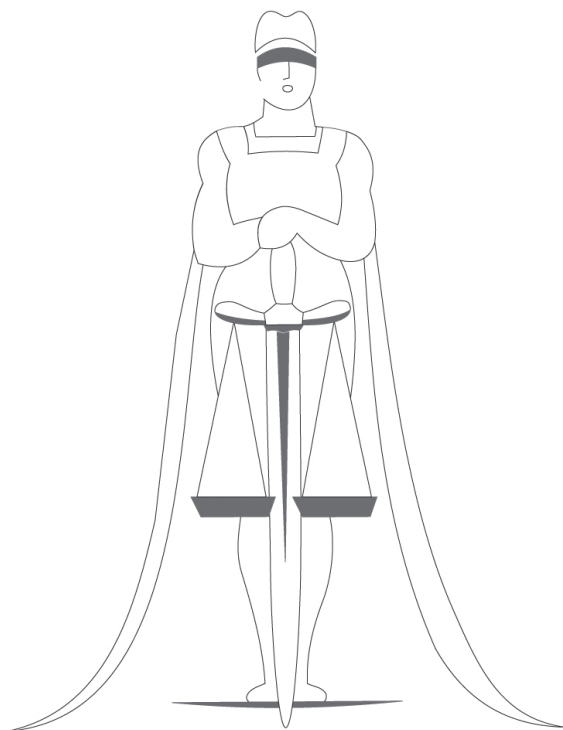


OBSERVATÓRIO

OBSERVATORY



Aplicação Prudencial e Experiencial-Conjetural do Direito e as “Regras de Experiência” do Art. 335 do Código de Processo Civil¹

Emerson Ike COAN*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Experiência e experiência jurídica. 2 Aplicação prudencial e experiencial do Direito. 3 As “regras de experiência” do art. 335 do Código de Processo Civil e o pensamento conjetural. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** O tema versado neste trabalho tem por objetivo demonstrar as “regras” ou máximas de experiência do art. 335 do Código de Processo Civil (CPC) brasileiro como critério de interpretação e aplicação do Direito, com base no plano dinâmico e funcional da prudência e do pensamento conjetural.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Código de Processo Civil brasileiro. Máximas de experiência. Interpretação e aplicação do Direito. Prudência e pensamento conjetural.

Introdução

Este artigo tem como propósito dar bases para compreensão das “regras de experiência” a que faz menção o art. 335 do Código de Processo Civil, a fim de verificar o seu uso como critério de aplicação do Direito, alicerçado em um modelo hermenêutico prudencial e experiencial-conjetural, na busca de soluções adequadas aos casos concretos em suas circunstâncias específicas.

¹ Versão publicada originalmente na *Revista de Processo*, n. 154, p. 337-354, dez. 2007, adaptada para edição da *Revista Justitia*. Artigo dedicado aos Desembargadores Milton Sanseverino (*in memoriam*) e Sebastião Flávio da Silva Filho, inspiradores de minha reflexão diuturna acerca da aplicação do Direito à luz da experiência.

* Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Comunicação pela Faculdade Cásper Líbero (FCSCSL).

1 Experiência e experiência jurídica

Em estudos para a fundação de uma teoria geral da experiência, Miguel Reale expõe que o termo *experiência* – do latim *experientia, ae*, no sentido de *prova, ensaio, tentativa* – compreende “tanto o lado subjetivo como o objetivo de uma realidade complementar, isto é, o ato de experienciar, ou a experiência ‘a parte subjecti’, bem como aquilo que se põe afinal como experienciado, ou a experiência ‘a parte objecti’” (REALE, 1999, p. 13-14).

Diz o autor preferir o verbo *experenciar* ao *experimental*, porquanto este último, ao gerar o substantivo “experimentação”, em uma apreciação semântica conjunta cobrem mais propriamente o campo da experiência natural ou do “mundo das coisas”, especialmente quando traduzem o processo mimético de produção ou reprodução, por exemplo, de um fenômeno físico, graças ao artifício de reproduzi-lo para a observação de suas causas e a captação das leis que o regem.

Sobre aquele primeiro verbo,

[...] ao contrário, além de se referir mais propriamente ao “mundo do homem” ou da consciência, guarda um sentido originário de vivência direta da realidade, de algo que é posto ou pelo menos pressuposto como sendo distinto, mas não separável, da pessoa que a observa e examina, qualquer que seja o fim visado, ético, estético ou científico. (REALE, 1999, p. 15, grifo do original)

Encontra-se aí assentado o pressuposto de que a experiência no campo da ética, e das ciências sociais em geral, correlacionada, pois, ao sentido amplo de cultura (REALE, 2000, p. 278-287) e, mais detidamente, ao uso preciso da linguagem e de seu condão discursivo-argumentativo, processa-se em função de *causas motivacionais*. O sujeito, por certo, de acordo com o seu objetivo, faz *escolhas* ou *opções* em relação ao objeto que deve ser conhecido, e disso resulta o afastamento de qualquer posicionamento, nessas searas – da ética e das ciências sociais –, que se diga puramente “objetivo”, “neutro” ou “imparcial”, uma vez que “não podem ser estatisticamente ou numericamente objetivas, porque dotadas tão somente de ‘objetividade de sentido’, somente captável mediante juízos de plausibilidade fundados na convergência temporal e na correlação lógica entre causas motivacionais” (REALE, 1999, p. 16-17, grifo do original).

