

Revista Brasileira de DIREITO PROCESSUAL RBDPro

Artigos

Impenhorabilidade de bens no CPC/2015 e as hipóteses da remuneração do executor e do imóvel residencial
Bruno Garcia Redondo, Lúcio Dellino

Reflexões sobre a aplicação das previsões consensuais do Novo CPC em demandas familiares
Débora Brandão, Fernanda Tertulio

(Re) discutindo o livre convencimento judicial: os limites da decisão judicial no Estado Democrático de Direito
Elaíne Harzheim Macedo, Luã Nogueira Jung

Modernidade reflexiva, ambivalência e as inovadoras funções das máximas de experiência no campo da prova...
Pravla Moreira Guimarães Pessoa, Henrique Ribeiro Cardoso, Otávio Augusto Reis da Sousa

Decisão rescindível e o novo CPC: aspectos polêmicos e atuais - José Henrique Mouta Araújo

Resolução alternativa de disputas: cláusula inovadora do CPC - Iliarez Fietas, Marco Félix Jobim

O litúrio marítimo judicial e o veto presidencial - Mônica Pimenta Jádica

Audiência de saneamento e organização no Código de Processo Civil cooperativo brasileiro de 2015
Lúcio Grassi de Gouveia

Prisões provisórias e o sistema penitenciário: há relação entre índices de desenvolvimento humano e de...
Thiago Colnago Cabral, Bertilla Diaz, Bettoni, Ana Carolina Silva e Silva

Concurso singular de credores: características, ordem de preferência e procedimento
Ricardo Vech Fernandes Gomes

O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil
José Maria Rosa Tescheirei, Daniele Viatore

Notas e comentários

Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Chis - Vitória, 01 a 02 e 03 de maio de 2015
Freddie Didier Jr., Rodrigo Reis Wazzei

Direito ao Ponto

A Ação Declaratória incidental sobrevive no Novo CPC?
André Vasconcelos Roque, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso Panteleao

No acordo de procedimento qual é o papel do juiz (codificante, mero homologador ou outro)?
Antônio Rodrigues de Araújo Júnior, João Luiz Lessa Neto, Márcio Teixeira Araújo, Newton Pereira Ramos Neto

Resenhas

SILVA, Mathias Teixeira da. *A exceção de incompetência nominal no processo decisório*. Porto Alegre: Numa, 2015.
Ravi Pehoto

DIDIER JR., Freddie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, 6.ª ed. desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2012.
Mateus Costa Pereira

ISSN 0100-2589



91

Revista Brasileira de DIREITO PROCESSUAL RBDPro ano 23 jul/set. 2015

91

Revista Brasileira de
DIREITO PROCESSUAL

RBDPro

DOCTRINA e RESENHAS

EDITORIA
Fórum

www.editoriaforum.com.br

Av. Afonso Pena, 2770 - 16º andar
Funcionários - Belo Horizonte - MG
CEP 30130-007 - Tel. 0800 700 3737
editoriaforum@editoriaforum.com.br



Assessoria financeira
gouveiaforum.com.br

EDITORIA
Fórum

Revista Brasileira de
DIREITO PROCESSUAL

RBDPro

Adormecida por aproximadamente 16 anos,
a tradicional *Revista Brasileira de Direito Processual*

– *RBDPro* renasce. Inicialmente produzida no seio
da cidade de Uberaba, MG, pela Editora Vitória, e,
depois, editada, por muitos anos, pela Forense,
agora, nesta novíssima fase, a empreitada é
assumida pela entusiasta equipe da Editora Fórum.

E a novidade surge em boa hora. Afinal,
as mudanças na legislação processual são uma
constante. Na busca de maiores celeridade e efica-
cidade, as alterações legislativas assumem a
dianeteira e obrigam o jurista a revisar institutos
e conceitos, muitos dos quais já se tinham por
consolidados, para, se necessário, conferir-lhes
um novo colorido, mais adequado aos novos
tempos. A doutrina e aos veículos editoriais res-
ponsáveis por sua divulgação atribui-se respon-
sabilidade inquestionável nesse propósito.

É diante desse cenário de transformações
que a *RBDPro* ressurge. Sua aparência encontra-
se renovada, mas seus propósitos, seus objetivos
permanecem os mesmos que levaram à sua
criação, quando dirigida pelos notáveis Edson
Prata e Ronaldo Cunha Campos. Então, o que se
pretende é proporcionar um espaço, de alcance
nacional e internacional, apto a fomentar o debate
científico e a contribuir com o desenvolvimento
da ciência processual, mediante a difusão de
ideias inovadoras e de qualidade comprovada.

E-mail para remessa de artigos, pareceres e
contribuições: <editorial@rbdpro.com.br>

Assinaturas

0800 704 3737
(31) 2121-4949



visite nosso site

www.editoraforum.com.br

ano 23 - n. 91 | julho/setembro - 2015
Belo Horizonte | p. 1-344 | ISSN 0100-2589
R. bras. Dir. Proc. – RBDPro

