte della opinione pubblica, o nel dare concordemente ad essa una interpretazione diversa da quella vera. In simili ipotesi non c’è dissidio di interpretazioni giurisprudenziali; ma c’è senza dubbio da parte dei giudici una infrazione del dovere che essi hanno di applicare il diritto vigente, contro la quale il controllo giuridico dell’organo di Cassazione deve indubbiamente intervenire” (**La Casazione Civile**, v. II. Op. cit. p. 92-93).

que corresponde ao verdadeiro significado da lei”, eliminando, por conseguinte, “todas as outras interpretações”.⁴⁵⁴

Em seguida, chega-se, então, a uma terceira e atual fase, na qual há um afastamento da função original, ou seja, aquela de simplesmente anular a decisão quando em desconformidade com a lei. Passa-se, então, a não mais simplesmente aferir a legalidade da decisão, mas o próprio julgamento da causa.⁴⁵⁵ Ganha destaque, desse modo, a função de se outorgar unidade ao Direito,⁴⁵⁶ não se apontando mais diferença entre a função nomofilática e aquela de uniformizar a jurisprudência, isso porque, em verdade, tais funções representam as duas faces da mesma moeda, ou seja, os dois aspectos da mesma função fundamental a ser desenvolvida pela corte de cassação.⁴⁵⁷

Mas isso não significa, em hipótese alguma, que a função da unidade do Direito implica engessar a evolução do Direito. Afinal, ela deve ser voltada para o futuro, em uma perspectiva dialética.⁴⁵⁸ Com efeito, a unidade do ordenamento jurídico tem de ser coerente em sua estrutura, mas isso não pode implicar algo estático e inerte, sob pena de prejudicar inclusive o desenvolvimento e impulso social.⁴⁵⁹

Tanto isso é verdade que se aponta, como função dos tribunais superiores, para uma *nomofilaquia tendencial*, a qual surge da ideia de não ser possível ou até mesmo não desejável a “exata” interpretação da lei, de modo que essa uniformidade de interpretação da lei não seria algo absoluto, mas em sentido tendencial e relativo entre as múltiplas interpretações dadas por vários juízos de mérito, não se impondo,

⁴⁵⁴ CALAMANDREI, Piero. **La Cassazione Civile**, v. II. Op. cit. p. 94.

⁴⁵⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antônio **O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais**. Op. cit. p. 86.

⁴⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. Op. cit. p. 14.

⁴⁵⁷ TARUFFO, Michele. Una riforma della Cassazione Civile? In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LX, n. 3, set, 2006, p. 761.

⁴⁵⁸ Conforme aponta Castanheira Neves, o sentido válido de unidade do Direito é aquele de “unidade da ordem jurídica material – problematicamente constituenda *versus* a unidade formal – sistematicamente pressuposta – ou seja, uma unidade de normativa ordenação dinâmica e a *posteriori*, em oposição às unidades normativas *a priori*” (**O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais**. Op. cit. p. 656). Em nota de rodapé, explicita: “Ou melhor, uma unidade de dialética totalização e *a posteriori*” (Ibidem, nota de rodapé 1610).

⁴⁵⁹ GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit. p. 159.

dessa forma, uma interpretação autoritativa, mas estabelecendo um *diálogo* de forma a atingir, persuasivamente, a melhor interpretação acertada.⁴⁶⁰

Identifica-se, por isso, a nomofilaquia tendencial como uma “função jus-unitária da definição e produção do Direito pela judicatura (atividade judicante), em perspectiva *evolucionar*”,⁴⁶¹ devendo-se ter um enfoque voltado para o futuro. Conseqüentemente, em vista disso, percebe-se uma função educadora ou pedagógica da corte de cassação, já que gera expectativas em relação à base das decisões tomadas no passado, mas também na medida em que estas se combinarão com outras futuras.⁴⁶² Afinal, caso contrário, ou seja, se os tribunais superiores não formularem decisões voltadas para o futuro, certamente haverá problemas em se elaborar, por exemplo, “princípios de direitos” dotados de validades mais amplas e de maior potencialidade aplicativa.⁴⁶³

Em outras palavras: tem-se uma uniformidade de jurisprudência que se forma tendencialmente sobre a base do precedente – que resolve um caso passado, mas que se dirige para o futuro⁴⁶⁴, criando-se, desta maneira, precedentes que influenciam a *jurisprudência sucessiva*.⁴⁶⁵

No particular, há ainda outro ponto que não pode passar despercebido: Michele Taruffo igualmente rechaça a visão tradicional da nomofilaquia. Segundo ele, “dizer que a interpretação determina o sentido exato de uma norma é uma afirmação desprovida de sentido”. Isso porque, “o que a interpretação pode determinar é o significado ‘justo’, ou seja, se fundado sobre o emprego correto de escolhas não obrigatórias, mas aceitáveis”. Claro que não existe, porém, “um significado ‘justo’ em absoluto”, podendo-se falar somente em um “significado relativamente ‘mais justo’”. Daí porque a função nomofilática da Cassação não é a de “assegurar a exatidão formal da interpretação (...), mas a de estabelecer qual é a interpretação justa, ou mais justa, da norma”. Mas atente-se: “a nomofilaquia diz respeito à ‘justiça do método’ de interpretação da lei”, ou seja, essa ideia está ligada

⁴⁶⁰ MAZZARELLA, Ferdinando. **Analisi del Giudizio Civile di Cassazione**. 3. ed. Padova: Cedam, 2003, p. 27.

⁴⁶¹ PINTAÚDE, Gabriel. Controle e verificação do juízo de fato no julgamento singular, no apelacional e no revisional/cassacional. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 112.

⁴⁶² GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit. p. 159.

⁴⁶³ TARUFFO, Michele. **Il Vertice Ambiguo: saggi sulla cassazione civile**. Bologna: Il Mulino, 1991, p.110.

⁴⁶⁴ TARUFFO, Michele. Una Riforma della Cassazione Civile? Op. cit. p. 762-763.

⁴⁶⁵ TARUFFO, Michele. **Il Vertice Ambiguo: saggi sulla cassazione civile**. Op. cit. p. 11.

à “escolha da interpretação apoiada nas melhores razões, sejam essas lógicas, sistemáticas ou valorativas”.⁴⁶⁶

Por outro lado, não há como deixar de notar que há uma preocupação com a certeza do direito. Afirma-se, inclusive, que a “certeza do direito” é o “escopo da nomofilaquia”.⁴⁶⁷ Sabe-se que no caso brasileiro, ao Superior Tribunal de Justiça (que é, especificamente, o órgão julgador que aqui interessa, já que cabe a ele a guarda do direito infraconstitucional) compete julgar, em Recurso Especial, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, quando a decisão recorrida der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (art. 105, III, “c”, da Constituição Federal). Busca-se, deste modo, a unidade de interpretação da lei federal em todo o território nacional.⁴⁶⁸

Evidencia-se, desse modo, a função do Superior Tribunal de Justiça conferir certeza ao ordenamento jurídico,⁴⁶⁹ o que, como se viu, vai ao encontro justamente daquilo que a nomofilaquia pretende. Como aponta Arruda Alvim, quanto maior a diversidade das “correntes de pensamento a respeito de uma mesma lei, tanto mais seriamente ficará despida de certeza aquela lei e, conseqüentemente, nessa escala, essa circunstância contribui para que o direito não tenha o grau de certeza desejável”.⁴⁷⁰ E é essa a razão pela qual o autor, mais adiante, conclui: a “função do Superior Tribunal de Justiça, por meio do recurso especial, é a de uniformizar o entendimento a respeito do Direito federal, de modo que se alcance a certeza do Direito”.⁴⁷¹ Aliás, a necessidade de uniformização na aplicação da lei efetivamente busca um ideal de ordem, segurança, certeza⁴⁷² ou, para ser mais objetivo, de

⁴⁶⁶ Ibidem, p. 89-90.

⁴⁶⁷ SANTANGELO, Ignazio Augusto. Cassazioni plurime e nomofilachia. In: **Rivista di Diritto Processuale**, anno XLIV, n. 2, apr./giug. 1989, p. 510.

⁴⁶⁸ MANCUSO, Rodolfo Camargo de. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 332.

⁴⁶⁹ A respeito da relação entre “certeza” e “direito”, escreve Rodolfo de Camargo Mancuso que ambas as expressões “são de tal modo conectadas e pressupostas” (...) “que o descontrolado dissenso pretoriano, ao distanciar aqueles valores, coloca em xeque a credibilidade do sistema judiciário e a eficácia real de sua produção, decepcionando o jurisdicionado, como *consumidor final* desse serviço estatal” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 166).

⁴⁷⁰ ALVIM, Arruda. O Recurso Especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 33.

⁴⁷¹ Idem, p. 47.

⁴⁷² SILVA, José Afonso da. **Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 234.

segurança jurídica, além da própria igualdade, já que se almeja, com isso, igualdade na aplicação do direito.⁴⁷³

Mas isso não põe em xeque a função da nomofilaquia tendencial, tanto que se afirma que tal função consiste na “transcendência, oriunda da *certeza* e *estabilidade jurídicas* que devem derivar das decisões proferidas pelos tribunais superiores, fazendo com que se fixe, em tese, o verdadeiro sentido da questão de direito objetivo posta em julgamento”.⁴⁷⁴ Como se isso não bastasse, certeza do direito e imobilismo jurídico não se confundem.⁴⁷⁵ Aliás, interpretação uniforme não significa necessariamente uma interpretação imutável; reclama-se, assim, uma interpretação evolutiva da norma, o que acaba por adaptá-la às situações sociológicas.⁴⁷⁶ De qualquer maneira, deve haver um equilíbrio entre a função criadora do juiz e a necessidade de uniformidade na aplicação das normas jurídicas.⁴⁷⁷

Em suma, o que se tem é uma nomofilaquia tendencial, nos termos acima propostos, mas que deve perseguir não precisamente a interpretação exata da lei, senão a interpretação mais justa dela ou até mesmo a interpretação da justiça do método de interpretação da lei.

Do que foi exposto até aqui, poder-se-ia concluir facilmente que o recurso em cassação ou mesmo o recurso em revisão (e, no nosso caso, especificamente o Recurso Especial) não visam a atender ao interesse da parte ou, em outras palavras, não estão vocacionados a analisar a justiça do caso concreto, justamente

⁴⁷³ No Superior Tribunal de Justiça há precedente neste sentido, reconhecendo-se, inclusive, a função nomofilática da Corte Superior, no exato sentido em que escreveu Calamandrei: “Ao criar o STJ e lhe dar a função essencial de guardião da legislação federal (e, portanto, de seu intérprete oficial), a Constituição impôs ao Tribunal o dever de manter a integridade do sistema normativo, a uniformidade de sua interpretação e a isonomia na sua aplicação. Deu-lhe, também, como missão específica, a de dirimir as divergências dos tribunais locais na interpretação da lei federal, criando, para isso, até mesmo uma específica hipótese de cabimento de recurso especial (CF, art. 105, III, c). Portanto, a partir de 1988, criou-se no País um tribunal superior com a função (importante para a manutenção do princípio da isonomia e do próprio princípio federativo) de *uniformização* da jurisprudência, bem como a função, que se poderia denominar *nomofilática* (entendida a nomofilaquia no sentido que lhe atribuiu Calamandrei), destinada a *aclarar* e *integrar* o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme, funções essas com finalidades *‘que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente’* (CALAMANDREI, Piero. **La Casación Civil**. T. II, Op. cit. p.104)” (STJ, REsp 1026234/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 27/05/2008, DJe 11/06/2008).

⁴⁷⁴ ROSITO, Francisco. **Direito Probatório**: as máximas de experiência em juízo. Op. cit. p. 126.

⁴⁷⁵ A observação é de KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo STJ**. Op. cit. p. 103.

⁴⁷⁶ SANTANGELO, Ignazio Augusto. Cassazioni plurime e nomofilachia. Op. cit. p. 507.