Essa assertiva se coaduna com a moderna *Teoria da Argumentação Jurídica*. A propósito, assim se pronuncia Alaôr Caffé Alves (2000, p. 165):

Por isso, a Lógica Formal jamais poderá orientar a ação ética dos homens. Por consequência, ela não pode ser a lógica dominante nos assuntos humanos, devendo ser, a teoria da argumentação retórica, a única forma de justificar os valores e os atos morais dos homens. A argumentação retórica, ao contrário da Lógica Simbólica ou Matemática – caracterizada por ser universal e, por isso, impessoal, neutra e monológica – supõe sempre o embate (dialético) de opiniões ou o confronto das ideologias e consciências no interior de situações e circunstâncias históricas determinadas e particulares. A Teoria da Argumentação, portanto, é uma reflexão e uma formulação sistemática sobre a regularidade dos discursos concretos destinados à persuasão, pressupondo sempre a multiplicidade dos sujeitos envolvidos num processo essencialmente dialógico. (grifo do original)

E o autor pondera:

Do mesmo modo que não existe uma objetividade pura, pois isso seria uma formalidade pura, não existe uma subjetividade pura, pois isso levaria à irracionalidade, ao arbítrio imprevisível. *O problema todo é o controle dessa subjetividade pela objetividade. Esse é o ponto fundamental. (ALVES, 2000, p. 395, grifo do original)*

O discurso jurídico, na sua totalidade, ao privilegiar os aspectos comportamentais da relação comunicativa, tem por centro diretor da análise *o princípio da interação*, isto é, a pretensão de se ocupar do ato da fala como uma relação entre emissor e receptor mediada por signos linguísticos em que se constate, pelo primeiro, a construção de um texto com o intuito de suscitar reações no segundo, conhecedor, na qualidade de interlocutor/cientista/técnico, das *regras do jogo retórico/linguístico*, para que diante de uma *questão* (implícito o elemento *dubium*) possa dar-lhe uma solução adequada (*decidir*) e assim recíproca e sucessivamente.

Esse *caráter dialógico*, no particular aspecto da *decidibilidade*, como função pragmaticamente ligada à “construção das condições do juridicamente possível”, é explicado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1994, p. 344):

Tanto a teoria dogmática da aplicação do direito quanto a teoria da argumentação jurídica mostram um quadro em que a decisão aparece como um sistema de procedimentos regulados em que

cada agente age de certo modo porque os demais agentes estão seguros de poder esperar dele um certo comportamento. Não se trata de regularidades lógico-formais, mas por assim dizer, ideológicas [...] não é só um discurso *informativo* sobre como a decisão deve ocorrer, mas um discurso *persuasivo* sobre como se faz para que a decisão seja acreditada pelos destinatários [...] se preocupa não propriamente com a verdade, mas com a verossimilhança. (grifo do original)

Este estudo prende-se à concepção de que o *Direito* é uma *realidade histórico-cultural* constituída e desenvolvida em função de exigências inelimináveis da vida humana, examinando-se as condições não apenas lógicas de seu estudo, mas também éticas e históricas, vendo-o *como Experiência*.

Na Ciência Jurídica contemporânea, tem-se por certo que a implicação dialética entre polos dentro do *Direito*, assim considerado unitário com base em *constantes de sua realidade*, e por isso a expressão *experiência jurídica*, é verificada sob a denominação de multiplicidade, o que significa dizer o exame interno de suas partes especiais, ao formar o conjunto de disciplinas. É certo, ainda, que, no sentido da complementaridade, porquanto suas diferentes partes não se situam uma ao lado da outra como coisas acabadas e estáticas, perfaz o *caráter sistemático da unidade do fenômeno jurídico*, que, *objeto cultural*, obedece ao *tipo finalístico ou teleológico*, também nas suas relações externas, pois partilhada com outros ramos do saber humano, o que sempre aparece como relação com ciências afins, hoje revestida sob o manto metodológico da *interdisciplinaridade*, na busca de soluções adequadas às demandas cada vez mais diversificadas (COAN, 2003, p. 07-37).

2 Aplicação prudencial e experiencial do Direito

Miguel Reale (2003, p. 2) aduz que

A prudência, sucessivamente identificada com a sapiência e a sabedoria, veio aos poucos se enriquecendo de novos valores, até se tornar a mais importante das virtudes que compõem a ética, condição primordial que é de uma solução justa para solução dos conflitos humanos. [...] em última análise, é a sábia arte de encontrar, com justa proporção e cautela, a solução mais adequada à compreensão e ao julgamento dos atos humanos.

Vem dos juriconsultos romanos, em uma primeira grande elaboração teórica, a noção efetiva de *prudencia*, como *virtude* ou *centro gravitacional*

de fazer e aplicar o “Direito”, a conduzir um saber considerado de *natureza prática*, pois sua racionalidade não era apenas contemplativa e esquematizadora do real (como nos filósofos gregos), mas dirigida à ação, à construção, enfim, à *solução de conflitos concretos (jurisprudencia)*.

Para a propalada *busca de soluções adequadas às demandas cada vez mais diversificadas na sociedade coeva*, é interessante o estudo realizado por Antonio Carlos de Campos Pedroso (1998), no qual afirma:

[...] a interpretação não se resume apenas numa atividade cognoscitiva racional, mas abrange, também, uma atividade volitiva e decisória, exigindo esta a valoração de possíveis soluções, aptas a traduzir o justo concreto. Por outras palavras: a interpretação é um ato de construção prudencial.

A prudência permite a solução do impasse porque, de um lado, é vinculada e dependente da teleologia imanente ao sistema, e, por outro, adaptável ao caso concreto, revestido de contingência. Só ela possibilita a aplicação equitativa do Direito.

[...] O juiz é órgão criador do Direito porque, em última análise, é ele que realiza a equidade. Não a equidade como corretivo da lei. Mas a equidade que está presente em toda e qualquer problemática hermenêutica. Solução justa é a solução adequada do caso, conveniente às suas condições e apropriada às circunstâncias.