Revista Brasileira de
DIREITO PROCESSUAL

RBDPro



Diretores
 Lúcio Delfino
 Fernando F. Rossi

Conselho Editorial

Alexandre Freitas Câmara
 Alexandre Reis Siqueira Fietre
 Ana Paula Oliveira
 Antônio Carlos Marcalo
 Antônio Cid
 A. João D'Amico
 Araken de Assis
 Aristoteles Azeiteiro
 Artur de Azeiteiro
 Arnaldo Azeiteiro
 Bruno Garcia Redondo
 Carlos Alberto Camargo
 Carlos Henrique Beretta Leite
 Cassio Scarpella Bueno
 Cheid Georges Abkhassish
 Claudio Delfino
 Daniel Midler
 Daniel Guimarães Ribeiro
 Deise Nunes
 Djanira Maria Fernandes de Sá
 Donato Amelin
 Eduardo Amelin
 Eduardo José da Fonseca Costa
 Eduardo Talamini
 Emanuel Pêdres dos Santos
 Evandro Marz Andrade
 Felipe Deller X.
 Glauco Queiroz Ramos
 Gil Ferreira de Mesquita
 Humberto Theodoro Júnior
 Jansen Carlos Guedes
 J.E. Carneiro Alvim
 João Batista Lopes
 Jorge Henrique Mattar
 José Carlos Barbosa Nogueira
 José Maria Rosa Testeiner

José Miguel Garcia Medina

José Roberto dos Santos Baccare

José Roberto Cruz e Tucci

Marcelo Scorsato

Ubirajara Cabral

Ubirajara Borges Camargo

Luiz Eduardo R. Moura

Luiz Fernando Vaz de Carvalho

Luiz Fiu

Luiz Guilherme Marinho

Luiz Rodrigues Vianelli

Marcelo Almeida Rodrigues

Marcelo Lima Guerra

Martha Elizabeth de Castro Lopes

Marilene Guerra Milhena

Paulo Magalhães Nasser

Pedro Camilo Filho

Ronaldo Brites de Carvalho Das

Sérgio Cruz Azeiteiro

Sérgio Gilson Porto

Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro

Teresa Amelin

Teofil A. Zenaschi

Luciana Cristina Marat Pereira

Luciano Fraga Mira

Luciano Lencina

Luciano Roberto Del Duque

Luiz Arthur de Paula Costa

Luiz Gustavo de Freitas Pinto

Marcos Vinícius Correa Maia

Paulo Leonardo Vilela Cardoso

Richard Cristiano Borges Maciel

Rodrigo Costa Vaz de Carvalho

Vanderlei de Freitas Peixoto

Yves Cassius Silva

Conselho Internacional

Adolfo Alvarado Velasco (Argentina)

Alvaro Pérez Ragnone (Chile)

Gustavo Cantino (Argentina)

Hugo Jaime Boto Cordero (Chile)

Juan Montoro Aroca (Espanha)

Miguel Teixeira de Sousa (Portugal)

Paula Costa e Silva (Portugal)

Vigilância Prato (Espanha)

Parentes ad hoc

André Del Negro

Andrés Quintoz Fajal

Carlos Gustavo Rodríguez Del Prió

Diego Chagas de Assis

Marcelo Nogueira

Mônica Cecília Rodrigues

Murillo Santa Güler

Ricardo Vera

Roberto Toledo Campos

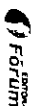
Rubens Correia Junior

Sérgio Henrique Theoren Alvaro

Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro

© 2015 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos tecnológicos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Lúcio Cláudio Rodrigues Ferreira
 Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16ª andar – Funerários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
 www.editoraforum.com.br / Email: editoraforum@editoraforum.com.br

Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPRO,
 ano 15, n. 59 (jul./set. 2007). - Rio
 Horizonte: Fórum, 2007.

Publicada no n. 1, jan./mar. 1975 ao n. 14, abr./
 jun. 1978 pela Vidua Aires Gráfica, Uberlândia/MG.
 Publicada do n. 15, jul./set. 1978 ao n. 58, abr./
 jun. 1998 pela Editora Forense, Rio de Janeiro/RJ.
 Publicação interrompida em 1998 e retomada
 pela Editora Fórum em 2007.

1. Direito processual, I. Fórum.

CDD: 347.8
 CDU: 347.9

Sumário

Editorial..... 7

DOUTRINA

ARTIGOS

Impenhorabilidade de bens no CPC/2015 e as hipóteses da remuneração do
 executado e do imóvel residencial

Bruno Garcia Redondo, Lúcio Delfino

Introdução..... 11

Impenhorabilidade no texto original do Código de 1973 e na Lei nº 8.009/1990..... 12

Impenhorabilidade nas reformas do CPC de 1973..... 13

Entendimento favorável à mitigação das regras de impenhorabilidade ainda durante
 a vigência do Código de 1973..... 14

Dos Projetos de novo CPC ao Código de Processo Civil de 2015: a última
 relativização da impenhorabilidade da remuneração e a indevida omissão sobre o
 imóvel residencial de elevado valor..... 16

Desvantagens da estipulação de alçadas fixas de impenhorabilidade..... 19

Adequada interpretação das impenhorabilidades da remuneração e dos imóveis
 residenciais..... 20

Conclusão..... 21

Referências..... 22

Reflexões sobre a aplicação das previsões consensuais do Novo CPC em
 demandas familiares

Débora Brandão, Fernanda Tartuce..... 25

Destaque inicial..... 25

Visão geral no Novo CPC em procedimentos de família..... 26

Fomento do NCP, aos meios consensuais em lides de família..... 27

Buscar o consenso não implica, necessariamente, renunciar..... 29

Mediação ou conciliação?..... 31

Citação para a audiência inicial sem recebimento da contrariedade..... 32

Diversidade de sessões consensuais nas ações de família..... 34

Possibilidade e restrição..... 34

Fases da perda e momento da tentativa consensual..... 34

Designação de nova oportunidade consensual..... 36

Conclusões..... 38

Referências..... 39

(Re) discutindo o livre convencimento judicial: os limites da decisão judicial no
 Estado Democrático de Direito

Elaíne Harzheim Macedo, Luã Nogueira Jung..... 41

Considerações gerais: sobre a necessidade de se (re) discutir o livre convencimento..... 41

A verdade e o gírio pragmático-linguístico na filosofia: uma necessária reflexão
 introdutória..... 43

O princípio (?) do livre convencimento: descobrindo paradigmas em busca de um
 modelo de decisão..... 48

Modernidade reflexiva, ambivalência e as inovadoras funções das máximas de experiência no campo da prova no projeto do Novo Código de Processo Civil

Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Professora Adjunta da Universidade Federal de Sergipe. Professora do Mestrado em Direito da UFS/PRODIR. Professora do Mestrado em Direito da UNIT/PPGD, Juiz do Trabalho (TRT 20ª Região). Especialista em Direito Processual pela UFG. Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF. Doutora em Direito Público pela UFBA. Líder do grupo de pesquisa "Hermenêutica Constitucional Concretizadora dos Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais" da UFS.