⁴⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro**. Op. cit. p.233.

em razão da função nomofilática, sendo o interesse da parte um *meio* para que, ao fim e ao cabo, o tribunal superior cumpra com a nomofilaquia.⁴⁷⁸

A questão, porém, não é tão simples.⁴⁷⁹

Giovanni Verde, embora diga que não se precisa “abandonar a ideia de um juízo supremo que garanta a exata observância da lei”, afirma que, no atual contexto, a Corte de Cassação deve também objetivar a justiça do caso concreto. O autor, para chegar a essa conclusão, parte do pressuposto que a nomofilaquia pura está ligada “a uma visão autoritária e fortemente centralizada da justiça”, que é o

⁴⁷⁸ Essa é a conclusão da doutrina nacional majoritária. Por exemplo, Athos Gusmão Carneiro anota que “O interesse privado do litigante vencido (...) funciona mais como móvel e estímulo para a interposição do recurso extremo, cuja admissão, todavia, liga-se à existência de uma questão federal, à defesa da ordem jurídica no plano do direito federal, assegurando-lhe, como referiu Pontes de Miranda, a “inteireza positiva”, a “autoridade”, a “validade” e a “uniformidade de interpretação” (CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 110); Antônio de Pádua Ribeiro alvitra que a função do Recurso Especial “é dar prevalência à tutela de um interesse geral do Estado sobre os interesses dos litigantes (Liebman)” (RIBEIRO, Antônio de Pádua. Anotações sobre o recurso especial. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991. p.51); Rodolfo de Camargo Mancuso menciona que o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial não se destinam à revisão de decisões injustas, de forma que “ao aplicar o direito à espécie (...), a Corte também provê sobre o direito subjetivo individual da parte. Isso, todavia, aparece como um efeito ‘indireto’ ou ‘reflexo’ do provimento sobre o recurso, já que (...) a finalidade precípua dos recursos excepcionais é a de propiciar aos Tribunais da Federação o zelo pela validade, autoridade, uniformidade interpretativa e, enfim, pela inteireza positiva do direito constitucional, na expressiva locução de Pontes de Miranda, o mesmo se aplicando ao direito federal comum, no âmbito do STJ” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. Op. cit. p. 152-153). Também para José Afonso da Silva, o Recurso Extraordinário não visa a fazer justiça subjetiva, justiça às partes. Ressalta, porém, o caráter processual de tal recurso, consubstanciado justamente no fato da parte utilizá-lo como um meio para ver a decisão reformada. Deste modo, segundo ele, “o que fundamenta, pois, a existência do Recurso Extraordinário é o interesse estatal de assegurar, em todo o território da Federação, a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição e das leis federais (...). Visa, enfim, a manter incólume o prestígio da lei maior, o princípio da lei federal e a uniformidade da jurisprudência. Supremo Tribunal Federal e Recurso Extraordinário complementam-se pela identidade de função. Um não se compreenderia sem o outro, no que tange à matéria constitucional. Do Recurso Extraordinário se pode afirmar o mesmo que dissera Calamandrei da cassação italiana: permite ao Supremo Tribunal fazer com que marchem, a igual passo, o interesse individual na justiça do caso singular e o interesse público na interpretação exata da lei em abstrato. Seu fundamento e sua finalidade são, pois, político-constitucionais. Mas isso não lhe tira o caráter eminentemente processual. É um meio processual que o Estado pôs à disposição das partes, para que, defendendo o próprio interesse do subjetivo, dêem ao Pretório Excelso o instrumento de controle da unidade do Direito nacional e, sobretudo, da supremacia da Constituição” (SILVA, José Afonso da. **Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro**. Op. cit. p. 105-107). Na doutrina internacional, destaca-se, mais uma vez, o posicionamento de Michele Taruffo, que vai mais ou menos ao encontro da orientação da doutrina nacional. Segundo ele, dentro da sua concepção de nomofilaquia (busca pela interpretação mais justa da lei), “la tutela della legalità nel singolo caso viene attuata, ma como *side-effect* della nomofilachia” (TARUFFO, Michele. **II Vertice Ambiguo: saggi sulla cassazione civile**. Op. cit. p. 93).

⁴⁷⁹ Horst-Eberhard Henke, aliás, indaga: “A qué tiene el tribunal de casación que dar preferencias: a satisfacer el interés del recurrente en la correcta resolución de su caso, o al interés general en una jurisprudencia uniforme?” (HENKE, Horst-Eberhard. **La Cuestion de Hecho: el concepto indeterminado em el derecho civil y su casacionabilidad**. Op. cit. p. 211).

oposto de um “ordenamento autenticamente democrático”; da “complexidade do mundo em que vivemos”, no qual as “fontes de direito estão interligadas” e que interferem continuamente e em vários níveis.⁴⁸⁰

Salvatore Satta reconhece que à base da Cassação está sempre o interesse da parte, sendo por isso mesmo o recurso de cassação um meio de impugnação. Para ele, portanto, a função da cassação não se desenvolve para a tutela do interesse geral da justiça da decisão.⁴⁸¹

Elio Fazzalari refere que “a atividade da Suprema Corte é antes de tudo dirigida à tutela da posição substancial deduzida na lide”.⁴⁸²

Por outro lado, como se anotou, há o entendimento da preponderância da função nomofilática, mas que não ignora o interesse da parte.

Aliás, especificamente no que se refere à preponderância de se atender a função jus-unitária ou mesmo nomofilática, ressalta-se que o nosso sistema processual vai justamente neste sentido. Para se perceber isto, basta analisar, em um primeiro momento, a própria Constituição Federal que, no art. 105, III, menciona que cabe ao Superior Tribunal de Justiça julgar em recurso especial, as *causas decididas*. Tal disposição constitucional dá azo ao chamado efeito devolutivo amplo ou translativo dos recursos especiais, o que fica ainda mais evidente ao se observar a Súmula 456 do STF e o art. 256 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.⁴⁸³ Deste modo, conforme já restou decidido no próprio âmbito do Superior Tribunal de Justiça, “superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, que, em seu nível vertical, engloba o chamado

⁴⁸⁰ VERDE, Giovanni. In defesa dello *jus litigatoris* (sulla cassazione come è e come si vorrebbe che fosse). In: **Rivista di Diritto Processuale**, vol. LXIII, 2008, p. 11. É bom ressaltar que o posicionamento adotado por Giovanni Verde se dá em razão da reforma da Cassação italiana promovida no ano de 2006 por meio do decreto legislativo n. 40, cuja norma reforça a função nomofilática da Corte de Cassação, tanto que consta no “capo I” do referido decreto: “Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica”. Tanto isso é verdade que Michele Taruffo, ao comentar essa modificação legislativa feita na Itália, assevera que “nell’introdurre le nuove norme sul procedimento di cassazione il legislatore dichiara (...) di volersi ispirare alla funzione di nomofilachia che la Corte di cassazione dovrebbe svolgere (TARUFFO, Michele. Una riforma della Cassazione Civile? Op. cit. p. 759).

⁴⁸¹ SATTA, Salvatore. **Diritto Processuale Civile**. Padova: Cedam, 1959. p. 371-373.

⁴⁸² FAZZALARI, Elio. **Il Giudizio Civile di Cassazione**. Milano: Giuffrè, 1960. p. 209.

⁴⁸³ Neste sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. Op. cit. p. 146-147.

efeito translativo, consistente na possibilidade, atribuída ao órgão julgador, de conhecer de ofício as questões de ordem pública”.⁴⁸⁴

Mas não é só. Percebe-se que a função nomofilática especificamente da nossa Corte Superior ganhou força sobretudo em razão do art. 543-C do CPC, incluído pela Lei 11.672 de 2008, somado à decisão do próprio Superior Tribunal de Justiça de que “É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia”.⁴⁸⁵

Trata o referido artigo no Código de Processo Civil dos chamados “recursos repetitivos”, de forma que quando houver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica controvérsia, a análise do mérito recursal dar-se-á por amostragem, mediante a seleção de recursos que representem de maneira adequada a controvérsia.

⁴⁸⁴ STJ, REsp 1.011.401-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 17/02/2009. Tal acórdão utilizou como embasamento, a propósito, outro precedente, daquela mesma corte, o qual se encontra assim ementado: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFEITO TRANSLATIVO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA (CPC, ARTS. 267, § 3º, E 301, § 4º). POSSIBILIDADE, NOS CASOS EM QUE O NÃO ENFRENTAMENTO DESSAS QUESTÕES CONDUZ A UM JULGAMENTO SEM NENHUMA RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA COM A DEMANDA PROPOSTA. 1. Em virtude da sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no tribunal de origem. 2. Todavia, embora com devolutividade limitada, já que destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa e, portanto, a uma situação em espécie (Súmula 456 do STF; Art. 257 do RISTJ). 3. Assim, quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o julgamento do recurso cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, cabe ao tribunal, mesmo de ofício, conhecer da matéria, nos termos previstos no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º do CPC. Nesses limites é de ser reconhecido o efeito translativo como inerente também ao recurso especial. 4. No caso dos autos, o acórdão recorrido, bem assim as questões federais suscitadas no recurso especial, não têm relação de pertinência com a controvérsia originalmente posta. Examinar tais questões em recurso especial representaria, assim, atividade jurisdicional inútil, porque imprestável para o desfecho da causa. 5. Recurso especial conhecido, para, de ofício, anular o acórdão que julgou o agravo regimental. (REsp 609144/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06/04/2004, DJ 24/05/2004, p. 197). Esse entendimento, contudo, não é aplicável em sede de embargos de divergência. Conforme restou decidido recentemente nos EREsp 681.881/SP “os embargos de divergência têm por finalidade a uniformização interna de teses jurídicas divergentes e se caracterizam como recurso de fundamentação vinculada, em que é vedado analisar qualquer outra questão que não tenha sido objeto de dissídio entre os acórdãos em cotejo, *ainda que se trate de matéria de ordem pública*” (STJ, EREsp 681.881/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, julgado em 04/05/2011, acórdão ainda não publicado).

⁴⁸⁵ STJ, QO no REsp 1063343/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 17/12/2008, DJe 04/06/2009.

Já na questão decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, foi dito pela Min. Nancy Andrighi, então relatora, que “são duas as perspectivas constitucionais sob as quais o incidente previsto no art. 543-C do CPC deve ser analisado: a primeira, de garantir a plena realização do direito à razoável duração do processo; e a segunda, de maximizar o direito fundamental à isonomia”.

O “Direito Processual contemporâneo adotou”, ainda conforme a Min. Nancy Andrighi, “inicialmente, a sistemática de coletivização para ampliar o acesso ao Judiciário”. Prova disso são os “instrumentos processuais como o do art. 543-C, idealizado para solucionar o excesso de processos com idêntica questão de direito que tramitam pelos diversos graus de Jurisdição”. Dessa forma, “os efeitos previstos no § 7º do art. 543-C ganham especial abrangência porque permitem que o STJ, ao invés de, repetidamente, proferir a mesma decisão, defina a orientação que norteará o deslinde das idênticas questões de direito que se apresentam aos milhares.”

Assim, continua a Ministra, se está “diante da sistemática da coletivização acima mencionada, cuja orientação repercutirá tanto no plano individual, resolvendo a controvérsia *inter partes*, quanto na esfera coletiva, norteadando o julgamento dos múltiplos recursos que discutam idêntica questão de direito”. Frisou, ainda, que “entender que a desistência recursal impede o julgamento da idêntica questão de direito é entregar ao recorrente o poder de determinar ou manipular, arbitrariamente, a atividade jurisdicional que cumpre o dever constitucional do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser caracterizado como verdadeiro atentado à dignidade da Justiça”.

O Min. Ari Pargendler, por sua vez, em seu voto, deixou claro que “o recurso especial serve para a proteção do ordenamento jurídico. *O interesse privado só conta de modo mediato, como veículo*”. Ocorre que, com a modificação introduzida pela lei 11.672 de 2008, “o interesse público ditado pela necessidade de uma pronta solução para essa causa, que é representativa de inúmeras outras, não pode ser obstado pelo interesse da parte”. Segundo o Ministro, haveria, no caso, um “empenho de se opor ao interesse público, de o Judiciário resolver a questão”. No entanto, “havendo interesse privado subalterno”, deve-se dar “prevalência ao interesse público decidindo no sentido de que não se pode desistir de um recurso especial que o Tribunal afetou ao regime da lei”.