Solução justa é, nesta ordem de considerações, a solução iluminada pela prudência. Consequentemente, a prudência tem dimensão criadora. É dela que decorre o Direito justo e equitativo. (p. 293 e 333, respectivamente)

O intento hermenêutico apoiado na prudência para a solução de um caso *sub judice*, isto é, sob julgamento, deve prevalecer na atividade do julgador como, nas palavras de J. M. Othon Sidou (1994, p. 147),

[...] um labor interpretativo e construtivo, dado que a interpretação, por si, é um esforço técnico antecedente a uma atividade concreta: imediata, a jurisprudência; mediata, a doutrina. [...] O intérprete do direito não é, pois, o mero investigador do preceito, mas, sobretudo, é construtor do direito que nele se contém e que ali está disposto para atender ao fim social a que se destina. [...] Destas considerações infere-se que a eficácia do direito positivo depende, de um lado, do técnico que formula as leis, e, de outro, do intérprete que intui a lei. Um dispõe, e cria,

em abstrato, sobre o querer social estático; o outro impõe, e cria, em concreto, o querer social dinâmico; e ambos concriam.

Veja-se, portanto, que:

A natureza “compreensiva-normativa” da Jurisprudência decorre da necessidade que o jurista, enquanto jurista, tem de optar, em cada momento da aplicação normativa, assim como, de início, teve de optar o legislador no instante originário da emanção da norma de direito. (REALE, 1961, p. 13, grifo do original)

Na lição de Tullio Ascarelli (1952, p. 414), no texto *Concetti giuridici e interpretazione*, “É così che l’interprete torna ad essere ‘viva vox juris’ e non solo ‘viva vox legis’, riaffermando la propria dignità; é così che il diritto applicato pur sempre sfugge all’arbitrio e torna a rivelarsi opera collettiva nella quale pur si rispecchia la civiltà e il suo progresso.”²

De fato,

Interpretar é valorar, ou seja, optar entre valores compatíveis com a estrutura normativa. Todo intérprete, por mais isento e neutro que queira ser, jamais poderá libertar-se, primeiro, de seu coeficiente pessoal axiológico e, segundo, do coeficiente social de preferências inerente à sociedade a que ele pertence, ou ao “tempo histórico” que está vivendo.

O advogado, o teórico ou o juiz são, antes de mais nada, homens inseridos num contexto de valorações e de preferências. Antes do jurista, há, em suma, a “consciência”, que é, ao mesmo tempo, uma realidade psíquica, com motivações econômicas, morais e religiosas, as quais não podem deixar de condicionar o ato interpretativo³.

² Tradução livre: “É assim que o intérprete passa a ser ‘viva vox juris’ e não apenas ‘viva vox legis’, reafirmando a própria dignidade; é assim que o direito aplicado sempre evita o arbítrio e passa a revelar-se obra coletiva na qual se respeita a civilização e seu progresso”.

³ Miguel Reale, ao expor seu ponto de vista sobre o ato interpretativo, em texto intitulado *A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli* (REALE, 1981, p. 7-8, grifo do original).

Todo o exposto orienta a *aplicação prudencial e experiencial do Direito*, embasada em uma “visão global do mundo e da vida, em cujas coordenadas se situa o quadro normativo objeto de exegese” (REALE, 1978, p. 81-82). Cuida-se metodologicamente de uma *hermenêutica jurídica estrutural*. Para a aplicação de normas com vistas a decisões judiciais mais adequadas aos valores sociais vigentes, procura-se atender à dinamicidade ou à mobilidade da vida (do caso concreto, revestido de contingência), preservado o necessário à estabilidade da ordem legitimamente constituída (a teleologia imanente ao sistema). A visão da experiência normativa deixa de corresponder à mera estrutura lógico-formal para ser entendida em termos retrospectivos de fontes do Direito e prospectivos de modelos jurídicos.

O pressuposto é que a norma é sua interpretação (*lex non est textus, sed contextus* – “lei não é texto, mas contexto”), ou, por outras palavras, não há norma sem que haja interpretação, uma vez que é sempre um momento de intersubjetividade: o ato interpretativo de alguém procurando captar e trazer a si o ato de outrem, não para que ele mesmo signifique, mas para que se apodere de um significado objetivamente válido. Tem-se, pois, um modelo funcional, no qual, por serem prescrições de caráter fático-axiológico, as normas obrigam, não em virtude de um querer de quem as emanou, mas em face da pressão objetiva que os valores exercem no meio social (REALE, 1992, p. 248). Desse modo, em seu processo evolutivo de significação, cada norma jurídica:

1. assinala um momento conclusivo, mas em um dado campo, visto achar-se inserida em um processo sempre aberto à superveniência de novos fatos e novas valorações;
2. não tem significação em si mesma, como uma expressão matemática, ou seja, abstraída da experiência (normativismo abstrato), mas vale na funcionalidade dos momentos que condicionam a sua eficácia (normativismo concreto);
3. envolve uma prévia tomada de posição opcional, ou seja, uma decisão por parte do poder, quer se trate de um órgão constitucionalmente predisposto à emanção das regras de direito, quer se trate do poder difuso no corpo social, como acontece na hipótese das normas jurídicas consuetudinárias;
4. não pode ser interpretada e aplicada como simples proposição lógica: sua estrutura lógico-formal é suporte de significações estimativas, e pressupõe permanente referibilidade ao plano fático;

5. é dotada de peculiar tendência a permanecer válida, segundo a lei de sobrevivência ou economia das formas e das estruturas, que é uma das características da experiência jurídica;
6. possui certa elasticidade, capaz de atender em maior ou menor grau, às variações fático-axiológicas. Quando tal elasticidade torna-se incompatível com as mutações processadas no meio social, impõe-se a revogação ou a derrogação da norma por outra mais adequada à estrutura social. (REALE, 1992, p. 210)