Henrique Ribeiro Cardoso

Professor Adjunto da Universidade Federal de Sergipe. Professor do Mestrado em Direito da UFS/PRODIR. Professor do Mestrado em Direito da UNIT/PPGD. Doutor e Mestre em Direito, Estado e Cidadania (UGF/RIO). Especialista em Direito Constitucional Processual (FAPESE/ UFS). Promotor de Justiça da Fazenda Pública em Sergipe (MPSSE). Coordenador de Ensino da Escola Superior do Ministério Público (ESMP). Membro do grupo de pesquisa "Hermenêutica Constitucional Concretizadora dos Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais" da UFS.

Otávio Augusto Reis de Sousa

Professor Adjunto da Universidade Federal de Sergipe. Professor do Mestrado em Direito da UFS/PRODIR. Professor do Mestrado em Direito da UNIT/PPGD. Juiz do Trabalho (TRT 20ª Região). Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do grupo de pesquisa "Hermenêutica Constitucional Concretizadora dos Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais" da UFS.

Resumo: O artigo desenvolve a ideia de que as máximas de experiência têm desempenhado a tradicional função de auxiliar na análise da prova, no âmbito do direito processual civil. Porém, além desta função, no projeto do novo CPC, as máximas de experiência foram fortalecidas ao poderem ser utilizadas para promover a inversão do ônus da prova ou a verificação da evidência ou impossibilidade de um fato.

Palavras-chave: Modernidade reflexiva. Máximas de experiência. Projeto do Novo CPC.

Sumário: 1. Introdução – 2. Modernidade reflexiva e ambivalência – 3. Máximas de experiência: conciliação preliminar – 4. Funções tradicionais das máximas de experiência no campo probatório – 5. O projeto do novo CPC e as funções inovadoras das máximas de experiência no campo probatório -- 6. Considerações finais – Referências

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo analisar a utilização das máximas de experiência no campo do direito processual civil, especificamente em relação à matéria probatória, procurando apontar as funções tradicionais, bem como as mais atuais, das regras de experiência nesse campo.

O tema foi escolhido levando-se em consideração a pretensão de utilização do estudo como mecanismo para reacer o debate sobre o uso consiente das máximas de experiência pela jurisprudência. Isso porque muito embora o art. 361 do projeto do novo CPC¹ tenha basicamente a mesma redação do art. 335 do CPC atual, toda a nova sistemática da produção e análise de provas no novo projeto permitem concluir que a utilização das máximas de experiência foi em muito fortalecida com o novo regimento, calcado no atual estágio de modernidade reflexiva.

O artigo é assim dividido em quatro partes, sendo ao final apontadas as considerações finais. Na primeira, expõe-se a percepção geral do momento de quebra de paradigmas, a influenciar todos os campos do saber. Na segunda é feita uma conceituação das regras ou máximas de experiência. Na terceira são apontadas as funções tradicionais das máximas de experiência no direito processual civil. Na quarta, abordadas as funções inovadoras das máximas de experiência, a partir do projeto do novo CPC.

2. Modernidade reflexiva e ambivalência

Há um sentimento generalizado de que se está vivenciando um momento de transição, com o abandono ou, ao menos, com a radicalização da Modernidade e de sua sociedade capitalista industrial. Liberalismo político, democracia representativa e positivismo jurídico, categorias outrora assentadas e representativas da construção liberal do Estado passam a ser questionadas.

Eduardo Bittar observa que "há um consenso dos autores quanto ao fato de que mudanças estão em curso, mas não há um consenso nem no plano conceitual (que nome atribuir a esta realidade) e nem no plano hermenêutico (como interpretar essa realidade)".² Há um estado histórico transitivo, "marcado pelo desaparecimento das grandes marcas culturais distintivas da Modernidade" (BITTAR, 2005, p. 138).

A Segunda Modernidade (ou Modernização Reflexiva, ou ainda Pós-Modernidade), na lição de Ulrich Beck (BECK, 2003, p. 23) impõe uma "autocrítica radical

da teoria e da sociologia ocidentais da modernização." Introduz uma discussão cosmopolita acerca das metas, precondições, contextos e rumos das modernidades alternativas.

Em primeiro lugar, afasta-se a ideia de Estado nacional como contêiner de determinada sociedade. A globalização impõe tal assertiva.³ Em segundo lugar, ocorre um processo de individualização da sociedade, estimulando a classificação de determinadas categorias coletivas — individualismo institucionalizado.⁴ Em terceiro lugar, a oposição entre natureza e sociedade torna-se questionável, em razão da intensificação da tecnologia e da crise ecológica. Os riscos e perigos da relação natureza/industrialização "são negociados no processo de socialização e se desdobram em uma política autônoma."⁵ Em quarto lugar, esvazia-se o conceito de sociedade de trabalho, sendo necessária uma nova organização da sociedade através de nova fundamentação, na qual o trabalho produtivo já não seja condição à participação na sociedade.