Analisando-se o precedente acima citado, percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça levou em consideração, para a resolução da questão, o ponto

referente à *coletivização* e, mais especificamente, aplicar o direito à coletividade de forma isonômica. Ocorre que a ideia de isonomia é inerente à função nomofilática.⁴⁸⁶

Deste modo, ainda que não dito de modo expresso pelo Superior Tribunal de Justiça, acabou-se firmando o entendimento de que cumpre à Corte Superior a função de outorgar unidade ao direito, ou seja, de cumprir sua função nomofilática, e não a de atender ao interesse da parte. Caso contrário, certamente haveria de ser deferido o pedido de desistência do recurso representativo da controvérsia.

O que se quer dizer é que o sistema jurídico brasileiro acompanha uma tendência que se observa em outros países,⁴⁸⁷ no sentido de fazer prevalecer, antes de tudo, o interesse jus-unitário dos tribunais superiores, e não o interesse da parte.

Essa inflexão, portanto, do nosso sistema jurídico, no que se refere à preponderância, por parte dos tribunais superiores, em se atender a função nomofilática, não pode ser desconsiderada.

Mesmo assim, parece-nos que não se pode negar que há uma articulação entre os dois vetores,⁴⁸⁸ mas com pequena preponderância, diante do posicionamento do próprio Superior Tribunal de Justiça, da função jus-unitária.

⁴⁸⁶ Calamandrei, a propósito, ao passar pela história da cassação francesa, lembra que o nascimento do *Tribunal de cassation* estava particularmente ligado justamente à ideia de igualdade jurídica de todos os cidadãos perante a lei. (CALAMANDREI, Piero. **La Cassazione Civile**, v. I. Op. cit. p. 421). Já mais recentemente, Andrea Proto Pisani referiu que “il valore della uniformità della giurisprudenza è diretta derivazione del valore costituzionale del principio di uguaglianza dei cittadini (...) davanti alla legge” (PROTO PISANI, Andrea. Principio d’eguaglianza e ricorso per cassazione. In: **Revista de Processo**, ano 36, n. 191, jan. 2011, p. 206).

⁴⁸⁷ Sobre isso, ver a observação feita na nota de rodapé 480 a respeito da reforma da Cassação italiana no ano de 2006. Na Itália, aliás, a reforma promovida no ano de 2006 por meio do decreto legislativo n. 40 se deu em razão do número excessivo de recursos que chegam à Corte de cassação. Giovanni Verde, a propósito, ao questionar a razão pela qual o legislador modificou a disciplina do recurso cassacional, responde: “Sembrirebbe che abbia raccolto il grido do dolore proveniente dalla Suprema Corte oppressa da un numero incredibilmente alto di ricorsi che nella sede civile superano le trentamila unità ogni anno e che, nella sede penale, sono di numero anche maggiore” (VERDE, Giovanni. In difesa dello *jus litigatoris* (sulla cassazione come è e come si vorrebbe che fosse). Op. cit. p. 02-03). No Brasil, a introdução no CPC do art. 543-C, por meio da Lei 11.678 de 2008, teve o mesmo objetivo: reduzir a quantidade de recursos que tramitam no âmbito do STJ. A propósito, a própria Min. Nancy Andrighi, em conferência acerca dos recursos repetitivos, ressaltou que “a inovação legislativa criou um novo procedimento que permite ao Poder Judiciário, por iniciativa do STJ, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, dar, em um único julgamento, solução para questões de direito reiteradas em múltiplos litígios. Acerca da utilidade, benefícios, boas qualidades e eficiência do incidente, faço eco às notícias recentemente divulgadas na mídia e que apontam para a evidente diminuição dos estoques de recursos que repousam no STJ” (ANDRIGHI, Fátima Nancy. Recursos repetitivos. In: **Revista de Processo**, ano 35, n. 185, jul. 2010, p. 269).

⁴⁸⁸ Esse é o claro posicionamento de Danilo Knijnik, quando acentua que “a função da cassação é tanto jus-unitária como resolutiva, mas os dois vetores devem articular-se, ou combinar-se, de modo que somente será legítima a sua atuação unificadora quando presente, de um lado, o interesse da

*Claro está que o objetivo efetivamente é o da unidade do direito,*⁴⁸⁹ até mesmo porque, por um lado, a simples irresignação da parte com a decisão não dá azo, por exemplo, ao Recurso Especial. Negar isso seria desconsiderar a base histórica da função dos tribunais superiores. *Mas, por outro lado, também é verdade que para que a Corte Superior cumpra com sua função básica de nomofilaquia, é necessária a irresignação do litigante.*

Além disso, a justiça da decisão sempre deve ser o ideal a ser atingido pelo órgão julgador, o que, claro, não pode implicar o exame das questões puramente fáticas postas na lide. Afinal, não se deve esquecer que o “fim último do processo” é, antes de tudo, “a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso”.⁴⁹⁰

Assim, se por um lado, como exposto, não se pode desconsiderar as bases históricas da função dos tribunais superiores, bem como a atual sistemática imposta principalmente pelo art. 543-C do CPC, também é verdade que não se pode simplesmente desconsiderar que, ainda que o tribunal superior não objetive atender o interesse da parte, é isso que ao fim e ao cabo irá acontecer. Vale dizer: a tutela do *ius litigatoris* é algo que é concretizado (ainda que não objetivado) pelos tribunais superiores.

parte, e o interesse da parte somente será levado na devida conta quando presente um relevante interesse jus-unitário ou nomofilático, que justifique o funcionamento do Tribunal. Existe aí, pois, uma articulação”. (KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo STJ**. Op. cit. p. 95).

⁴⁸⁹ Lembra Michele Taruffo que a concepção de Calamandrei de que a nomofilaquia é a função que a Corte de Cassação desenvolve como “organo di controllo posto a difesa del diritto obiettivo” é ainda hoje válida, referindo-se, no particular, ao art. 65 da Lei sobre o Ordenamento Judiciário italiano, o qual, segundo ele, possibilita uma série de interpretações na maneira pela qual a Corte de cassação deveria e poderia desenvolver a sua função nomofilática. (TARUFFO, Michele. *Una riforma della Cassazione Civile?* Op. cit, p. 760). Aliás, o próprio Taruffo, em ensaio específico sobre o art. 65 da Lei sobre o Ordenamento Judiciário italiano, aponta de forma crítica uma das interpretações em relação ao artigo: refere o processualista que o referido artigo possui uma vinculação com o positivismo jurídico, e mais especificamente ao que denomina de formalismo interpretativo, cuja tese é bem conhecida e resumida em cinco pontos: 1) cada norma tem um significado intrínseco, implícito, mas objetivamente dado; 2) portanto a atividade do intérprete consiste na individualização e na explicitação deste significado; 3) se existe um problema interpretativo, ou seja, se existe mais de uma interpretação do mesmo enunciado normativo, isso se resolve individualizando o significado e descartando os outros, e que conseqüentemente são errôneos; 4) o método interpretativo é o lógico-dedutivo e exclui as escolhas discricionárias do intérprete; 5) o juiz interpreta a norma segundo os mesmos critérios e, portanto, explicita significados implícitos objetivamente existentes; “declara” o direito e não o cria; procede logicamente sem cumprir escolhas de valores, aplicando dedutivamente a norma ao fato. (TARUFFO, Michele. **II Vertice Ambiguo**: saggi sulla cassazione civile. Op. cit. p.74).

⁴⁹⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. Op. cit. p. 23.

O que se quer dizer é que a Corte Superior só poderá cumprir com sua função de outorgar unidade ao direito se houver o interesse da parte. *Não há a função jus-unitária sem o interesse da parte e, evidentemente, a parte não obterá modificação na decisão sem que, antes de tudo, se possa, por meio de sua irresignação, outorgar-se unidade ao direito.* Daí porque, com efeito, “se a função da Cassação seja aquela da tutela do *ius litigatoris* ou do *ius constitutionis* é, no fim das contas, supérfluo, porque ela exercita contemporaneamente uma e outra função”.⁴⁹¹

De qualquer maneira, diante de tudo o que foi exposto, compreende-se de forma clara o propósito da Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça: se efetivamente os tribunais superiores têm como função a nomofilaquia, ainda que tendencial, devendo, por isso mesmo, outorgar unidade ao direito, não se pode admitir o (re)exame dos fatos pelo Superior Tribunal de Justiça.⁴⁹² Parte-se do pressuposto de que o erro de fato, por estar circunscrito a determinada causa, não transcende os seus efeitos, ao passo que o erro de direito pode contagiar os demais juízes, podendo inclusive servir de antecedente judiciário.⁴⁹³

3 O CONTROLE DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para se analisar o ponto ora proposto, deve-se, antes de tudo, analisar como a doutrina, de uma forma geral, trata a questão referente ao controle da categoria pelos tribunais superiores.

Guido Calogero, a propósito, possui posição crítica: segundo o autor, o fato de não haver nenhuma reflexão ou ação, por mais elementar que seja, que não

⁴⁹¹ RICCI, Gian Franco. La Suprema corte tra funzione nomofilattica e tutela dello *ius litigatoris*. Il problema alla luce del controllo della motivazione. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LXIII, n. 2, giug. 2009, p. 600.

⁴⁹² É evidente que a Súmula 07 do STJ impõe uma rígida separação entre a questão de fato e a questão de direito. Tal dicotomia, segundo aponta Ovídio A. Baptista da Silva, é reflexo do racionalismo. A propósito, lembra o processualista que “a busca de segurança jurídica que o racionalismo pretendeu obter através da utilização das ciências da natureza ou da matemática – origem do normativismo moderno – fez com que a doutrina e o ensino universitário suprimissem o estudo de ‘casos’, preocupando-se, tanto nos manuais quanto na docência universitária, apenas com a ‘norma’, com eliminação do ‘fato’. A separação entre ‘direito’ e ‘fato’, inspirada nos dois mundos kantianos, o mundo do *ser* e do *dever ser*, que deita raízes do racionalismo dos filósofos do século XVII, permanece intocada na doutrina contemporânea, mesmo que ninguém tenha dúvida de que o Direito, como *ciência da compreensão*, exista no ‘fato’, hermeneuticamente interpretado” (SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.69).

⁴⁹³ RIBEIRO, Antônio de Pádua. Anotações sobre o Recurso Especial. Op. cit. p. 51.

pressuponha o uso das máximas de experiência, não possibilitaria o seu controle por parte do tribunal de cassação.⁴⁹⁴

A afirmação de Guido Calogero, entretanto, carece de fundamento: ora, a constatação de que as máximas de experiência são onipresentes (é essa, ao fim e ao cabo, a conclusão de Guido Calogero) não justifica, por si só, a impossibilidade do seu controle pelos tribunais superiores. Pelo contrário, já que isso reforça a necessidade de seu controle. Como se isso não bastasse, a possibilidade de seu controle reside também na identificação da função das máximas de experiência, conforme será demonstrado mais adiante.