A aplicação prudencial e experiencial do Direito procura atender ao *aspecto dinâmico da vida*, que pode provocar nas normas jurídicas mudanças de acepções, por um processo de erosão ou de enriquecimento, em face da *interferência de fatores diversos* como:

- a) do impacto de valorações novas, ou de mutações na hierarquia dos valores dominantes;
- b) da superveniência de fatos que venham modificar para mais ou para menos os dados da incidência normativa;
- c) da intercorrência de outras normas, que não revogam propriamente uma regra em vigor, mas interferem no seu campo ou linha de interpretação;
- d) da conjugação de dois ou até mesmo dos três fatores acima discriminados. (REALE, 1994c, p. 567)

Esses são os pressupostos para uma *tridimensionalidade dinâmica, específica e concreta*, porque a norma e a realidade normada não ficam presas às correntes da regra estática da subsunção, típica de uma estrutura lógico-formal positivista, pela qual o fato a que se dirige a norma ganha forma apenas porque se torna conteúdo normativo geral, ou seja, a norma é um dado abstrato anterior ao caso concreto, servindo-lhe de “mero esquema”. Para essa estrutura, pouco importa o dinamismo ético-valorativo pelo decurso do tempo ou pelas determinantes específicas socioespaciais concretas. Em suma, não se preocupa com seu efetivo fim, sua efetiva *realizabilidade*.

Diferentemente disso, o *campo* do Direito é *aberto* ao complexo fático e às conexões de sentido normativas e axiológicas como subsistemas – ou fatores subsistemáticos – de um todo ontologicamente dialético: o ordenamento ou o *sistema jurídico*. Daí, Miguel Reale falar em *modelos jurídicos*, com base na denominação clássica de *fontes do direito* (lei, costume, ato negocial e decisão judicial), na busca de superá-la em seu caráter meramente

retrospectivo, pois por demais apegada à ideia de que a lei deve ser interpretada segundo a intenção do legislador, ensejando “o fetichismo da *lex lata*, ou seja, do *Direito posto por lei*” (REALE, 1994b, p. 24, grifo do original). Nessa denominação clássica de “fontes do direito” há predomínio do brocardo “*In claris cessat interpretatio*” (“Na clareza cessa a interpretação”), no sentido de um apego estrito à literalidade da lei, em que o juiz é *bouche de la loi* (boca que pronuncia as palavras da lei)⁴, sem se falar na fatalidade do “*summum jus, summa injuria*” (“sumo o direito, suma a injustiça”).

Miguel Reale distingue os modelos jurídicos dos modelos hermenêuticos.

Nos modelos jurídicos, correspondentes a quatro distintas categorias de poder, e, por isso, dotados de força cogente (caráter prescritivo), estão compreendidos: 1) os modelos legais, que ocupam posição proeminente em face da Constituição, e possuem um caráter geral e universal, podendo confundir-se com uma única regra ou, como na maioria das vezes, com uma pluralidade de normas entre si articuladas compondo um todo irreduzível às suas partes; 2) os modelos costumeiros, como regras de direito produzidas pela sociedade civil que nascem de reiteradas formas de ação social com sentido de juridicidade e possibilitam, quer em seu caráter normal (ou subordinado), isto é, de aplicar o que a norma prevê *in abstracto* ao caso concreto (*secundum legem* – segundo a lei do lugar, por exemplo), quer em caráter autônomo, a integração normativa, quando o julgador tiver de dar solução em casos de lacuna, obscuridade da lei ou omissão (*praeter legem* – fora da lei; além da lei); 3) os modelos jurisdicionais, porquanto decorrentes do imperativo constitucional de explicitar normas jurídicas, apresentando-se de duas formas: 3.1) subordinados, que não passam de

⁴ A expressão é empregada por Montesquieu (Livro Décimo primeiro) quando trata da “Divisão dos Poderes”, com o acréscimo de que os juizes são “seres inanimados que não podem moderar nem a força, nem o rigor” de uma lei (MONTESQUIEU, 1994, p. 176). Isso, evidentemente, no contexto da formulação de seu trabalho com vistas a dar uniformidade à aplicação da lei para preservação de um Governo Republicano. Tal é o comentário de Pedro Vieira Mota, no sentido de que “a Hermenêutica moderna lhe faculta amplas construções jurisprudenciais à margem da lei” (ibidem, p. 202). De toda sorte, não pode ser perdido de vista, como expõe Luis Alberto Warat (1979, p. 47-51), que na conformação do “senso comum teórico” (noções, representações, imagens, saberes) dos juristas, dentre as tendências formalistas, está a legitimada pelo modelo napoleônico de direito.

aplicação daquilo que a norma prevê *in abstracto* ao caso concreto; e 3.2) autônomos, que são modelos jurisdicionais por excelência, e que decorrem de dois postulados jurídicos fundamentais: a) o julgador não pode deixar de decidir sob pretexto de lacuna ou obscuridade da lei; b) quando a lei for omissa, o julgador procederá como legislador no caso concreto; 4) os modelos jurídicos negociais, que resultam do acordo de vontades, tendo por base o bem comum (REALE, 1994b, p. 66-75).

Os modelos hermenêuticos, por sua vez, decorrem das interpretações de natureza doutrinária ou científica formuladas pelos juristas, destituídas de força cogente, limitando-se sua função a dizer o que os modelos jurídicos significam. Esses modelos hermenêuticos, quando destinados a preencher as lacunas do sistema normativo, convertem-se em modelos prescritivos (jurisdicionais), isto é, em modelos supletivos e complementares (analogia, costumes, princípios gerais do direito e equidade), como expressamente consagrado pelo art. 4o da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), cujo teor é reproduzido no art. 126 do Código de Processo Civil, coadunados com o art. 93, inc. IX, da Constituição Federal brasileira de 1988 (REALE, 1994b, p. 105-122).