Ulrich Beck exemplifica um conjunto de instituições zumbis, "que estão clinicamente mortas durante um longo tempo, mas não são capazes de morrer":

Partidos de classe sem classes, exércitos sem inimigos ou um aparelho governamental que, em muitos casos, reivindica começar e manter em andamento as coisas que, independentemente dele, estão acontecendo. (BECK, 1995, p. 54)

O empirismo cego de categorias zumbis, calcadas no horizonte experimental do século XIX, na Primeira Modernidade, dá lugar, a uma nova experiência e dinâmica, a Segunda Modernidade, Modernidade Reflexiva ou Pós-Modernidade.⁶

Leciona Ulrich Beck que foram os filósofos franceses da década de 1980 que decretaram o fim da Modernidade, rompendo com o Iluminismo, o Marxismo, o Racionalismo e as verdades científicas. Diverciam-se da ciência e paralisaram a

¹ Distingue Ulrich Beck globalização de "globalismo". Define "globalismo" como ditadura neoliberal do mercado mundial que suprime, especialmente no Terceiro Mundo, o autodesenvolvimento democrático. A globalização é rejeitada em seus aspectos políticos, sociais e culturais (BECK, 2003, p. 23).

² Neste processo de individualização, há uma "necessidade de se desenvolver uma biografia própria, de se despojar das predeterminações coletivas" (BECK, 2003, p. 68).

³ Esta negociação, entre a industrialização e riscos globais da natureza, é denominada por Ulrich Beck de "sociedade de risco ou sociedade mundial de risco" (BECK, 2003, p. 24).

⁴ A expressão Modernidade Reflexiva foi adotada por Ulrich Beck, e conjuntamente por Anthony Giddens e Scott Lash, na obra coletiva *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*, de 1995 (1ª edição inglesa). Nesta obra, refere-se a Anthony Giddens como o primeiro a se utilizar do conceito de Modernidade Reflexiva, ainda em 1990. Em *Liberdade ou Capitalismo: Ulrich Beck conversa com Johannes Wimmer*, em 2000 (1ª edição alemã), Ulrich Beck adota em substituição à terminologia "Modernidade Reflexiva", o conceito de "Segunda Modernidade", cunhado por ele. Nesta obra, na p. 23, esses conceitos são postos como sinônimos, e assim serão tratados no corpo deste texto. Do mesmo modo, a expressão Pós-Modernidade, adotada por Zygmunt Bauman, é conceituada de modo semelhante aos dois conceitos tratados anteriormente.

¹ Art. 361. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comuns administradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras da experiência técnica, ressaltando, quanto a esta, o exame pericial.

² Aponta o autor o uso de superlativos, práticos e sufixos à Modernidade — hiper, Reflexiva, Super, Fluida, Líquida — e adota a expressão Pós-Modernidade.

autorrenovação e a criação de novos quadros de referência. Em crítica à expressão Pós-Modernidade e aos pós-modernistas, aponta que:

A palavrinha *pós* é a bengalia de cego dos intelectuais. Estes só perguntam do que *não* se trata e não dizem do que se trata. [...] Trata-se de um meio diagnóstico que simplesmente não podemos empregar os antigos conceitos. Por trás disso se oculta a preguiça e, de certo modo, também a desonestidade e a hipocrisia intelectuais, pois a tarefa dos intelectuais é desenvolver conceitos com a ajuda dos quais seja possível redefinir e reorganizar a sociedade e a política. (BECK, 2003, p. 20)

Em contraposição à definição desprovida de qualquer carga valorativa, propõe a terminologia "Segunda Modernidade", não sendo esta uma nova periodização, um rompimento de tudo o que a Primeira Modernidade produziu. Pressupõe, no invés, uma comunhão de modernidades, que:

Deve ser determinada, aprendida, desenvolvida, investigada e conquistada transnacionalmente, no confronto das experiências e projetos de modernização da periferia e do centro, asiáticas, africanas, chinesas, sul-americanas e do Atlântico Norte. Significa, pois, estabelecer uma diferença entre continuidade e ruptura. (BECK, 2003, p. 20)

Em relação a determinados valores, há continuidade, como na defesa dos direitos humanos e na democracia; relativamente a outros, ocorre uma ruptura,¹ como, por exemplo, o abandono do nacionalismo metodológico e do etnocentrismo. A Segunda Modernidade identifica as instituições zumbis e as consequentes *categorias sociológicas* zumbis, e busca "dar novas bases conceituais, empíricas e organizacionais à sociologia como ciência da realidade transnacional de modo geral. Essa é a meta central ligada a tal diferenciação" (BECK, 2003, p. 21).

Zygmunt Bauman dá um tratamento semelhante ao tema, adotando, entretanto a expressão "Pós-Modernidade". O autor não cai no pecado da preguiça, condenado por Ulrich Beck, e apresenta uma análise conceitual do que entende por Pós-Modernidade. Primeiramente, esclarece que o que há de realmente novo da atual situação "é o nosso ponto de observação". Ainda bem próximos da Era Moderna, pode-se, e se está disposto e preparado a "ter uma visão frita e crítica da Modernidade na sua totalidade, avaliar seu desempenho, julgar a solidez e congruência dessa construção." O que caracteriza a Pós-Modernidade, é o "fato de ser 'pós', posterior, e esmagada pela consciência dessa condição" (BAUMAN, 1999, p. 288).

¹ Uma importante ruptura com a Primeira Modernidade é a forma com que a natureza é vista. Na Primeira Modernidade, com sua ciência, "há uma esmagadora ambição de conquistar a Natureza e subordiná-la às necessidades humanas. [...] o conceito de Natureza, na sua acepção moderna [Primeira Modernidade] põe-se ao conceito de humanidade pelo qual foi gerado. Representa o outro da humanidade" (BAUMAN, 1999, p. 48).