Já Giuseppe Chiovenda, por exemplo, sustenta que “constitui questão de fato, mas sujeita a censura da Corte de Cassação, toda questão que se possa resolver com aplicação das ‘máximas de experiência’”. Conforme o doutrinador italiano, as máximas de experiência são, em suma, juízos gerais e “toda norma pressupõe, para a sua aplicabilidade, certo número desses juízos gerais de fato”. Portanto, “todo o juízo de fato contrário a uma máxima de experiência, desde que emitido à vista da aplicação de uma norma, resolve-se numa falsa aplicação de lei e é censurável por via da cassação”. Mais adiante, Giuseppe Chiovenda exemplifica: “enquanto o juiz afirma que uma declaração de vontade, em confronto com as circunstâncias próprias do caso concreto, encerra um sentido em vez de outro, sua convicção não é passível de censura”; entretanto, se “o juiz infere sua afirmação de máximas gerais de experiência aplicadas no caso concreto, o próprio juízo de fato é censurável naquelas premissas gerais”.⁴⁹⁵ Em suma: de acordo com Giuseppe Chiovenda, tanto o juízo de fato como o juízo de direito podem ser censurados pelos tribunais superiores, caso as suas premissas gerais sejam constituídas de máximas de experiência.⁴⁹⁶

Emilio Betti também defende a revisão das máximas de experiência de modo extensivo pelos tribunais superiores. Segundo ele, considerando-se que as máximas de experiência são critérios que são utilizados para a averiguação dos fatos concretos, é permitido controlar em abstrato se a máxima foi mal aplicada e, conseqüentemente, se é conclusivo o raciocínio realizado com base naquelas

⁴⁹⁴ CALOGERO, Guido. **La Logica del Giudice e il suo Controllo in Cassazione**. Op. cit. p. 105.

⁴⁹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Op. cit. v.3, p. 304-305.

⁴⁹⁶ A conclusão é de ROSITO, Francisco. **Direito Probatório**: as máximas de experiência em juízo. Op. cit. p. 124.

máximas de experiência. Ao lado disso, considera ainda o fato de que o juízo histórico sobre os fatos constitui o pressuposto do juízo classificatório e normativo, que é no que consiste a aplicação da lei ao fato concreto. Tudo isso, portanto, justificaria, segundo ele, a revisão, de modo amplo, das máximas de experiência pelos tribunais superiores.⁴⁹⁷

Resumidamente, portanto, pode-se afirmar que essa corrente doutrinária, representada por Chiovenda e Betti, sustenta que o mau emprego de uma máxima de experiência implica uma errônea constatação do fato que, por sua vez, implicaria uma falsa aplicação da lei.⁴⁹⁸

Por outro lado, Calamandrei sustenta que quando o emprego de uma máxima de experiência está ligado a uma questão de fato, o seu controle por parte da corte de cassação não é possível. Assim, por exemplo, “se ao valorar as respostas contraditórias de diversas testemunhas de diferentes idades, o juiz afirma que os velhos são menos sujeitos do que os jovens ao enfraquecimento da memória,” se está diante de um erro contra uma máxima de experiência, “mas não certamente diante daqueles *errores in iudicando*”, que autoriza o exame por parte da corte de cassação. Entretanto, se o juiz erra contra uma máxima de experiência que se destina para melhor integrar uma norma jurídica, entende-se que então se está perante um erro de direito, o que, como se viu, é perfeitamente controlável por parte da corte de cassação.⁴⁹⁹

O posicionamento adotado por Calamandrei é coerente à concepção que o doutrinador tem acerca da finalidade da Corte de Cassação: segundo ele, se a Cassação deve permanecer fiel à sua finalidade, ela não pode examinar o modo pelo qual o julgador aplicou, para a resolução das questões fáticas, as máximas de experiência.⁵⁰⁰

Note-se que, embora não se negue a imprescindibilidade do controle das máximas de experiência pelos tribunais superiores, as soluções apontadas por esta

⁴⁹⁷ BETTI, Emilio. Sulla prova degli atti interruttivi o estintivi della perenzione e sul suo controllo in sede di cassazione. Op. cit. p. 257.

⁴⁹⁸ MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. cit. p. 302.

⁴⁹⁹ CALAMANDREI, Piero. Massime di esperienza in Cassazione. Rigetto del ricorso a favore del ricorrente. Op. cit. p. 128-129.

⁵⁰⁰ Idem, **La Cassazione Civile**, v. II. Op. cit. p. 368. Neste sentido, Guido Calogero observa que “se la Cassazione fosse autorizzata a sindacare le massime di esperienza anche quando determinano i giudizi di fatto, non ci sarebbe più, evidentemente, alcun giudizio di fatto che essa non potesse controllare, e risulterebbe abolito ogni limite della sua competenza” (CALOGERO, Guido. **La Logica del Giudice e il suo Controllo in Cassazione**. Op. cit. p. 166).

parte da doutrina são insuficientes, sobretudo porque não coloca em evidência a real importância das máximas de experiência no contexto do raciocínio do julgador. Em outras palavras: embora se sustente, ainda que de forma diferente, o controle das máximas de experiência, ao assim fazerem essa parte da doutrina confere uma visão reducionista desta categoria, pois se limita, em suma, a afirmar, como fazem Chiovenda e Betti, que a má utilização de uma máxima de experiência, ainda que no contexto fático, implica uma má falsa aplicação da lei, enquanto que Calamandrei admite o controle da categoria somente quando seu emprego se dá estritamente na interpretação de uma norma jurídica.

Como se isso não bastasse, essas teorias doutrinárias partem de um pressuposto errôneo: seja Chiovenda, seja Calamandrei, seja Betti, todos eles equiparam, de maneira mais ou menos restritiva, as máximas de experiência a regras jurídicas. Essa natureza das máximas de experiência, entretanto, já foi expressamente rechaçada no presente trabalho.⁵⁰¹

Deve-se, assim, sustentar o controle das máximas de experiência por parte do Superior Tribunal de Justiça, com base em critérios diferentes e que, principalmente, colocam em evidência a real importância da categoria, com a identificação da sua função, tudo isso, evidentemente, harmonizando-se com a função exercida pelos tribunais superiores.

Aliás, é necessário examinar, na prática, como tal controle ocorre por parte do Superior Tribunal de Justiça, a despeito de, no plano jurisprudencial, não haver muitos precedentes em que se encontra, pelo menos objetivamente, a manifestação da nossa Corte Superior a respeito do controle das máximas de experiência.

Mesmo assim, há alguns (poucos) precedentes que trataram do controle da categoria, dos quais se podem extrair algumas conclusões.

Assim, por exemplo, no RE 75.675/SP,⁵⁰² quando, em suma, conforme consta na ementa do julgado, entendeu-se que “as máximas de experiência integram-se na norma jurídica e a completam na apreciação do recurso extraordinário, mormente quando diagnosticam vício lógico do julgado”. Tratava a demanda de indenização por danos decorrentes de amputação da perna do autor.

⁵⁰¹ Ver, a propósito, *supra*, primeira parte, item 2.2.

⁵⁰² STF, RE 75675/SP, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, Primeira Turma, julgado em 17/06/1974. Perceba-se que esse precedente é oriundo do STF, o que se justifica na medida em que a decisão foi tomada em época que ainda não existia o STJ e que, portanto, também cabia ao STF a guarda da legislação infraconstitucional.

No âmbito do STF, discutiu-se, então, a possibilidade de se indenizar o dano estético com base no art. 1553, do Código Civil de 1916, o qual previa a possibilidade de o juiz fixar a indenização por arbitramento. O Min. Aliomar Baleeiro, relator do acórdão, asseverou que “há defeito de racionalidade” no acórdão recorrido, “ao reconhecer a existência da deformidade grave – amputação de uma perna – e pretender que, à falta de prova dos efeitos, ela seja benéfica ou indiferente às atividades da vítima”. Entendeu, deste modo, que deveria haver “a ressarcibilidade do dano estético ou morfológico”, sobretudo porque “as máximas de experiência se integram na regra jurídica e a completam”. O Min. Rodrigues Alckmin, por sua vez, em seu voto (vencido), consignou que “as chamadas ‘máximas de experiência’ (...) dizem com a apreciação da prova”. Assim, não pode o “juiz criar uma norma jurídica substitutiva”, de forma que na falta “de texto legal que autoriza atribuir-se uma quantia pelo dano estético (...) ao juiz não é dado mandar que se fixe quantia arbitrária, a título de compensá-lo”.

Tal caso põe em evidência uma dicotomia (já superada ao longo do presente trabalho): se, por um lado, entendeu-se no acórdão que as máximas de experiência servem para a interpretação de normas, por outro, entendeu-se que elas possuem função somente no que se refere ao processo cognitivo do julgador. Mas não é só isso: ao que tudo indica, o voto vencido fundamenta a impossibilidade do controle das máximas de experiência quando estas desempenham função no direito probatório, já que isso envolveria a revisão da questão fática (frise-se, porém, que isso não foi dito de modo expreso pelo condutor do voto vencido). Já no voto vencedor, por outro lado, houve evidente controle das máximas de experiência, o que fica evidenciado quando se alude que há defeito de racionalidade no acórdão recorrido, ao se reconhecer o dano e se negar a respectiva indenização.

No âmbito específico do Superior Tribunal de Justiça, encontra-se precedente que traz a *orientação* de que o controle de uma máxima de experiência que atua no processo cognitivo do julgador ensejaria o reexame do “substrato fático contido nos autos”. Trata-se do REsp 636.175/PB,⁵⁰³ no qual a recorrente-ré pretendia a reforma da decisão que havia lhe condenado a pagar o prêmio relativo à “Sena Posterior” ao autor da demanda. Conforme a demandada, o recorrido-autor

⁵⁰³ STJ, REsp 636175/PB, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02/02/2006, DJ 27/03/2006, p. 264.

não teria comprovado suficientemente que era titular do recibo premiado. O caráter diferencial deste precedente é que a condenação se deu unicamente com base em indícios e em uma presunção, já que o autor da ação perdera o bilhete premiado. Assim, o magistrado de primeiro grau, cuja sentença foi confirmada em segundo grau de jurisdição, com base em fatos conhecidos (indícios), por exemplo, todos os números sorteados corresponderem a datas relevantes na vida do autor (casamento, nascimento de filhos, netos, etc.), bem como o fato de que a aposta premiada teria sido feita justamente na agência lotérica onde o requerente era cliente, chegou à conclusão de que o autor do pedido efetivamente havia sido o ganhador do prêmio (presunção). O Min. Castro Filho, relator do acórdão, após analisar o conceito das regras de experiência, embora tenha feito uma análise acerca da possibilidade de o julgador afastar a necessidade de prova exclusiva para determinada situação,⁵⁰⁴ acabou por não conhecer o recurso, pois o contário ensejaria o reexame da matéria fática.

Percebe-se que neste precedente, embora não dito de forma expressa, pode-se concluir que a orientação da Corte Superior, no caso, foi de que não seria possível o controle das máximas de experiência, pois isso acarretaria o exame das questões fáticas. Afinal, no acórdão, a alegação do recorrente, repete-se, era a de que o autor não teria comprovado o fato constitutivo de seu direito (art. 333, I, do CPC). Ocorre que o julgador de primeiro grau afirmou textualmente que “as regras comuns da experiência, ante a prova documental produzida, revelam a sinceridade da conduta do demandante e a efetivação da aposta”, cuja sentença foi confirmada pela Corte de Apelação. Deste modo, seguindo-se o raciocínio do acórdão, evidentemente que analisar a conveniência ou não da prova do fato constitutivo desencadearia necessariamente no controle da regra de experiência utilizado pelo julgador, já que foi também por meio dela que se dispensou a prova do fato.

⁵⁰⁴ O Min. Castro Alves, na oportunidade, afirmou: “O artigo 131 do estatuto processual civil permite a livre convicção do juiz no momento de apreciação da prova pertinente aos fatos e circunstâncias presentes nos autos, constando da decisão os motivos formadores de seu convencimento”. E, após citar o conceito de máximas de experiência feito por Amaral Santos, aduziu que “a exigência de que só existe certa prova para a comprovação de fatos relevantes, tornou-se ultrapassada na ciência processual, que hoje segue o princípio do livre convencimento motivado do juiz. Não estou afastando a relevância da necessidade do bilhete, ou recibo, a fim de garantir o pagamento do prêmio, mas, a meu sentir, o sistema do livre convencimento judicial motivado melhor serve ao objetivo do sistema jurisdicional contemporâneo, uma vez que permite ao magistrado, com base em sua experiência comum e no livre convencimento das demais provas carreadas, afastar a necessidade da prova exclusivamente prevista para tal situação, permitindo uma apreciação equitativa, e, quiçá, mais justa do presente caso”.