Não se pode olvidar a importância que Miguel Reale dá aos modelos hermenêuticos de tipo axiológico, sobretudo na vinculação às constantes axiológicas da experiência jurídica – vida, liberdade, privacidade, intimidade etc. –, tendo seu cerne no valor da pessoa humana como fonte de todos os valores (COAN, 2004, p. 505-532).

Essa *concepção culturalista*, ao inserir a noção de “*certos fins que se quer atingir*”, no campo do Direito tem o objetivo de superar mencionada visão típica do positivismo legalista, na concepção do ordenamento jurídico como um sistema de normas fechado, pleno e completo, sem indagar a que ele servia, quer axiológica, quer sociologicamente.

Cuida-se, sem que se despreze o que há de retrospectivo nem que sirva de incentivo para decisões *contra legem* (contra a lei), de uma *visão prospectiva*, como um critério para que o Legislativo, o Judiciário, o Executivo e toda a sociedade possam dar solução às demandas cada vez mais diversificadas por força de *avanços científicos e tecnológicos em vários campos do saber humano, tudo consubstanciado pelos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade*, norteadores do novo Código Civil (COAN, 2006, p. 113-119).

3 As “regras de experiência” do art. 335 do Código de Processo Civil e o pensamento conjetural

Não é por acaso que no *Código de Processo Civil*, em menção especial aos arts. 131 e 335, observa-se, respectivamente, que o juiz apreciará livremente as provas, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, devendo sempre indicar os motivos que lhe formaram o convencimento, bem como 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 pericial⁵.

Sobre esse tema da *valoração da prova* considerando os fatos e as circunstâncias constantes dos autos e a correlata aplicação das *regras de experiência comum* para formação do convencimento do julgador a fim de motivar sua decisão, a doutrina processual utiliza a expressão *máximas de experiência*.

Alfredo Buzaid (2002, p. 133-134) transcreve as palavras de Friedrich Stein, para quem máximas de experiência são

[...] definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares, de cuja observância se induziram e que, sobrepondo-se a estes, têm validade para outros novos⁶.

Para afastar eventual afirmação de antinomia ou conflito de normas em relação a outros artigos do Código de Processo Civil que estatuem, em suma, que o juiz é o destinatário das alegações e das provas produzidas pelas

⁵ Não por acaso também a menção no art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ao estatuir que é direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. Este “ou” que se destacou deve ser lido “e”.

⁶ STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Trad. esp. de Andrés de la Oliva Santos. Pamplona: Universidad de Navarra, 1973. p. 30, citado por BUZAID, Alfredo. Máximas de experiência. In: BUZAID, Alfredo. *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. 133-134.

partes, devendo fundamentar sua decisão à luz do brocardo latino *Quod non est in actis non est in mundo* (“O que não está nos autos não está no mundo”), Alfredo Buzaid (2002, p. 141), ressalvados os limites expressos na lei atinentes à falta de normas jurídicas particulares e à perícia, sustenta:

Esta solução de política legislativa nada tem de censurável, porque o juiz não decide “ex informata consciencia”, mas à luz de conhecimento da realidade, que está no domínio da generalidade dos cidadãos de cultura média no tempo e no lugar. E não seria curial que só o juiz desconheça tal realidade. O juiz, sobre ser órgão oficial do Estado, também é homem, sensível às modificações políticas, sociais e econômicas, que impõem nova diretriz na orientação da jurisprudência elaborada na construção do pensamento da lei. A norma legal subsiste, mas sua exegese varia. Se isso é indubitavelmente exato, não repugna, pois, que o juiz declare o seu conhecimento próprio e privado, como qualquer cidadão o tem, para proclamar uma regra de experiência comum.

Esse também é o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira (1980, p. 62), à evidência de se tratar de conhecimentos de ordem diversa, sem relação particular com os acontecimentos que determinaram a instauração do processo, cuja aquisição se possa ter dado por via inteiramente autônoma, porque: “Constituiria, aliás, absurdo patente exigir do juiz que, ao exercer suas funções judicantes, se despojasse de todas as noções por ele apreendidas como homem, ao longo da vida, sob condições análogas às dos restantes membros da comunidade.”

As “regras” ou “máximas” a que se alude possuem *caráter de “generalidade” e “abstração”*, porque “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, 1980, p. 62)

Dáí, expõe Barbosa Moreira (1980, p. 62), não se confundirem com os fatos “notórios”, que independem de prova (por exemplo, o de que em certa data se comemora a independência do País), porquanto essas “regras”

se prestam à “apuração de fatos”, quando, por vezes, com base em indícios, formam-se as chamadas “presunções judiciais” (v. g., no caso em que nove meses antes do parto a mãe havia tido relações sexuais com determinado homem, o juiz utilizará o seu conhecimento de que a gestação dura nove meses para inferir que aquele deve ser o pai da criança). Ministram ao órgão judicial “*critérios*” de valoração da prova (supondo-se que duas testemunhas, uma delas daltônica, prestem depoimentos contraditórios sobre a cor do veículo que causou o acidente, o juiz naturalmente preferirá o depoimento da testemunha de visão normal).