Em termos claros, o que denomina Pós-Modernidade é uma Modernidade Reflexiva, uma continuação crítica da Modernidade. A seguinte passagem recoloca a questão terminológica em segundo plano:

A pós-modernidade não significa necessariamente o fim, o descrédito ou a rejeição da modernidade. Não é mais (nem menos) que a mente moderna a examinar-se longa, atenta e sobriamente, a examinar sua condição e suas obras passadas, sem gostar muito do que vê e percebendo a necessidade de mudança. A pós-modernidade é modernidade que atinge a maioridade, a modernidade olhando-se à distância e não de dentro, fazendo um inventário completo de ganhos e perdas, psicoanalizando-se, descobrindo as intenções que jamais explicitara, descobrindo que elas são mutuamente incongruentes e se cancelam. A pós-modernidade é a modernidade chegando a um acordo com a sua própria impossibilidade, uma modernidade que se autonitora, que conscientemente descarta o que outrora fazia inconscientemente. (BAUMAN, 1999, p. 288)

Numa contextualização com a trajetória e conformação de modelos de Estado, Ricardo Lobo Torres identifica o Estado Subsidiário⁸ com o surgimento da sociedade de risco: "O Estado Subsidiário é o Estado da Sociedade de Risco, assim como o Estado do Bem-Estar social foi o Estado da Sociedade Industrial,⁹ que entrou em crise pela voracidade na extração de recursos financeiros para financiar as políticas desenvolvimentistas e o pleno emprego." Ressaltando que a sociedade de risco se caracteriza pela *ambivalência, insegurança e redesenho das relações entre Estado e sociedade*, assevera o autor que "a transparência é o melhor princípio para a superação das ambivalências da sociedade de risco" (LOBO TORRES, 2005, p. 246). E, pode-se complementar, a transparência é atingida com o domínio do funcionamento das causas e dos efeitos dos riscos sociais.

Para Habermas, que se serve do conceito de "Estado preventcionista", ou "securitário" (HABERMAS, 2003, p. 178-179), nas sociedades fragmentadas do mundo, o bem-estar e a segurança social de parcela majoritária da "população vêm acompanhadas da segmentação de uma subclasse impotente e devastada, prejudicada em quase todos os aspectos, [que] constitui muitos indícios que há desenvolvimentos regressivos" (HABERMAS, 2003, p. 82). Com Amartya Sen tem-se — em sua teoria do desenvolvimento como expansão de liberdades substantivas — que o desenvolvimento não pode ser concretizado acaso não restem completamente removidas as barreiras que mais contribuem para a sua não materialização, como a pobreza e a destituição social sistemática (SEN, 1999, p. 18).

⁸ O surgimento da Segunda Modernidade, com sua ambivalência e o reconhecimento dos riscos, coincide com a queda do Estado do Bem-Estar social e a adoção da política econômica neoliberal, com a conformação do denominado Estado Regulador ou Subsidiário, ou Preventcionista. Importantes alterações ocorreram quanto ao papel do Estado.

⁹ No mesmo sentido: BECK, 1995, p. 49.

Zygmunt Bauman retrata bem o que se entende por ambivalência e a consequência de seu reconhecimento:

A ambivalência, possibilidade de conferir a um objeto ou evento mais de uma categoria, é uma desordem específica da linguagem, uma falha da função nomeadora (segregadora) que a linguagem deve desempenhar. O principal sintoma de desordem é o agudo desconforto que sentimos quando somos incapazes de ter adequadamente a situação e optar entre ações alternativas. (BAUMAN, 1999, p. 09)

A atuação do juiz, inserido nesta percepção de ambivalência, também merece uma revisão. A legalidade estrita não atingiu a segurança propalada, e a justiça, objetivo visado por todo julgador, deve ser perseguida através da utilização das técnicas disponíveis.

3 Máximas de experiência: conceituação preliminar

Deve-se a Friedrich Stein o estudo pioneiro e amplo sobre as máximas de experiência no âmbito do direito, o qual foi publicado no livro *Das Private Wissen des Richters*.¹⁰ Embora produzido no final do século XIX, seu estudo ainda é fonte fundamental de referência, nos dias atuais, para a análise da matéria. As máximas de experiência são assim definidas pelo autor:

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 observação foram induzidos e que, além destes casos, pretendem ter validade para outros novos. (STEIN, 1999, p. 27, tradução nossa)

Com o objetivo de aclarar o conceito, cumpre mencionar a advertência de Friedrich Stein, no sentido de que a declaração de experiência sobre uma pluralidade de casos está longe de ser uma máxima de experiência.¹¹ É que esta exige mais que a mera repetição de casos, necessitando que se verifique "algo independente que nos permite esperar que os casos vindouros, ainda não observados, produzirão da mesma forma que os observados" (STEIN, 1999, p. 25, tradução nossa). Somente assim pode-se fixar a máxima de que "as pessoas que se encontram em determinada situação se conduzem de maneira determinada" (STEIN, 1999, p. 25, tradução nossa).

¹⁰ Em português: O conhecimento privado do juiz.

¹¹ A observação de Friedrich Stein também é objeto de estudo da lógica. Com efeito, uma das falácias mais comuns nos processos argumentativos reside no fato de se chegar a conclusões a partir de dados insuficientes e não significativos. Assim, os casos devem ser repetidos e representativos. Outrossim, é preciso estar atento à relação de causalidade entre eles, para que se possa chegar a uma conclusão verdadeira.