Aliás, a título de registro, vale ressaltar que há vários precedentes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, decididos monocraticamente, nos quais os recorrentes alegaram ofensa ao art. 335 do CPC (entre outros artigos legais), mas cujos recursos não foram conhecidos, pois o exame das pretensões, segundo a Corte Superior, acarretaria no exame das questões de fato.⁵⁰⁵ Inclusive, em um dos precedentes, mencionou-se que o artigo 335 do CPC, tido por violado (além do art. 333, I do CPC) pelo recorrente, evidenciava que a “matéria controvertida é de natureza inteiramente fático-probatória”.⁵⁰⁶

Por outro lado, encontra-se precedente no Superior Tribunal de Justiça no qual há afirmação, com base em doutrina nacional (muito embora não tenha ocorrido o efetivo controle de uma máxima de experiência no caso concreto), de que o “erro sobre critérios de apreciação da prova ou errada aplicação de regras de experiência são matérias de direito, e, portanto, não excluem a possibilidade de recurso especial”.⁵⁰⁷ Mais concretamente, há um precedente no qual a Corte Superior, ainda que de forma muito superficial, realizou um efetivo controle sobre uma máxima de experiência empregada pelo Tribunal de Apelação. Na oportunidade, porém, a Corte Superior limitou a referir, sem fazer qualquer análise mais profunda, que a aplicação da máxima de experiência se deu de maneira correta.⁵⁰⁸

Mas qual, afinal, é a conclusão que se chega por meio da análise destes precedentes? Ora, a primeira é a de que, como bem apontou Francisco Rosito, não há um efetivo controle acerca do conteúdo das máximas de experiências.⁵⁰⁹

⁵⁰⁵ Assim, por exemplo, AI 239.998, Rel. Min. Waldemar Zweiter, julgado em 09/09/99, DJ 21/09/99; AG 347.246, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 02/02/2001, DJ 15/02/2001; AG 1307407, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 26/08/2010, DJ 03/09/2010; AG 1329973, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 24/08/2010, DJ 03/09/2010.

⁵⁰⁶ AI 327.502, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 13/12/2000, DJ 01/02/2001.

⁵⁰⁷ STJ, REsp 46186-3/DF, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 18/09/1995. Também, neste sentido, mas igualmente sem ter se efetivado um controle sobre as máximas de experiência, STJ, AgRg no REsp 130854/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Turma, julgado em 23/05/2000, DJ 26/06/2000 p. 140.

⁵⁰⁸ STJ, REsp 180338/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 10/02/2004, DJ 03/05/2004, p. 168. Lê-se na decisão que “A anotação feita pelo Acórdão recorrido a respeito da inobservância do requerente quanto à cautelar à disposição do art. 333, I, do CPC, não pode ser analisada de modo literal. Restou consignado no julgado que, se tivesse o Banco atendido administrativamente a postulação, não necessitaria o Espólio de valer-se da via judicial. Daí ter, com base no art. 335 da mesma Lei Processual, admitido a recusa da instituição financeira em apresentar a documentação reclamada na fase administrativa. Incidência, no caso, da regra inserta no art. 335 da Lei Processual Civil, aplicada de maneira acertada, pois é o que ordinariamente ocorre (*id quod plerumque accidit*)”.

⁵⁰⁹ROSITO, Francisco. **Direito Probatório**: as máximas de experiência em juízo. Op. cit. p. 148.

E isso se deve a uma outra conclusão: é que embora, *teoricamente*, o Superior Tribunal de Justiça entenda ser possível o controle de uma máxima de experiência, pois isso é “matéria de direito”, *na prática*, entende-se, em alguns casos, que a pretensão de seu controle implica o reexame de questões de fato. Percebe-se, portanto, uma ausência de critério, por parte do Superior Tribunal de Justiça, acerca da possibilidade de se controlar ou não o emprego das máximas de experiência pelos juízos inferiores.

É chegado o momento, pois, de apontar as devidas soluções para que ocorra um efetivo controle destas máximas de experiência pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como a *maneira* como isso deve se efetivar.

Nessa direção, retomando algumas premissas deste trabalho, o sistema do livre convencimento motivado possui relação direta especialmente com as máximas de experiência. É certo que “o princípio do livre convencimento comporta uma abertura de crédito ao julgador, o qual pode tendencialmente formar um convencimento segundo critérios legais para o caso singular e não predeterminados de modo rígido e vinculados pela lei”. Todavia, isso não significa, em hipótese alguma, que o julgador é totalmente livre, sobretudo em relação às suas escolhas. Afinal, o livre convencimento (motivado) não significa (e nem poderia significar) “o poder de perpretar possível arbítrio”. Desse modo, o julgador “pode se mover no modo que lhe aprouver mais oportuno no espaço que lhe é concedido, mas não pode exceder os seus limites, *representados pelos conhecimentos humanos gerais*”.⁵¹⁰

Ora, conforme se observou na segunda parte do trabalho, a nota diferencial entre o livre convencimento íntimo e o livre convencimento motivado não é somente que este último necessita da motivação. É que, enquanto no livre convencimento íntimo o juiz efetivamente é *totalmente livre*, no livre convencimento motivado o julgador deve respeito à lógica e às máximas de experiência,⁵¹¹ razão pela qual o juiz não pode decidir por convicções puramente particulares. Neste contexto,

⁵¹⁰ BOVE, Mauro. **Il Sindacato della Corte di Cassazione**: contenuto e limiti. Op. cit. p. 212-213.

⁵¹¹ Essa ideia fica bem clara com Massimo Nobili, quando afirma que “il libero convincimento del giudice, dunque, più che trovare un limite nelle massime d’esperienza, deve immedesimarsi con quella correttezza del giudizio, che si ottiene attraverso di esse” (NOBILI, Massimo. **Il Principio del Libero Convincimento del Giudice**. Op. cit. p. 288). Lembramos, porém, conforme já ressaltado no presente trabalho, que isso não significa propriamente um limite ao livre convencimento do juiz, mas é na verdade algo inerente ao livre convencimento motivado (ver a propósito *supra*, segunda parte, item 1.3).

percebe-se que as máximas de experiência são a própria essência do princípio do livre convencimento motivado. E é neste ponto que surge a função complementar da motivação: é ela que irá revelar, neste aspecto, a racionalidade necessária, máxime se levarmos em consideração que também ela (a motivação) deve respeitar as máximas de experiência.

Ao lado disso, deve-se dar especial atenção à natureza jurídica das máximas de experiência: elas não são propriamente fato, nem mesmo uma regra jurídica. Mas, ao mesmo tempo, essa categoria possui função metódica no raciocínio do julgador, seja em relação ao processo interpretativo, seja em relação ao processo cognitivo.

Feitas essas observações, a análise do direito processual italiano fornece-nos alguns elementos interessantes. A norma institutiva do livre convencimento do âmbito do direito italiano está no art. 116, do Codice di Procedura Civile, segundo o qual “Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti”.

Conforme Baldassare Pastore, a referência à “prudenza” pode ser entendida como consciência dos *limites da razão* no campo do provável e *do conhecimento humano*, mas, ao mesmo tempo, com precisão na reconstrução dos eventos e acontecimentos que requerem uma valoração racional das provas.⁵¹²

Assim, segundo Mauro Bove, para se concretizar o conceito de “prudente apprezzamento”, é necessária a utilização de uma máxima de experiência, de forma que um eventual uso incorreto da categoria por parte do julgador não é motivo, por si só, de censurabilidade por parte da Corte de Cassação, mas será censurável enquanto que por meio dela se viola o princípio do livre convencimento.⁵¹³ Em suma, compreende-se que, para Mauro Bove, as máximas de experiência, se não são parte integrante do princípio do livre convencimento, servem, pelo menos, para a concretização do princípio; entretanto, o controle por parte da Corte de Cassação à categoria somente se dá de forma indireta, já que diretamente o controle recai sobre o princípio do livre convencimento.

Veja-se que, no âmbito jurídico brasileiro, a norma instituidora do livre convencimento (art. 131 do CPC) não possui a expressão equivalente ao “prudente

⁵¹² PASTORE, Baldassare. **Giudizio, Prova, Ragion pratica**: un approccio ermeneutico. Op. cit. p.254.

⁵¹³ BOVE, Mauro. **Il Sindacato della Corte di Cassazione**: contenuto e limiti. Op. cit. p. 212-213.

apprezzamento”, que faz referência ao art. 116 do Codice di Procedura Civile. Entretanto, mesmo assim, acima foi referido que as máximas de experiência são a própria essência do princípio do livre convencimento motivado ou, mais especificamente, são elas que acabam por dar conteúdo específico ao princípio do livre convencimento motivado, representando os instrumentos fundamentais da livre valoração da prova.⁵¹⁴ Afinal, enquanto que no livre convencimento íntimo se tem uma convicção puramente pessoal, no livre convencimento motivado deve-se ter um convencimento jurídico, o que só será possível em razão justamente das máximas de experiência (e, claro, da motivação). O magistrado, portanto, tem uma *obrigação jurídica*, a qual lhe impõe o dever de se servir de regras conforme a experiência, a fim de proceder a averiguação do fato.⁵¹⁵

Neste contexto, também no âmbito brasileiro, *o controle das máximas de experiência torna-se imprescindível por parte do Superior Tribunal de Justiça, já que controlar o emprego de uma máxima de experiência significa, ao fim e ao cabo, controlar de forma suficiente a plena concretização do princípio do livre convencimento motivado.*

Percebe-se, entretanto, que esse controle da categoria não é indireto, justamente porque as máximas de experiência são imprescindíveis no âmbito no livre convencimento motivado.

A ideia aqui lançada vai ao encontro da (e é corroborada pela) teoria tricotômica desenvolvida por Danilo Knijnik. Explica-se: conforme Danilo Knijnik, ao lado das questões de fato e das questões de direito, há as chamadas “questões mistas”, as quais possuem “elevada carga de indeterminação ou polissemia, como ocorre, por exemplo, nos conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, *standards*, padrões de condutas ou normas que estatuem critérios de avaliação da prova” e cuja revisibilidade por parte do Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial, depende, necessariamente, “que se ponha uma dúvida objetiva a respeito das ‘margens de decisão’ a serem observadas pelo juiz de apelação, assim entendida a esfera compreendida entre a zona da certeza positiva – em que se tem certeza objetiva a respeito da aplicação da norma - e a zona da certeza negativa –

⁵¹⁴ Neste aspecto, Christoph Markus Müller, analisando a “Beweiswürdigungstheorie”, lembra que as máximas de experiência atuam como uma espécie de “regras da apreciação da prova” (“Beweiswürdigungsregeln”). (MÜLLER, Christoph Markus. **Anscheinsbeweis im Strafprozess**. Op. cit. p. 31).

⁵¹⁵ PAVANINI, Giovanni. Massime di esperienza e fatti notori in Corte di Cassazioni. Op. cit. p.257.

em que se tem certeza da não aplicação da norma”, bem como “que seja possível, ao Superior Tribunal de Justiça, realizar um desenvolvimento posterior do direito, dimensionando ou redimensionando os limites das margens de decisão implicadas”.⁵¹⁶ O que ocorre é que, ainda segundo Danilo Knijnik, “saber, por exemplo” se o juiz “apreciou ‘livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos’ (art. 131 do Código de Processo Civil)” é uma questão tipicamente mista.⁵¹⁷

Deste modo, considerando que no livre convencimento motivado a apreciação da prova é livre, mas desde que, repete-se, em consonância com uma racionalidade suficiente, entendida essa como as regras lógicas e as máximas de experiência,⁵¹⁸ tem-se que são justamente as máximas de experiência que fornecerão o padrão necessário para se saber se o julgador, no caso específico, atuou, em relação ao princípio do livre convencimento motivado, dentro da “margem da decisão”. Em outros termos: é a categoria das máximas que fornecerão o conteúdo necessário para se saber se a concretização do livre convencimento motivado se deu de maneira suficiente.⁵¹⁹

⁵¹⁶ KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo STJ**. Op. cit. p. 268-269.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 214.