Os exemplos são muitos a servir de fontes para essas noções: científico (é de nove meses o período de gestação do ser humano); artístico (a abóbada com ogivas cruzadas é característica da arquitetura gótica); técnico (as máquinas de escrever elétricas reclamam do datilógrafo menor esforço – sem se falar hoje do uso do computador); profissional (os farmacêuticos lidam com substâncias venenosas); comercial/econômico (a escassez de um produto no mercado acarreta a elevação do seu preço); religioso (os muçulmanos e os israelitas não comem carne de suíno); usos correntes em certas comunidades (os festejos carnavalescos são particularmente animados no Rio de Janeiro); vida cotidiana: ninguém ignora que o estrangeiro recém-chegado terá maior dificuldade em compreender o sentido de aviso em língua nacional; a irritação leva a pessoa a alterar a voz; o trânsito nas grandes cidades torna-se mais lento em certas horas etc. (BARBOSA MOREIRA, 1980, p. 62).

Outros exemplos poderiam ser lembrados, pois compreendidos na chamada “sabedoria popular”, exprimida em “ditos, axiomas, provérbios ou máximas”,

[...] a que o juiz, não raro, tem necessidade de recorrer para formar sua convicção acerca da lide, e às quais, uma que outra vez, recorrerá como sem dar por isso: são instrumentos corriqueiros de sua comum atividade intelectual, tão habituais que o respectivo emprego já se tornou automático, e nem chega a merecer atenção capaz de recortá-los com nitidez na zona clara da consciência. (BARBOSA MOREIRA, 1980, p. 63)

É de se ter em conta que esses “instrumentos”, por integrarem o “*patrimônio cultural comum da sociedade*”, atuam no processo, como afirma Barbosa Moreira (1980, p. 63), na medida em que “*atuam na mente do juiz*”, ou porque já lá se achassem presentes, ou porque, no caso contrário, ele

os adquirira mediante consulta às fontes adequadas, sem necessidade, em qualquer hipótese, de provocação das partes.

Diz ainda o autor, as “regras”, “máximas”, “noções” ou “instrumentos” em foco não se prestam apenas para a “apuração de fatos” e para a “valoração da prova”: “Sem pretendermos inventariar aqui as oportunidades de sua aplicação, gostaríamos de solicitar a atenção do leitor para uma possibilidade de grande interesse teórico e prático. Ela se relaciona com a linguagem dos textos legais.” (BARBOSA MOREIRA, 1980, p. 64).

Por meio dessas “regras”, muitas vezes o julgador deverá ter o cuidado de “preencher os claros”, de cobrir os “espaços em branco” que a doutrina costuma denominar por *conceitos juridicamente indeterminados*, por exemplo, “perigo iminente”, “boa-fé”, “coisas necessárias à economia doméstica”, “serviços próprios de sua idade e condição”, “tempo suficiente”, “operações arriscadas”, “atos contrários à moral e aos bons costumes” etc., todas expressões/situações, e a variedade nos textos legais é infinita, que abrem ao aplicador da norma certa “margem de liberdade”, apoiada em sua “subjetividade”, porquanto a operação concretizadora exigirá necessariamente a formulação de “juízos de valor”.

É importante frisar o ponto de encontro neste momento com o que se sustentou e o que é dado pelo autor ao qual se recorre para fundamentar este artigo, qual seja, que “é particularmente importante o papel confinado à *prudência* do aplicador da norma, a quem não se impõem padrões rígidos de atuação” (BARBOSA MOREIRA, 1980, p. 66, grifou-se).

Some-se a isso a advertência também formulada por Barbosa Moreira de que “sempre que o órgão judicial, invocando regra de experiência, afirma ou nega a possibilidade de enquadrar na moldura abstrata a situação concreta que se lhe depara, está *‘interpretando’* a norma, na medida em que lhe precisa o sentido” (BARBOSA MOREIRA, 1980, p. 70, grifo do original). Extrai-se da conclusão de seu texto, escrito em 1977, é bom ressaltar, o seguinte trecho:

Atravessamos uma fase de profunda renovação, em que se veem questionados métodos e conceitos tradicionais da ciência jurídica. O tópico aflorado é daqueles que exigem do jurista a humildade e a disponibilidade espiritual necessárias para reavaliar atitudes que um longo e arraigado hábito dá a impressão de não comportarem alternativa. (BARBOSA MOREIRA, 1980, p. 72)

Como diz Francesco Ferrara (1963, p. 186-187):

A actividade judiciária, porém, não se reduz ao trabalho de subsunção dos factos à norma de direito.

Apertar nestes limites a função do juiz, é concepção falsa e estreita. Pois o juiz não é um autómato de decisões; é um homem pensante, inteligente, e participe de todas as ideias e conhecimentos que formam o património intelectual e a experiência do seu tempo.

Ao julgar, portanto, o juiz utiliza, e deve utilizar, conhecimentos extra-jurídicos que constituem elementos ou pressupostos do raciocínio. Verdades naturais ou matemáticas, princípios psicológicos, regras do comércio ou da vida social, compõem um acervo inesgotável de noções do saber humano, de que o juiz todos os dias se serve no desenvolvimento da sua actividade. Tais são os “princípios de experiência”, definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, ganhos por observação de casos particulares, mas elevados a princípios autónomos com validade para o futuro (*sic*).

Cabe, pois, ao julgador fazer uso de seu “*prudente arbitrio ou critério*” (“*arbitrium boni viri*”) que, no dizer de Eduardo J. Couture, significa a “*Facultad circunstancialmente atribuída a los jueces para decidir sobre los hechos de la causa o apreciar las pruebas de los mismos, sin estar sujetos a previa determinación legal, con arreglo a su leal saber y entender*” (COUTURE, 1976, p. 106), com sensibilidade (de sentir, de sentimento, enfim, de “*sentença*”; *del latín sententia, -ae, voz formada del verbo sentio, -ire con la acepción específica de ‘expressar un sentimiento, juzgar, decidir, votar’*) (COUTURE, 1976, p. 538) no conhecimento, na avaliação e na solução dos casos concretos em suas especificidades, ao declarar o que é “de direito” (“*‘Juris dicere’ não significa dizer o direito, porquanto quem diz o direito não é o juiz, são os doutrinadores, de um lado, e os legisladores, do outro. O juiz declara o que é ‘de direito’. É por isso que a palavra está no genitivo iuris, que quer dizer ‘de direito’*” (REALE, 1997, p. 65, grifo do original).