Dessa forma, é importante salientar, inicialmente, que as máximas de experiência não se referem exclusivamente às vivências pessoais do juiz. Ao contrário, as noções que expressam devem pertencer ao patrimônio comum. Significa dizer que as máximas de experiência devem tratar de fenômenos que possam ser observados por todos, mesmo que não concretamente conhecidos por todos. Deve-se, ainda, frisar que não se trata de uma simples concatenação de acontecimentos, mas da verificação do caráter genérico e abstrato de uma sequência de fatos, capaz de conduzir ao entendimento de que a máxima seria válida para casos posteriores.¹²

A partir da sistematização empreendida por Stein, podem ser fixados os pontos fundamentais para a caracterização das máximas de experiência, em seu conteúdo jurídico: a) as máximas de experiência caracterizam-se pela generalidade, podendo ser encontradas sob a forma de teses hipotéticas ou de definições que decompõem uma palavra ou um conceito em suas partes constitutivas; b) para a criação de uma máxima de experiência, sob a forma de tese hipotética, é indiferente a quantidade de casos observados, porém, os fatos devem ter algo relevante e comum que os ligue, permitindo concluir tratar-se do que ordinariamente acontece; c) as máximas de experiência devem estar submatidas a um constante processo de reformulação, a partir da observação tanto dos casos que deram origem à sua formação como dos posteriores; d) as máximas de experiência se extraem por indução e se aplicam por dedução; e) as máximas de experiência são sempre relativas, variáveis no tempo e no espaço, estabelecendo, entretanto, um juízo *a priori*; f) em todos os casos, as máximas de experiência admitem prova em contrário pela parte eventualmente prejudicada.

4 Funções tradicionais das máximas de experiência no campo probatório

As máximas de experiência têm as seguintes funções no âmbito do direito processual civil: a) mecanismos para entender e interpretar as alegações e depoimentos das partes; b) instrumentos utilizados na apreciação dos meios probatórios; c) meios de conexão dos indícios com os fatos; d) forma de determinação da evidência ou impossibilidade de existência de um fato; e) inversão do ônus da prova.

O presente item analisará as três primeiras funções citadas, ditas "tradicionais", sendo abordadas, no item seguinte, a luz do projeto do novo código de processo civil, as duas últimas. Note-se que independentemente do novo regramento, as máximas

¹² O fundamento das máximas de experiência é, em última análise, a normalidade. Contudo, há que se ressaltar a advertência de Gyroeno Carnelli, no sentido de que existe não apenas uma, mas várias "normalidades". A normalidade será, em primeiro, um termo ideal, mas na vida prática não há normalidade, senão, antes ser reduzida a cálculos não menos passíveis de erro" (CARNELLI, 1957, p. 185-186).

de experiência podem ser utilizadas nas suas duas últimas funções, mas tal não vem sendo feito pela jurisprudência, razão pela qual a abordagem à luz do novo código é essencial para uma nova utilização do antigo instituto.

A primeira função tradicional das máximas de experiência é sua utilização pelo juiz como mecanismo para entender e interpretar as alegações e depoimentos das partes. Essa atuação é relevante porque as máximas de experiência podem ser definições ou juízos esclarecedores sobre expressões utilizadas. Desse modo, ao interpretar as alegações das partes, o juiz levará em conta as máximas de experiência sobre o uso da linguagem. Com isso, pode compreender a definição de certas palavras em ambientes específicos ou os significados peculiares de termos segundo o lugar ou o dialeto (STEIN, 1999, p. 24).

Dispensável é lembrar que o conhecimento do significado de tais termos é essencial ao juiz para a adequada compreensão do material probatório colhido em audiência. Nesse contexto, as máximas de experiência sobre o uso da linguagem têm função fundamental, permitindo a correta compreensão dos depoimentos colhidos, bem com uma maior aproximação entre julgador e jurisdicionados.

As máximas de experiência exercem, por outro lado, papel fundamental na análise das provas apresentadas, particularmente na formação do juízo de verossimilhança, essencial para o convencimento do julgador.¹³ Com efeito, um dos mais importantes momentos processuais é, sem dúvida, o da valorização da prova, feita pelo julgador com base no conjunto probatório trazido aos autos. É justamente nesse momento que as regras de experiência atuam dentro da sequência de raciocínio do julgador.

No sistema da persuasão racional, as máximas funcionam como critério para impedir a criação de "verdades" desvinculadas de qualquer critério de verossimilhança. Não apresentam, entretanto, caráter obrigatório e vinculante ou desvirtuador da própria apreciação. Assim, as regras de experiência atuam, dentro do sistema vigente da persuasão racional, como elemento auxiliar na análise das provas produzidas, agindo diretamente na valorização das provas pelo juiz.

Ainda dentro da aplicação tradicional das máximas de experiência no campo da prova, destaca-se a terceira função elencada, que é a ligação entre indícios e fatos. É que muitas vezes os fatos não conseguem ser demonstrados de forma direta. Tal se dá por diversas razões, principalmente a "irrepetibilidade do comportamento humano e a impossibilidade de se adentrar às conjecturas mentais de cada indivíduo (FORNACIARI, 2004, p. 24).

¹³ Sérgio Salbano Fadel exemplifica esse juízo de verossimilhança, que atua na apreciação das provas e alegações fantasiosas das partes: "Normalmente, o devedor repleto e inadimplente cria histórias fantasiosas de exigências desconhecidas do credor, do pagamento de juros extorsivos, de condições leoninas etc. É esse o lugar comum nas suas delírias. Ordinariamente acontece isso e, sem embargo dos depoimentos das testemunhas que 'viram' ou presenciaram a transação, o juiz não as leva em conta" (FADEL, 1974, p. 196).