⁵¹⁸ Vale aqui a assertiva de Nicola Mannarino: “La libertà di apprezzamento delle prove legittimamente acquisite nella ricostruzione del fatto significa che non è preconstituito il valore dei dati probatori per essere il giudice affrancato dai vincoli posti dalla prova legale, ma non esime il giudice dal dovere di ‘ben congetturare’ e bene decidere anche congruamente impiegando appropriate massime di esperienza in funzione dell’obbligo di motivare il decisum com adeguatezza valevole a scongiurare il vizio lógico della motivazione” (MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. cit. p. 313, nota de rodapé 140).

⁵¹⁹ Ainda que isso não tenha ocorrido de maneira objetiva, e talvez nem mesmo de forma consciente, pode-se identificar essa metodologia quando do julgamento do REsp 184.156/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 01/10/1998, DJ 09/11/1998, p. 161. Na oportunidade, o Tribunal de Apelação, por maioria, tinha aplicado o princípio *in dubio pro reu*, em consonância com o art. 386, VI, do CPP, na medida em que, segundo constou no acórdão recorrido, “a prova que se produziu, quer a oral, quer a de natureza técnica, embora a força das paixões desencadeadas por fato tão lamentável quanto o da morte de um jovem em acidente de trânsito, no qual também se envolveu outro jovem, tampouco é apta a ensejar a manutenção da decisão condenatória, impondo-se, por isso mesmo, o pronunciamento do *non liquet*”. A Corte do STJ, entretanto, entendeu violado o referido dispositivo legal. O Min. Relator transcreveu o voto vencido constante no acórdão recorrido, no qual, após analisar a prova testemunhal e rechaçar a prova técnica então realizada, sustentou que “para atestar que um veículo desenvolve ‘alta velocidade’, não é necessário que integre a testemunha os quadros do Instituto de Criminalística, bastando que o faça *arrimada na observação do que ordinariamente acontece. É uma questão de senso comum!*” Mais adiante, o próprio Min. Relator sustentou que “o princípio da persuasão racional ou livre convencimento (art. 157 do CPP) exige fundamentação concreta, calcada na prova dos autos, observadas as regras jurídicas pertinentes e as da *experiência comum aplicáveis*”.

Da mesma maneira, assim atuando, é certo que o Superior Tribunal de Justiça definirá no caso os limites especificamente do livre convencimento motivado, princípio este, pelo que já se anotou até aqui, sobre o qual se funda todo o sistema jurídico processual na atualidade.

Evidentemente isso está ligado a uma suficiente motivação, a qual também, relembre-se, reclama respeito às máximas de experiência.⁵²⁰ Afinal, “o juiz não tem somente a obrigação de decidir a controvérsia, valorando corretamente a prova mediante apropriadas máximas de experiência, mas tem também a obrigação de motivar em conformidade com o decisum, explicitando as razões que tornam possível o controle do seu convencimento”. Desse modo, “a obrigação de motivação” será totalmente preenchida se é “fundada sobre máximas que, adequadas e pertinentes ao caso em espécie, são de crenças compartilhadas pela comunidade social” ou intersubjetivamente válidas.⁵²¹ Neste caso, porém, percebe-se que surge outro parâmetro de controle da motivação por parte do Superior Tribunal de Justiça.⁵²² *deverá a Corte Superior, no caso, verificar se a motivação judicial, por si só, não é ofensiva a alguma máxima de experiência.*⁵²³

Mas esses são somente alguns aspectos que envolvem a necessidade do controle das máximas de experiência pelos tribunais superiores.

O outro aspecto diz respeito especificamente à função exercida pela categoria. Nota-se que as máximas de experiência não são propriamente “fato” e nem “regra jurídica”, são um tipo intermediário, mas que reclama controle por parte do Superior Tribunal de Justiça, porque, além do que foi exposto acima a respeito da

⁵²⁰ Sobre o ponto, ver *supra*, segunda parte, item 3.

⁵²¹ MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Op. cit. p. 313.

⁵²² O controle da motivação da decisão judicial é realizado pelo Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, uma rápida análise na jurisprudência da Corte Superior demonstra que o controle realizado é focado, geralmente, no conteúdo da motivação, ou seja, se ela é ou não suficiente. Ilustrativamente ver STJ, REsp 856598/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20/11/2008, DJe 17/12/2008, no qual se referiu que “a simples menção de que os requisitos legais para o deferimento da medida não estão presentes, desacompanhada das circunstâncias fáticas que a corroboram, não supre a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, por não permitir o seu controle pelas demais instâncias do Poder Judiciário, assim como por impedir o exercício da ampla defesa pelo prejudicado, que não sabe ao certo o que ou quais os aspectos da tese recursal o julgador examinou para concluir pela ausência dos requisitos legais que justificariam o (in) deferimento da providência pleiteada”. Na ementa do julgado consta que “A fundamentação das decisões judiciais constitui garantia do cidadão no Estado Democrático de Direito, tendo por objetivo, dentre outros, o exercício da ampla defesa e o seu controle por parte das instâncias superiores”.

⁵²³ Com efeito, não se encontra precedente jurisprudencial no âmbito do STJ dando conta que a motivação judicial teria se dissociado de alguma máxima de experiência, parâmetro de controle este, porém, pelo que se anotou até aqui, possível de ser adotado pela Corte Superior brasileira.

relação da categoria com o princípio do livre convencimento motivado e com a própria motivação judicial, diante da função metódica das máximas de experiência, o mau emprego da categoria por parte do juiz poderá contaminar todo o seu raciocínio, o que o fará chegar a uma conclusão *jurídica* errada e que em certa medida, ao fim e ao cabo, desembocará em uma decisão que pode ser até mesmo classificada como absurda, sendo ofensiva, conseqüentemente, ao próprio princípio do livre convencimento motivado,⁵²⁴ máxime se levarmos em consideração, como observa Peter Gottwald, que a apreciação da prova, por exemplo, será defeituosa se o juiz desobedecer às máximas de experiência.⁵²⁵

Assim, justamente por estruturarem o raciocínio do julgador, o seu controle (direto) se torna necessário, mesmo quando a máxima de experiência exerce função no *processo cognitivo* do julgador.

Some-se a isso o fato de que se pode considerar que a função nomofilática exercida pela Corte Superior diz respeito, conforme afirma Michele Taruffo, à “justiça do método” de interpretação da lei.⁵²⁶ Neste contexto, se considerarmos também que é a máxima de experiência, diante de seu papel metódico, que irá auxiliar o julgador nesta tarefa (sobretudo quando o juiz se depara com os conceitos juridicamente indeterminados), nada mais coerente que o controle se dê diretamente sobre a máxima de experiência utilizada pelo juiz no *processo interpretativo*.

Há, porém, mais um fator que não pode passar despercebido. Anotou-se, acima, que os tribunais superiores têm como função outorgar unidade ao direito. Neste sentido, é interessante notar que também daí exurge a necessidade de controle das máximas de experiência:⁵²⁷ afinal, levando-se em conta sobretudo o caráter da generalidade da categoria, de forma que ela pode ser aplicada a uma multiplicidade de casos e, especialmente, como se viu anteriormente, possuem valor

⁵²⁴ Neste sentido, Mauro Bove sustenta que “in sede di leggimità la valutazione probatoria è censurabile anche nella misura in cui si pone in contrasto con massime di esperienza generalmente valide, in quanto con ciò viene ad essere violate la norma istitutiva del principio del libero convincimento” (BOVE, Mauro. **Il Sindacato della Corte di Cassazione: contenuto e limiti**. Op. cit. p. 219).

⁵²⁵ GOTTWALD, Peter. **Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz**. Op. cit. p. 172.

⁵²⁶ TARUFFO, Michele. **Il Vertice Ambiguo: saggi sulla cassazione civile**. Op. cit. p. 90. Além disso, especificamente sobre a função dos tribunais superiores e em especial sobre o posicionamento adotado por Michele Taruffo sobre o ponto, ver *supra*, item 2 desta terceira parte.

⁵²⁷ WALTER, Gerhard. **La Libre Apreciación de la Prueba (investigación acerca del significado, las condiciones y limites del libre convencimiento judicial)**. Op. cit. p. 313.

representativo para casos novos,⁵²⁸ o controle das máximas de experiência permite estabelecer uma unidade na sua aplicação, o que ganha ainda mais importância se levarmos em consideração a realidade cada vez mais complexa em que vivemos.⁵²⁹

O controle sobre a categoria, frise-se, deverá levar em conta alguns critérios: em primeiro lugar, deverá observar se as máximas de experiência são baseadas em noções comumente aceitas no âmbito social e cultural no qual é tomada a decisão judicial; em segundo, que elas não contrastem com as noções científicas; em terceiro, que elas não contrastem com outras noções de senso comum.⁵³⁰

São esses os critérios, no nosso entendimento, que impedirão que o julgador se utilize de máximas de experiência desprovidas de critérios racionais e baseados em juízos valorativos pessoais e até mesmo em escolhas meramente arbitrárias.⁵³¹ Evita, deste modo, a aplicação de falsas máximas ou, como definiu Michele Taruffo, daquelas noções que não são fundadas sobre uma verdadeira generalização, nem mesmo em uma quase-generalização ou que até mesmo apresentam “generalizzazioni radicalmente spurie”.⁵³²

Dessa forma, também será possível que o tribunal superior proceda a um desenvolvimento posterior, voltado para o futuro, em relação à aplicabilidade das máximas de experiência. Em outras palavras, especificamente o Superior Tribunal de Justiça é que, ao fim e ao cabo, terá condições últimas de delinear a aplicabilidade da categoria, o que vai ao encontro da atual função a ser desenvolvida pelos tribunais superiores, conforme se teve oportunidade de salientar neste trabalho, cumprindo, deste modo, verdadeira função educadora.⁵³³

Resta evidente, portanto, a imprescindibilidade do controle das máximas de experiência, inclusive pelos tribunais superiores, pois o seu uso indevido dá margem a decisões arbitrárias.

Pode-se, inclusive, ir mais além: o uso incorreto de uma máxima de experiência, ao fim e ao cabo, é ofensivo até mesmo ao direito fundamental ao

⁵²⁸ A propósito, ver *supra*, primeira parte, item 2.2.

⁵²⁹ GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit. p. 508.

⁵³⁰ Os critérios aqui empregados são os que foram definidos por TARUFFO, Michele. *Funzione della Prova: la funzione dimostrativa*. Op. cit. p. 561-565 e, também de sua autoria, em *Considerazioni sulle massime d'esperienza*. Op. cit. p. 567-569.

⁵³¹ CARRATTA, Antonio. *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatório)*. Op. cit. p. 95.

⁵³² TARUFFO, Michele. *Considerazioni sulle massime d'esperienza*. Op. cit. p. 557-558.

⁵³³ GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Op. cit., p. 159.

processo justo, entendido este “como direito a um processo legal e informado por direitos fundamentais”,⁵³⁴ dentre os quais avulta justamente, entre outros, o direito à prova⁵³⁵ e à motivação judicial.⁵³⁶ Assim, retomando, mais uma vez, algumas premissas postas neste trabalho, o direito à prova implica o direito à valoração da prova pelo órgão judicial, enquanto que a motivação judicial, para ser uma efetiva garantia contra o arbítrio, reclama a observação das máximas de experiência. Portanto, diante desta relação das máximas de experiência com estes direitos informativos do processo justo, tem-se, ao final, que a má aplicação de uma máxima de experiência, com efeito, coloca em xeque a concretização de tal princípio.

⁵³⁴ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direito**. Op. cit. p. 201.

⁵³⁵ Ibidem, p. 213.

⁵³⁶ Ibidem, p. 230 e também ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Op. cit. p. 132-133.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que se analisou até aqui, pode-se afirmar, com segurança, que não há livre convencimento motivado sem as máximas de experiência. Essa, porém, como não poderia deixar de ser, não é a única conclusão. Outras, naturalmente, impõem-se:

1. Sobressai no raciocínio do juiz a inferência abdutiva, na medida em que possui caráter de descoberta. Mas isso não implica a inutilização dos métodos da dedução e da indução.