É fácil lembrar as palavras do saudoso Desembargador Milton Sanseverino, por ocasião de sua posse no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao comentar registro de Mauro Cappelletti no sentido de que o professor Piero Calamandrei costumava convidar seus alunos, no início de cada curso, a refletir e eventualmente dissertar sobre o tema “Sentimento na Sentença”, quase sempre, no entanto, sem maior receptividade dos discentes:

Lamentavelmente, digo eu, porque esses dois vocábulos, ligados pelo mesmo prefixo (“sent”), têm muito em comum e refletem realidades que devem interagir, senão invariavelmente ao menos com desejável frequência, sobretudo em áreas particularmente delicadas do direito ou em determinadas situações concretas exigentes de especial sensibilidade do julgador, numa tarefa de humanização da justiça tão construtiva e vital quanto estimulante e redentora, como por certo tantas vezes acontece em casos de competência desta Egrégia Corte de Justiça. (SANSEVERINO, 2001)

No Direito do *“homem situado” no espaço e no tempo sociais*, o *“experienciar”* é inseparável, para uma construção hermenêutica prudencial, de um *pensamento conjectural*:

[...] tentativa de pensar além daquilo que é conceitualmente verificável, mesmo na linha do provável por admitir-se a necessidade de cogitar-se de algo correlato, que venha completar o experienciado, sem perda de sentido do experienciável que condicione a totalidade do raciocínio⁷.

No âmbito jurídico, em sentido amplo, o pensamento conjectural ou problemático é permanente, porquanto, como parte do vasto campo das ciências humanas e sociais, acha-se na dependência de variados fatores pragmáticos, intimamente ligados com a lógica indutiva e em geral operando com probabilidades qualitativas ou quantitativas, ao organizar *“idealmente”* – e não em termos conceituais – a aceitação, confirmação ou refutação de hipóteses e teorias. Enfim, baseia-se em juízos de plausibilidade ou de verossimilhança, dosados de racionalidade e ricos de sentido, porque modo de pensar pluralista, razoável, intuitivo e natural do saber humano, impondo-se a relatividade de todo tipo de conhecimento. E, tendo por objeto a *“validade”*, e não a verdade ou a certeza, nunca despreza o chamado *“senso comum”*.

Suas diretrizes fundamentais se assentam exatamente em *“juízos de plausibilidade”*, porquanto:

a) a conjectura legitima-se quando se sente a necessidade de compreender algo que não podemos determinar, anali-

⁷ REALE, Miguel. *Verdade e conjectura*, p. 46, citado por Carvalho (1996, p. 341).

ticamente, a partir de evidências, nem tampouco segundo conceitos sintetizadores dos dados verificáveis da experiência; b) toda conjectura parte, de certa forma, da experiência, para transcendê-la, visando a uma solução plausível, sem nunca entrar em contradição lógica ou real com o que já foi cientificamente comprovado;

c) a conjectura, como suposição segundo razões de verossimilhança e plausibilidade, desenvolve-se no plano das ideias, como esquema regulativo, destinado a validamente ordenar o que não se mostra ordenável segundo conceitos, nem demonstrável analiticamente;

d) na conjectura, a “intentio” racional se compõe com a imaginação, pois, como diz Kant, ela se desenvolve “sobre as asas da fantasia, embora não tem um fio condutor ligado, mediante a razão, à experiência”⁸.

Eduardo Couture (1976, p. 165) define “conjetura” como “Juicio de probabilidad; inferencia que permite admitir como ciertos, hechos desconocidos, partiendo de los conocidos”.

A moderna doutrina processual civil, apoiada nos escritos de Cândido Rangel Dinamarco, pela *noção de efetividade do Processo* – nas suas três premissas fundamentais: a *abertura* do processo aos influxos metajurídicos que a ele chegam pelo direito material, a *transmigração do individual para o coletivo e a operacionalização do sistema*, para desburocratizá-lo e deformalizá-lo com vistas a facilitar a obtenção de resultados adequados aos casos concretos em suas especificidades (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2003, p. 41-45; DINAMARCO, 2003, p. 33-38) –, não professa mais a busca pelo julgador da mera “verdade formal”, não se limitando este último a assistir inerte à produção das provas. Tem-se, enfim, que aquele sistema “lógico-formal fechado” também na seara processual civil, cedeu lugar ao mostrado neste trabalho: “aberto”; e, com isso, a estruturação voltada para o “conhecimento da verdade jurídica”, oriunda dos “fatos subsumidos à verdade unívoca da lei”, cedeu lugar aos poderes acautelatórios do julgador, não apenas apoiados no *fumus boni juris* (“aparência”/“fumaça do bom direito”), mas

⁸ REALE, Miguel. *Verdade e conjectura*, p. 43 (REALE, Miguel. *Conjeturas da experiência jurídica*. In: REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 132, grifo do original).

também, mesmo que em cognição sumária e superficial da causa, em “juízos de verossimilhança ou plausibilidade”.

Já é sustentado que,

No fundo, a livre apreciação da prova encontra-se intimamente ligada à valorização do próprio juiz e de seus julgamentos, o que conduz a uma insuprimível dialética entre lei e juiz, incapaz de ser resolvida em termos abstratos e cuja solução só pode ser encaminhada levando-se em conta concretos parâmetros históricos, sociais e econômicos. (OLIVEIRA, 1997, p. 163-164)

Em artigo sobre o tema, Luiz Fernando Coelho afirma que “A ideologia do processo, expressa nos princípios que o regem, está na base do tratamento lógico-jurídico da prova e tem a ver com uma questão fundamental da jusfilosofia: o problema da verdade jurídica” (COELHO, 1999, p. 153).