Nesses hipóteses de impossibilidade de verificação direta do fato, o convencimento do juiz é embasado em indícios alegados e comprovados pelas partes. Nessa conexão entre o indício e o fato a ser provado atuam diretamente as máximas de experiência, extraídas da observação, pelo juiz, do que ordinariamente ocorre em casos semelhantes.¹⁴

Assim, as máximas de experiência atuam como elemento de ligação entre os indícios e os fatos que se deseja provar, em caso de inexistência de presunção legal incidente na hipótese. É essa, portanto, a sua terceira função tradicional no campo probatório.

5 O projeto do novo CPC e as funções inovadoras das máximas de experiência no campo probatório

Ultrapassada a análise das funções tradicionais das máximas de experiência no processo, passa-se ao estudo das funções mais atuais, consistentes na sua utilização como mecanismo para inversão do ônus da prova ou verificação da evidência ou impossibilidade de um fato.

A aplicação das máximas de experiência como critério para a análise da prova pode conduzir à inversão do ônus da prova num determinado caso concreto sob exame. Assim, se o fato apresentado é, de acordo com a observação do que ordinariamente acontece, verossímil e plausível, enquanto a tese da parte contrária é de todo inverossímil, deverá ocorrer a inversão do ônus da prova, a qual ficará a cargo da parte que alegar a tese desprovida de verossimilhança.

O projeto do novo CPC, em seu art. 358, é expresso ao prever a possibilidade de inversão do ônus da prova pelo juiz, considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado. Certo é que tal será feito pelo juiz em decisão fundamentada, observado o contraditório. Assim, poderão as máximas de experiência ser utilizadas para verificação em concreto das "circunstâncias da causa" e das "peculiaridades do fato a ser provado".

Em seu art. 358, o projeto do novo CPC estabelece que o juiz deverá distribuir o ônus à parte que estiver em melhores condições de produzir a prova, o que vem na esteira de toda a nova sistemática de ampliação dos poderes do juiz no campo probatório¹⁵ e, ao mesmo tempo, não se trata de novidade no ordenamento, já prevista

¹⁴ Exemplos da utilização das máximas de experiência na ligação de indícios a fatos são dados por Pontes de Miranda: "São muitas as regras de experiência comum, tais como as que se tira do fato de estar alguém com mágoa ou tendo alguém, ou se nela falta uma coisa, igual à encontrada, ou de estar com o suspeito ter na escurecida, ou com aquele que teve de desdenhar-se contra o furo" (PONTES DE MIRANDA, 1997, p. 280).

¹⁵ Trata-se da adoção, expressa da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, em contraposição à teoria da utilização da divisão dinâmica fundada entre outros, nos princípios da igualdade, lealdade, solidariedade com o órgão judicial (DIDIER, BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 63).

semelhante disposição para as relações de consumo, às quais se aplica o artigo 6º, inciso VII, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

No entanto, há outras hipóteses de desequilíbrio entre os litigantes que autorizam a inversão da atribuição do ônus da prova. Dentro desse contexto, as máximas de experiência funcionam como mecanismo de análise da verossimilhança das teses. Seu objetivo é não permitir que defesas inverossímeis funcionem como simples instrumento de negação dos fatos que ensejam o direito da parte contrária, para dificultar a tutela jurisdicional pretendida.

Diante de uma tese defensiva meramente negativa, mas com conteúdo altamente inverossímil, deverá o juiz proceder à inversão do ônus da prova, passando-a à parte que alegar a tese. Evita-se, com isso, que a dificuldade de uma parte de produzir sua prova, leve a uma decisão fundada na divisão do ônus da prova, porém contrária à observação comum.

Assim, as normas de divisão do ônus da prova devem ser aplicadas a partir da perspectiva publicista do processo.¹⁶ Nesse aspecto, as máximas de experiência funcionam como critério balizador da verossimilhança, capaz de inverter, se necessário, o ônus da prova.¹⁷

Tema correlato ao da inversão do ônus da prova é a constatação da evidência ou impossibilidade de um fato, segunda função inovadora das máximas de experiência. Desse modo, o reconhecimento de que um fato é evidente ou, ao contrário, impossível é elemento para que se possa declarar inadmissível, porque inútil, a prova que se apresenta para demonstrar sua veracidade.

Quanto à apreciação da prova, disciplina o projeto do novo CPC, em seu art. 355, que o juiz apreciará livremente a prova, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na sentença as que lhe formaram o convencimento.

É claro que o juiz deve ter muita cautela na definição, *a priori*, dos fatos considerados "impossíveis" ou "evidentes". Contudo, em situações excepcionais, pode-se dispensar a produção de provas, quando, a partir da observação do que ordinariamente acontece, a alegação dos fatos em que se funda o pretensão direito for intuitiva ou, ao contrário, de todo impossível.

¹⁶ Justamente por possuir o caráter publicista é que o tema do ônus da prova não pode ficar sujeito ao direito material, mas "deve ser regra manuseável pelo juiz, como titular que é da relação processual, de forma a que se obtenha, com maior grau de certeza e frequência, a realização da justiça" (KLIPPET, BATISTOS, 2011, p. 348).