2. As máximas de experiência, que fazem parte da ciência oficial do julgador, são proposições obtidas indutivamente, a partir da observação daquilo que ordinariamente acontece e que, por isso mesmo, autoriza o raciocínio de que isso pode ocorrer em outro caso semelhante.

3. As máximas de experiência são uma terceira categoria, um tipo misto, e são metódicas, já que estruturam e racionalizam a aplicação de uma norma, a valoração da prova e a inferência presuntiva, ou, mais especificamente, o raciocínio do julgador.

4. Não há qualquer vedação para que o juiz se utilize de ofício das máximas de experiência, sejam elas comuns, sejam elas técnicas. Entretanto, em relação a estas últimas, deve-se observar que elas também devem ser um juízo de caráter geral e estar ao alcance do homem médio, de forma que, se assim não for, deve o juiz se utilizar dos meios instrutórios cabíveis, ou seja, deve ele utilizar os conhecimentos especializados.

5. Há relação entre o livre convencimento íntimo e as máximas de experiência: tanto um quanto o outro não prescindem do método indutivo-experimental.

6. O livre convencimento motivado confere liberdade ao julgador para apreciar as provas, mas desde que de acordo com a lógica e as máximas de experiência. Deste modo, o princípio do livre convencimento motivado reclama a necessidade de o juiz não se limitar a decidir por convicções puramente particulares, privadas ou, mais concretamente, de forma subjetiva. Assim, o que se tem no livre convencimento motivado é um convencimento jurídico e não um conhecimento privado.

7. O livre convencimento motivado só terá efetividade se apresentar cânones de racionalidade e suficiente motivação.

8. Livre convencimento motivado, racionalismo e motivação estão intimamente conectados: por um lado, a racionalidade, compreendida essa como regras lógicas e as máximas de experiência, apresenta-se como algo inerente ao livre convencimento do julgador. Por outro, a motivação acaba sendo um fator complementar (mas não menos importante) à racionalidade: afinal, é a motivação que irá revelar a *racionalidade necessária*, bem como a legitimidade a toda independência que goza o julgador.

9. O contraditório possibilita uma série de fatores que de forma conjunta auxiliam os interessados a influenciar a decisão judicial: diálogo, cooperação e exercício da atividade democrática dentro do processo.

10. O processo possui caráter eminentemente dialético, podendo inclusive ser entendido como uma comunidade de comunicação. Relação dialética essa que alcança autor, réu e juiz. Daí porque o contraditório pressupõe o prudente e constante diálogo entre as partes e das partes com o juiz.

11. Por conseguinte, ganha destaque o processo cooperativo, no qual há a combinação das atividades do autor, réu e juiz e se retoma o valor do diálogo, com concurso das atividades dos sujeitos processuais, mediante colaboração, tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa. O debate das questões não é somente a respeito das questões de fato, mas também acerca das questões de direito. O intuito, antes de tudo, é evitar decisões surpresas.

12. O contraditório, assim compreendido, é verdadeira expressão da democracia dentro do próprio processo; é verdadeiro instrumento de vida democrática, porque o processo como procedimento em contraditório possibilita que os cidadãos participem de forma ativa nas decisões do Estado.

13. Há relação de complementaridade entre contraditório e motivação: enquanto o primeiro possibilita às partes influenciarem o convencimento do julgador, a motivação também possibilita, *in concreto*, a verificação da realização plena do contraditório.

14. A motivação, como garantia inerente ao Estado de Direito, cumpre dúplice função: confere à sociedade a confiança necessária à tutela jurisdicional, bem como permite, novamente à sociedade, o controle do poder, o que é imprescindível em um Estado Democrático de Direito.

15. Para que a motivação efetivamente seja uma garantia contra o arbítrio, a justificação da decisão deve apresentar cânones racionais reconhecidos e aceitos na cultura e no momento histórico no qual opera o julgador, razão pela qual deve observar as regras da lógica, bem como as máximas de experiência.

16. A motivação deve dar conta de todos os juízos de valores do julgador, bem como dos juízos de valores implícitos no discurso do juiz. Ou seja, tanto quanto possível, tais valores devem ser explicitados de forma clara e precisa.

17. A decisão judicial, também tanto quanto possível, sempre deve ser controlável, o que só se consegue por meio de uma *racionalização jurídica*.

18. A motivação como pressuposto do controle do raciocínio pelos tribunais superiores reclama:

18.1 a explicitação dos dados empíricos utilizados como meio de prova, das inferências que foram formuladas e dos critérios empregados que levaram à conclusão probatória;

18.2 a explicitação das máximas de experiência utilizadas pelo julgador, bem como àqueles elementos de prova que são deixados à livre apreciação pelo julgador;

18.3 que o julgador dê uma razão suficiente ao convencimento que ele teve sobre o fato ou, em outras palavras, da verdade (relativa) por ele percebida.

19. A função do Superior Tribunal de Justiça é jus-unitária, ou seja, outorgar unidade ao direito, mas levando-se em conta a nomofilaquia tendencial, isto no sentido de se buscar uma interpretação da lei em sentido tendencial e relativo entre as múltiplas interpretações dadas por vários juízos de mérito, atingindo-se a melhor interpretação acertada. Além disso, o Superior Tribunal de Justiça visa a assegurar a justiça do método de interpretação da lei.

20. Sobretudo em razão do disposto no art. 543-C do CPC, não se pode negar que, atualmente, há preponderância, por parte do Superior Tribunal de Justiça, em se atender a função nomofilática.

21. Ao mesmo tempo, entretanto, não pode ser desconsiderado que não há a função jus-unitária sem o interesse da parte e, evidentemente, a parte não obterá modificação na decisão sem que, antes de tudo, se possa, por meio de sua irrisignação, outorgar-se unidade ao direito. Assim, ainda que o Superior Tribunal de Justiça não tenha a intenção em atender o interesse da parte, é isso, contudo, ao fim

e ao cabo, o que é efetivado. A tutela do *ius litigatoris*, deste modo, é algo que é concretizado (ainda que não objetivado) pelo Superior Tribunal de Justiça.

22. O controle das máximas de experiência pelo Superior Tribunal de Justiça é imprescindível, já que controlar o emprego de uma máxima de experiência significa, ao fim e ao cabo, controlar de forma suficiente a plena concretização do princípio do livre convencimento motivado. Isso porque é a categoria das máximas que fornecerão o conteúdo necessário para se saber se a concretização do livre convencimento motivado se deu de maneira suficiente.

23. O controle das máximas de experiência pelo Superior Tribunal de Justiça se justifica em razão da necessidade de motivação das decisões judiciais: é que deve a Corte Superior verificar se a motivação judicial não é ofensiva a alguma máxima de experiência, justamente porque também a motivação deve ser fundada sobre máximas de experiência intersubjetivamente válidas.

24. Considerando que cabe aos tribunais superiores a função de analisar a justiça do método de interpretação da lei, e que são as máximas de experiência, diante do seu papel metódico, que auxiliam o julgador na interpretação da norma, deve o Superior Tribunal de Justiça controlar o emprego da categoria empregado pelo juiz em seu processo interpretativo.

25. A função das máximas de experiência também justifica o controle da categoria pela Corte Superior inclusive em relação ao processo cognitivo do julgador: as máximas de experiência, por serem metódicas, estruturam o raciocínio do julgador. Assim, o seu mau emprego pode contaminar todo o raciocínio, fazendo com que se chegue a uma conclusão jurídica errada.

26. O ponto referente à unidade do direito, como função a ser exercida pelos tribunais superiores, também reclama controle das máximas de experiência pelo Superior Tribunal de Justiça: em razão do caráter da generalidade da categoria, o que faz com que uma máxima de experiência possa ser aplicada a uma multiplicidade de casos, bem com em razão do seu valor representativo para casos novos, o controle das máximas de experiência permite estabelecer uma unidade na sua aplicação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLORIO, Enrico. Osservazioni sul fatto notorio. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**, v. XI, parte II, pp. 03-17, 1934.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. A garantia do contraditório. In: **Do Formalismo no Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v.9, n.1, pp.178-184, nov. 1993.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: **Do Formalismo no Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. In: **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**, n. 27, pp.22-51, jan./mar. 2003.

_____. Presunções e ficções no direito probatório. In: **Revista de Processo**, ano 36, vol. 196, pp. 13-20, jun. 2011.

_____. Problemas atuais da livre apreciação da prova. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.). **Prova Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Sentença Arbitrária**. Porto Alegre, 2011, 24 p. Ensaio ainda inédito, lido no original e cedido gentilmente pelo autor.

_____. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 1970, v. I.

_____. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 1968, v.5.

AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. In: **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, v. XXVII, pp. 181-257, 1977.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Recursos repetitivos. In: **Revista de Processo**, ano 35, n. 185, pp. 265-281, jul. 2010.

AROCA, Juan Montero. **La Prueba em el Proceso Civil**. 5.ed. Madrid: Thomson Civitas, 2007.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica – Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. Traduzido por Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2.ed. São Paulo: Landy, 2002.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema Constitucional Tributário**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: **Temas de Direito Processual (Terceira Série)**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: **Temas de Direito Processual (Segunda Série)**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: **Revista Forense**, v. 261, pp. 13-19, jan./mar. 1978.

_____. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: **Temas de Direito Processual (Sétima Série)**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAGGIO, Lucas Pereira. O artigo 335 do Código de Processo Civil à luz da categoria das máximas de experiência. In: KNIJNIK, Danilo Danilo (Coord.). **Prova Judiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BETTI, Emilio. **Diritto Processuale Civile Italiano**. 2.ed. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1936.

_____. Sulla prova degli atti interruttivi o estintivi della perenzione e sul suo controllo in sede di cassazione. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**, v. I, parte II, pp. 255-267, 1924.

BOVE, Mauro. **Il Sindacato della Corte di Cassazione**: contenuto e limiti. Milano: Giuffrè, 1993.

BRÜGGEMANN, Jürgen. **Die Richterliche Begründungspflicht**. Berlin: Duncker und Humblot, 1971.

BUZAID, Alfredo. Máximas de experiência. In: **Estudos e Pareceres de Direito Processual civil** (notas de adaptação ao direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CALAMANDREI, Piero. Diritto consuetudinario in cassazione. In: **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1979. v.8.

_____. **La Cassazione Civile**. Milano: Fratelli Bocca, 1920

_____. La genesi logica della sentenza civile. In: **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v.1.

_____. Massime di esperienza in Cassazione. Rigetto del ricorso a favore del ricorrente. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**, v. IV, parte II, pp. 126-134, 1927.

_____. Per la definizione del fatto notorio. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**, v. II, parte I, pp. 273-304, 1925.

_____. Processo e democrazia. In: **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1.

CALOGERO, Guido. **La Logica del Giudice e il suo Controllo in Cassazione**. Padova: CEDAM, 1937.

CANZIO, Giovanni. **Prova Scientifica, Ricerca della “Verità” e Decisione Giudiziaria nel Processo Penale**. Disponível em: <<http://www.csm.it>>. Acesso em 22 set. 2010.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARNELLI, Lorenzo. **O Fato Notório**. Traduzido por Érico Maciel. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957.

CARNELUTTI, Francesco. **La Prova Civile**. 2.ed. Roma: Dell'Ateneo, 1947.

_____. Limiti del rilievo dell'error in iudicando in Corte di Cassazione. In: **Studi di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1939, pp. 367-389.

_____. Massime di esperienza e fatti notori. In: **Rivista di Diritto Processuale**, v. XIV, pp. 42-43, anno 1959.

CARPES, Artur. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARRATTA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatório). In: **Rivista di Diritto Processuale**, anno LVI, n. 1, pp. 73-103, gen./mar. 2001.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. **O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983.

CAVALLONE, Bruno. Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice. In: **Rivista di Diritto Processuale**, v. LXIV, n. 4, pp.861-873, lug./ago. 2009.