O autor destaca a acepção de “conjetura” exposta linhas atrás, acrescentando que, a seu ver, “é o denominador comum das diversas tentativas de equacionar um pensamento decisional que transcenda o normativismo formalista sem reduzir-se a um decisionismo irracionalista” (COELHO, 1999, p. 155).

Luiz Fernando Coelho sustenta que os juízos de plausibilidade, para decidibilidade de um caso em Juízo, têm acepção de “ato concreto”, que “revela a natureza dialética da conjetura, eis que ela constitui o núcleo pelo qual se relaciona a verdade identificada pelos meios de prova com a totalidade e dinamismo da vida social, onde incidem valores, normas e exigências da justiça social” (COELHO, 1999, p. 156).

E, coadunado com todo o exposto,

A prova não representa portanto o caminho para a verdade real ou formal, mas é o fundamento da verdade conjetural, e sua metodologia é a probabilidade ou problematicidade que conduz à decidibilidade. Ao falarmos em “decidibilidade”, é preciso esclarecer que ela envolve uma conclusão apenas válida com certo grau de probabilidade, maior ou menor, baseada nas regras de experiência, as quais desempenham importante papel no procedimento probatório e são fornecidas ao tribunal nos casos difíceis pelos peritos. (COELHO, 1999, p. 157, grifo do original)

Posto isso, passa-se às conclusões sobre o tema.

Conclusão

Este artigo teve como propósito dar bases para a compreensão das “regras de experiência” a que faz menção o art. 335 do Código de Processo Civil, com o intuito de verificar seu uso como critério de aplicação do Direito, alicerçado em um modelo hermenêutico prudencial e experiencial-conjetural, o que se coaduna com a acepção contemporânea da Ciência Processual no campo da valoração da prova na busca de soluções adequadas aos casos concretos em suas circunstâncias específicas.

As “máximas de experiência”, como versadas neste trabalho, mensuram o labor interpretativo do aplicador do Direito, este visto hoje como um “sistema aberto”, para o qual a prudência e o pensamento conjetural concorrem substancialmente.

COAN, E. I. Prudential and experiential-conjectural application of the law and the Rules of Experience in Article 335 of the Brazilian Civil Procedure Code. *Justitia*, São Paulo, v. 202-203, p. 353-373, Jan./Dec. 2011-2012.

- **ABSTRACT:** The subject discussed in this paper aims to demonstrate the Rules of Experience mentioned in article 335 of the Brazilian Civil Procedure Code as a criterion for interpretation and application of the Law, based on the dynamic and practical plan of the prudence and the conjectural thinking.
- **KEY WORDS:** Brazilian Civil Procedure Code. Rules of experience. Interpretation and application of the Law. Prudence and conjectural thinking.

Referências

- ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação*. Elementos para o discurso jurídico. Bauru: EDIPRO, 2000.
- ASCARELLI, Tullio. *Ensaios e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1952.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 61-72.
- BUZAID, Alfredo. *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.
- CARVALHO, José Maurício de. O pensamento filosófico de Miguel Reale. *Revista Brasileira de Filosofia*, v. XLIII, fac. 183, p. 330-348, jul./set. 1996.

- CINTRA, Antônio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COAN, Emerson Ike. Princípios orientadores do novo código civil. *Cadernos Jurídicos* – Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, ano 7, n. 26, p. 113-119, jan.-abr. 2006.
- _____. Direito natural e invariantes axiológicas na acepção estrutural de Miguel Reale: atualidade do tema. *Revista Brasileira de Filosofia* – Instituto Brasileiro de Filosofia, São Paulo, v. LIII, fasc. 216, p. 505-532, out.-nov.-dez. 2004.
- _____. Ensino jurídico, interdisciplinaridade e o espírito da nova lei civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 14, p. 07-37, ab.-jun. 2003.
- COELHO, Luiz Fernando. Verdade e conjectura em direito processual. *Revista Jurídica UNIJUS*, Uberaba, v. 2, n. 1, p. 149-157, out. 1999.
- COUTURE, Eduardo J. *Vocabulário jurídico*: con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo. Buenos Aires: Depalma, 1976.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 4. ed. rev. e atual., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 2. ed. Trad. Manuel A. D. de Andrade. Coimbra: Armênio Amado, 1963.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3. ed. aum. São Paulo: 1994.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. Aplicação prudencial dos esquemas normativos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 93, p. 293-337, jan./dez. 1998.
- REALE, Miguel. A jurisprudência à luz da teoria tridimensional do direito. *Revista Brasileira de Filosofia*, v. XI, fasc. 41, p. 03-18, jan.-fev.-mar. 1961.
- _____. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- _____. *Questões de direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.
- _____. *O direito como experiência*: introdução à epistemologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994a.

_____. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994b.

_____. *Filosofia do direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994c.

_____. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Variações*. São Paulo: GRD, 1999.

_____. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000a.

_____. *Experiência e cultura: para a fundação de uma teoria geral da experiência*. 2. ed. rev. Campinas: Bookseller, 2000b.

_____. *Variações sobre a prudência*. *O Estado de S. Paulo*, p. 2, 19 jul. 2003.

SANSEVERINO, Milton. Discurso de posse no cargo de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 26 de outubro de 2001. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, 14 nov. 2001.

SIDOU, J. M. Othon. Hermenêutica – ciência auxiliar do direito. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, ano VII, n. 5, p. 147-160, 1º semestre de 1994.

WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