¹⁷ O direito alienígena, principalmente o alieno e o anglo-americano, fornece institutos aplicados no âmbito probatório. Muito embora não sejam especificamente estudados sob a ótica de inversão do ônus da prova, esses institutos demonstram como a aplicação das máximas de experiência permite uma melhor distribuição da carga probatória. No direito anglo-americano, o processo civil conhece a figura dos *prima facie* cases. Segundo Black, trata-se de instituto utilizado nos "juízos em que os fatos ocorridos revelam um grau de credibilidade tal que o antagonista fica com o encargo de provar em contrário à conexão propiciada ao jogador pela credibilidade *prima facie* [...]". (LARRY ARAÚJO, 1984, p. 122). Também o direito alieno tem aplicação o instituto, principalmente na apuração de relações de nexa causal ou nas hipóteses em que os fatos descritos pela parte contrariam o que normalmente acontece. Nesse último caso, "sobre ela recai o ônus de comprová-los, pois em tal caso a chamada prova *prima facie* favorece a outra parte" (ARAÚJO, 1984, p. 124).

Especificamente em relação a tal dispensa de provas, disciplina o projeto do novo CPC em seu art. 354, de forma semelhante ao atual, que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento da lide, dispondo, em seu parágrafo único, que "o juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

Cite-se, como exemplo, a hipótese de o autor pleitear o pagamento de horas extras com base na jornada de vinte horas diárias, em todos os dias da semana, sem intervalo e sem folga, durante meses a fio. Outro exemplo de utilização das máximas de experiência para ensejar a impossibilidade de reconhecimento de um fato é dado por Karl Larenz: "Pela experiência de funcionamento do mercado, do habitual comportamento econômico dos compradores de terrenos, o juiz sabe que estes atribuem normalmente grande importância à apuração do terreno para construção na sua decisão de comprar e particularmente no preço oferecido". A partir da máxima citada, o autor extrai a conclusão de que "não seria, por exemplo, aceitável que, uma vez que a aptidão de um terreno para construção foi considerada como qualidade do mesmo essencial no comércio, vir negado num caso concreto" (LARENZ, 1978, p. 313-315).

As máximas de experiência funcionam, portanto, como critério na análise da verossimilhança da alegação ou na verificação do caráter consagrado de determinado fato, permitindo uma mais rápida instrução e eficaz solução da lide.

6 Considerações finais

Após as considerações feitas, pode-se extrair a seguinte síntese das ideias desenvolvidas:

Entende-se por ambivalência a possibilidade de conferir a um objeto ou evento mais de uma categoria. É uma desordem específica da linguagem, cujo principal sintoma é o agudo desconforto que se sente ao ser incapaz de interpretar adequadamente a situação e optar entre ações alternativas. A atuação do juiz no campo da análise da prova no direito processual civil, inserida nesta percepção de ambivalência, merece uma revisão no tocante à utilização das máximas de experiência.

As máximas de experiência são definições ou juízos hipotéticos firmados pela observação de casos singulares. Todavia, são alçadas à condição de princípios autônomos, podendo ser utilizadas nas demais hipóteses assemelhadas.

Inúmeras funções são atribuídas às máximas de experiência no campo do direito: mecanismos para que o juiz possa entender e interpretar as alegações e depoimentos das partes; instrumentos para apreciação dos meios probatórios; elementos de conexão dos indícios com os fatos; meios de determinação da impossibilidade ou evidência de um fato; subsídios para a inversão do ônus da prova; ferramenta auxiliar na subsumção dos fatos às regras jurídicas e no preenchimento dos conceitos juridicamente indeterminados.

As três primeiras funções mencionadas constituem as aplicações tradicionais das máximas de experiência no campo da prova. Nesse aspecto, as máximas de experiência, dentro do sistema da persuasão racional, funcionam como instrumento para promover o adequado entendimento das formulações das partes e testemunhas. Além disso, constituem meio para a valorização da prova e mecanismo de conexão de indícios e fatos, sendo, dessa forma, essenciais para o convencimento do julgador.

Ainda no campo probatório, dentro da perspectiva instrumentalista do processo e de acordo com todo o espírito das novas regras estabelecidas no projeto do novo CPC, as máximas de experiência são importantes para a formação do juízo de verossimilhança no julgador. São também mecanismos capazes de promover a inversão do ônus da prova em favor daquele que apresentar tese mais factível, em relação à parte adversa, se esta apresentar alegações desprovidas de plausibilidade. As máximas de experiência ainda desempenham a função de verificação da evidência ou impossibilidade de um fato, contribuindo para a celeridade da instrução probatória.

Referências

- ARAÚJO, Eneas Montiz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Alde, 1984. v. IV, tomo I.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 48.
- BECK, Ulrich. A reinvenção da política. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Ed. Unesp, 1995.
- _____. *Liberdade ou capitalismo*. Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. São Paulo: Ed. Unesp, 2003.
- CARNELLI, Lorenzo. *O fato notório*. Tradução de Ênio Maciel. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957.
- CRESOI SOBRINHO, Elício de. O juiz e as máximas de experiência. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 296, ano 82, p. 430-436, out/dez 1986.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FADEL, Sérgio Sathione. *Código de Processo Civil comentado*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1974. t. II.
- FORNACIARI, Flávia Helmeister Cillo. As máximas de experiência e o livre convencimento do juiz. São Paulo, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 10, p. 9-26, jan./2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebenelcher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José de Souza Brito e José Antonio Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.
- LOBO TORRES, Ricardo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. *Manual de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 261, ano 74, p. 13-19, jan./mar. 1978.

PARZALE, Mariano. *Alorismos jurídicos*. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 1985.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Máximas de experiência no processo civil*. Aracaju: Evocali, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. rev. e aumentada por Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. IV.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. 1. ed. 4ª re. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2. ed. Tradução de André de La Oliva Santos. Bogotá: Temis, 1999.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; CARDOSO, Henrique Ribeiro; SOUSA, Olavio Augusto Reis de. Modernidade reflexiva, ambivalência e as inovadoras funções das máximas de experiência no campo da prova no projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual* – RBDDP, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 63-75, jul./set. 2015.