CHIARLONI, Sergio. Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile. In: **Rivista di Diritto Processuale**, pp. 1010-1034, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Traduzido por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, v.1.

CIPRIANI, Franco. **Ideologie e Modelli del Processo Civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

COELHO, Luís Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

COLESANTI, Vittorio. Principio del contraddittorio e procedimenti speciali. In: **Rivista di Diritto Processuale**, n. 4, pp. 577-619, 1975.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. **A Motivação da Sentença no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

DEI MALATESTA, Nicola Framarino. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Traduzido por Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

DENTI, Vittorio. Scientificità della prova e libera valutazione del giudice. In: **Rivista di Diritto Processuale**, n. 27, pp. 414-437, 1972.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. III.

_____. O princípio do contraditório. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 19, pp. 21-38, dez. 1981/dez.1982.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de la Prueba Judicial**. 3.ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1974, Tomo I.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. In: **Revista Forense**, v. 376, pp. 3-10, nov./dez. 2004.

FAZZALARI, Elio. **Il Guidizio Civile di Cassazione**. Milano: Giuffrè, 1960.

_____. Procedimento I – procedimento e processo (teoria generale). In: **Enciclopedia del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1986. v. XXXV.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6.ed. São Paulo: Atlas S.A. 2010.

FLACH, Daisson. **A Verossimilhança no Processo Civil e sua Aplicação Prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. As máximas de experiência e o livre convencimento do juiz. In: **Revista Dialética de Direito Processual**, n.10, pp. 9-26, jan. 2004.

FURNO, Carlo. **Contributo alla Teoria della Prova Legale**. Padova: CEDAM, 1940.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **La Prueba Judicial**: valoración racional y motivación. Disponível em: <<http://www.uclm.es>>. Acesso em 27 jul. 2009.

_____. **Los Hechos en el Derecho**: bases argumentales de la prueba. 3.ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GMEHLING, Bernhard. **Die Beweislastverteilung bei Schäden aus Industrieimmssionen**. Köln: Carl Heymanns, 1988.

GIULIANI, Alessandro. **Il Concetto di Prova**: contributo alla logica giuridica. Milano: Giuffrè, 1971.

_____. L'ordo iudiciarius medioevale. In: **Rivista di Diritto Processuale**, ano XLIII, n. 3, pp. 598-614, ago./set. 1988.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Traduzido por Leonardo Prieto Castro. Madrid: Labor, 1936.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Análise da Lei de Introdução ao Código Civil: sua função no ordenamento jurídico e, em especial, no processo civil. In: **Revista de Processo**, n.37, pp. 07-30, jan.-mar. 1985.

GOTTWALD, Peter. **Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz**. Berlin: Duncker und Humblot, 1974.

GRINOVER, Ada Pellgrini. O controle do raciocínio judicial pelos Tribunais Superiores brasileiros. In: **Revista da Ajuris**, v. 50, pp. 07-20, 1990.

_____. O conteúdo da garantia do contraditório. In: **Novas Tendências do Direito Processual**. São Paulo: Forense Universitária, 1980.

GROSS, Marco Eugênio. Diálogo, participação e a influência do processo cooperativo no conteúdo da garantia do contraditório. In: **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, v. VI, n. 7-8, pp. 363-389, ano 2007.

GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. **El Hecho y el Derecho en la Casación Civil**. Barcelona: José María Bosch, 1998.

HENKE, Horst-Eberhard. **La Cuestion de Hecho**: el concepto indeterminado em el derecho civil y su casacionabilidad. Traduzido por Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1979.

KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova Judiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. In: **Revista Forense**, ano 97, v. 353, pp. 15-52, jan./fev. 2001.

LAUMEN, Hans-Willi. **Das Rechtsgespräch im Zivilprozess**. Koln: Carl Heymann, 1984.

LIRA, Gerson. **A Motivação na Valoração dos Fatos e na Aplicação do Direito**. 2005. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005, 191 p.

_____. Direito à valoração das provas. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.). **Prova Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LOMBARDO, Luigi. Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile. In: **Rivista di Diritto Processuale**, anno LVII, n. 4, pp. 1083-1122, ott./dic. 2002.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANNARINO, Nicola. **La Prova nel Processo**. Padova: CEDAM, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

_____; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARCHEIS, Chiara Besso. Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno XLV, n.4, pp. 1119-1163, dic. 1991.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Iniciativa probatória do juiz e princípio do contraditório no processo civil. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.). **Prova Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MAZZARELLA, Ferdinando. **Analisi del Giudizio Civile di Cassazione**. 3.ed. Padova: Cedam, 2003.

MAZZARELLA, Giuseppe. Appunti sul fatto notorio. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**, v. XI, parte II, pp. 65-74, 1934.

MENDES, João de Castro. **Do Conceito de Prova em Processo Civil**. Lisboa: Ática, 1961.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORELLO, Augusto M. **La Prueba: tendencias modernas**. Buenos Aires: Libreria Editora Platense, 1991.

NOBILI, Massimo. **Il Principio del Libero Convincimento del Giudice**. Milano: Giuffrè, 1974.

MÜLLER, Christoph Markus. **Anscheinsbeweis im Strafprozess**. Berlin: Duncker und Humblot, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PASTORE, Baldassare. **Giudizio, Prova, Ragion Pratica**: un approccio ermeneutico. Milano: Giuffrè, 1996.

PATTI, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. In: **Rivista di Diritto Processuale**, ano XL, n. 3, pp. 481-519, jul./set. 1985.

PAVANINI, Giovanni. Massime di esperienza e fatti notori in corte di cassazione. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**, v. XIV, parte I, pp.247-268, 1937.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Traduzido por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Lógica Jurídica**. Traduzido por Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. Traduzido por Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins fontes, 1996.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A Motivação da Sentença Civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. In: **Rivista di Diritto Processuale**, anno LIII, n. 3, pp. 673-681, lug./set.1998

_____. **Jurisdição e Processo**. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICÓ I JUNOY, Joan. **El Derecho a la Prueba em el Proceso Civil**. Barcelona: José María Bosch, 1996.

_____. **La Imparcialidad Judicial y sus Garantias**: la abstención y la recusación. Barcelona: José María Bosch, 1998.

PINTAÚDE, Gabriel. Controle e verificação do juízo de fato no julgamento singular, no apelarional e no revisional/cassacional. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova Indiciária**: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PIRES, Adriana. Prova e contraditório. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.). **Prova Cível**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.65-83.

PISTOLESE, Gennaro Roberto. **La Prova Civile per Presunzioni e le Cosiddette Massime di Esperienza**. Padova: CEDAM, 1935.

PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.

POZZA, Pedro Luiz. Sistemas de apreciação da prova. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova Indiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.219-243.

PROTO PISANI, Andrea. Principio d'eguaglianza e ricorso per cassazione. In: **Revista de Processo**, ano 36, n. 191, pp. 201-210, jan. 2011.

REICHELDT, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Colaboração, solidariedade social e efetividade da tutela executiva *stricto sensu*. In: **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, v. VI, n.7-8, pp. 341-361, ano 2007.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. Anotações sobre o recurso especial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991.

RICCI, Gian Franco. La Suprema corte tra funzione nomofilattica e tutela dello *ius litigatoris*. Il problema alla luce del controllo della motivazione. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LXIII, n. 2, pp. 571-601, giug. 2009.

_____. Prova e argomenti di prova. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno 42, pp. 1036-1104, dic. 1988.

ROCCO, Alfredo. **La Sentenza Civile**. Milano: Giuffrè, 1962.

ROSITO, Francisco. **Direito Probatório: as máximas de experiência em juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROSONI, Isabella. **Quae Singula non Prosunt Collecta Iuvant: la teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna**. Milano: Giuffrè, 1995.

RUSSO, Vincenzo; ABET, Antonio. **La Prova Indiziaria e il <giusto processo>**: l'art. 192 C.P.P. e la legge 63/2001. Napoli: Jovene, 2001.

SAINZ MORENO, Fernando. **Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discricionalidad Administrativa**. Madrid: Civitas, 1976.

SANTANGELO, Ignazio Augusto. Cassazioni plurime e nomofilachia. In: **Rivista di Diritto Processuale**, anno XLIV, n. 2, pp. 502-513, apr./giug. 1989.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Recurso Especial – Visão Geral. In: **Revista de Processo**, ano 14, n. 56, pp. 122-134, out./dez. 1989.

SATTA, Salvatore. **Diritto Processuale Civile**. Padova: Cedam, 1959.

SCAPINI, Nevio. **La Prova per Indizi nel Vigente Sistema del Processo Penale**. Milano: Giuffrè, 2001.

SENTÍS MELENDO, Santiago. **La Prueba**. Buenos Aires: Ejea, 1979.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em 23 fev. 2010.

_____. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOBRINHO, Elício de Cresci. O juiz e as máximas de experiência. In: **Revista Jurídica**, n. 101, pp. 58-69, set./out. 1983.

STEIN, Friedrich. **El Conocimiento Privado del Juez**. 2.ed. Traduzido por Andres de la Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

_____; JONAS, Martin; SCHÖNKE, Adolf. **Kommentar zur Zivilprozessordnung** (begründet von Ludwig Gaupp), 19.ed. Tübingen: J.C.B Mohr, 1964, v. I.

TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle massime d'esperienza. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LXIII, n. 2, pp.551-569, giug. 2009.

_____. Considerazioni su prova e motivazione. In: **Revista de Processo**, ano 32, n.151, pp. 229-240, set. 2007.

_____. Elementi per un'analisi del giudizio di fatto. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno XLIX, n. 3, pp. 785-821, set. 1995.

_____. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. In: **Revista de Processo**, ano 32, n. 143, pp. 65-77, jan. 2007.

_____. Il diritto alla prova nel processo civile. In: **Rivista di Diritto Processuale**, n. 1, pp. 74-120, 1984.

_____. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Il Vertice Ambiguo: saggi sulla cassazione civile**. Bologna: Il Mulino, 1991.

_____. Funzione della prova: la funzione dimostrativa. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LI, n. 3, pp. 553-573, set. 1997.

_____. **La Motivazione della Sentenza Civile**. Padova: Cedam, 1975.

_____. La motivazione della sentenza. In: **Revista Genesis de Direito Processual Civil**, n. 31, pp. 177-185, jan./mar. 2004.

_____. **La Prova dei Fatti Giuridici**. Milano: Guiffrè, 1992.

_____. Modelli di prova e di procedimento probatorio. In **Rivista di Diritto Processuale**, anno XLV, n.2, pp. 420-448, apr./giug. 1990.

_____. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. In: **Revista da Escola Paulista de Magistratura**, v. 2, n. 2, pp. 171-203, jul./dez. 2001.

_____. **Studi Sulla Rilevanza della Prova**. Padova: Cedam, 1970.

_____. Una riforma della Cassazione Civile? In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LX, n. 3, pp. 755-786, set. 2006.

TOMBARI, Giovanna Fabbrini. Note in tema di presunzioni legali. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno XLV, n. 3, pp. 917-938, set. 1991.

TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Traduzido por Alexandra Martins e Daniela Mtóz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

UBERTIS, Giulio. **La Logica del Giudizio**: il ragionamento inferenziale, i fatti notori e la scienza privata, le massime d'esperienza, il silogismo giudiziale. Disponível em: <<http://www.csm.it>>. Acesso em 30 jul. 2009.

VERDE, Giovanni. In difesa dello *jus litigatoris* (sulla cassazione come è e come si vorrebbe che fosse). In: **Rivista di Diritto Processuale**, v. LXIII, pp. 01-20, 2008.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Traduzido por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

WALTER, Gerhard. **La Libre Apreciación de la Prueba (investigación acerca del significado, las condiciones y limites del libre convencimiento judicial)**. Traduzido por Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985.

WAMBIER. Tereza Arruda Alvim. Questões de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário**. São Paulo: RT, 1997.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: MITIDIÉRO, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Fabris, 2004.