

JUSTIÇA & CIDADANIA[®]

ISSN 1807-779X | Edição 223 - Março de 2019

FELIPE SANTA CRUZ, PRESIDENTE DA OAB

**EM DEFESA DA DEMOCRACIA,
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
E DA CONSTITUIÇÃO**

EDITORIAL: SEM ADVOGADO NÃO EXISTE CIVILIZAÇÃO

A prova pericial e seu controle pelo juiz no novo CPC

Fernando Quadros da Silva | Desembargador federal no TRF-4

Uma nova postura do juiz frente à prova pericial

O ordenamento jurídico processual passou por sensível alteração no que diz respeito à postura do juiz frente à prova pericial (científica ou técnica). De maneira geral, diante de um laudo apresentado pelo perito, cabia ao juiz verificar se as conclusões trazidas pelo expert estavam de acordo com o “requisito da aceitação geral”, ou seja, se o laudo se baseava em conclusões aceitas majoritariamente numa comunidade científica relevante.

Era a orientação acolhida pelos legisladores processuais pátrios e também, desde 1923, pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no famoso precedente *Frye versus US 293 F.103* (D.C. Circuit, 1923).

A partir de 1993, a Suprema Corte norte-americana, no caso *Daubert v Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc*¹ firmou nova orientação e passou a exigir uma nova postura do julgador frente ao laudo pericial, afirmando a responsabilidade do juiz em aferir o caráter efetivamente científico do método proposto pelo perito, em lugar de, exclusivamente, dobrar-se à aceitação geral dos especialistas respectivos.

Segundo o acórdão *Daubert* “o juiz é o guardião da prova pericial” (*gatekeeper*) e somente deve admitir conclusões periciais que realmente sejam caracterizáveis como “conhecimento científico”, afastando a *junk science* ou especulações baseadas em pseudociência ou mesmo senso comum travestido de ciência²”.



Evolui-se do critério da aceitação geral (*general acceptance*), até então consagrado no *Caso Frye*, para *standard* do juiz como guardião da prova (*judge is gatekeeper*). O *Standard Daubert* foi reafirmado e aperfeiçoado em outros casos (*Joiner e Khumo Tires*) formando a chamada *Daubert Trilogy*. Em suma, cabe ao juiz determinar se um conhecimento usado como base para as conclusões do perito pode ser considerado científico, a ponto de viabilizar que sobre ele se possa apoiar uma decisão judicial.

O novo Código de Processo Civil brasileiro incidiu em certa ambiguidade, pois parece adotar o critério do método ser “predominantemente aceito pelos especialistas da área” (art. 473, III), ao tempo em que também prevê o encargo judicial de julgar a “prova pericial (...) levando em conta o método utilizado pelo perito” (art. 479), parecendo adotar o critério da revisão pelos pares como um dentre vários critérios, de legitimação da prova, peculiar à tarefa de juiz-guardião.

A solução para harmonizar os dispositivos nos é apontada na obra magistral do Professor Danilo Knijnik: “uma interpretação sistemática dos artigos 473, III, e 479 do CPC, também indica a adoção pelo legislador brasileiro da chamada ‘revisão e aceitação pelos pares’, como um dos critérios a ser utilizado na valoração da prova, ao lado de outros, como testabilidade, falseabilidade, possibilidade de erro e de revisão pelos pares e pela comunidade científica, sempre que possível³”.

A obrigatoriedade do juiz escrutinar o método para aferir a cientificidade do laudo traz importantes reflexões, que devem permear doravante o controle da prova pericial pelo juiz brasileiro.

O papel do juiz diante da prova científica

Os novos avanços científicos e tecnológicos e a rapidez com que as novas descobertas são trazidas ao cenário processual exigem uma adequada postura judicial. O exame da prova pericial tem como questão de fundo o relacionamento entre o Direito e os demais ramos da ciência. Efetivamente, não dispondo o juiz de conhecimentos técnicos ou científicos inerentes a outros ramos do conhecimento, deve lançar mão da colaboração de um terceiro: o perito.

As conclusões trazidas com o laudo pericial deixarão pouco espaço ao magistrado. Nem juiz e nem as partes têm condições objetivas de se contrapor ao laudo. Essencialmente, a decisão é tomada pelos especialistas em segredo. Os especialistas, em certa maneira, tornam-se os juízes daquela causa específica⁴. Não sem razão, algumas cortes de Justiça relutam em nomear um perito, pois têm bem presente que estão abrindo mão de seu efetivo poder decisório⁵.

Sobre a prova pericial, o art. 156 do CPC/15 dispõe que o “juiz será assistido por perito quando a prova de fato depender de conhecimento técnico ou científico” e que “os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados (§1º)”. O perito deve ser “especializado no objeto da perícia” (art. 465, CPC) e deve apresentar currículo que comprove essa condição (art. 465, §2º, II, CPC).

Não é um terceiro qualquer, mas um terceiro qualificado, cuja legitimidade advém da sua condição de terceiro, equidistante dos interesses das partes e possuidor de conhecimento indispensável à solução da controvérsia⁶.

O juiz não pode dispensar a perícia mesmo que detenha os conhecimentos especializados para julgar a causa. Cada vez mais parece perder força a tradicional norma interpretativa consolidada no brocardo *iudex peritus peritorum* (o juiz é o perito dos peritos), com a qual se afirmava que o juiz não está vinculado nem submetido às conclusões do laudo pericial. Como já está há muito tempo consolidado, o conhecimento privado do juiz não pode embasar seus julgamentos^{7,8}.

Por outro lado tem-se a *junk science* (pseudociência)⁹, na qual conclusões precipitadas são exteriorizadas como verdades absolutas. Os resultados preliminares de algumas pesquisas são publicados rapidamente e muitas vezes exploradas comercialmente. Alguns medicamentos não registrados em uma agência reguladora e não testados são objeto de pedido em demandas judiciais.

Veja-se o recente exemplo da chamada “pílula do câncer”. Atendendo ao clamor popular, o legislador federal, de maneira açodada, editou a Lei nº 13.269/2016, autorizando “o uso da substância fosfo-etanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna”, antes da realização e conclusão dos estudos clínicos, ao fundamento central de que “os protocolos prescritos na Lei nº 6.360/1976 para aprovação do fornecimento de substâncias à população não vinculam o legislador¹⁰”.

Enfim, é indispensável a colaboração do perito, cientista ou técnico, para esclarecer pontos nodais da matéria fática processual e permitir o adequado contraditório entre as partes.

A nomeação do perito, as suspeições e os conflitos de interesses

O juiz, todavia, deve estar atento a eventual parcialidade do perito ou às circunstâncias em que foram produzidos os laudos. O perito pode atuar em situações em que fica evidente o conflito de interesse, quer porque faz parte de uma comunidade restrita, quer porque tem muitos seguidores nas redes

sociais ou, ainda, porque não que ser indispor com seus colegas.

Por outro lado, as provas científicas muitas vezes estão fundamentas em conclusões que não foram submetidas à revisão dos pares de uma comunidade científica relevante. Por uma razão muito simples: o processo não pode esperar. Por força de um princípio constitucional, o processo judicial deve ter uma duração razoável. O perito tem um prazo para entregar seu laudo e o juiz precisa decidir. Então, a revisão pelos pares é praticamente inviável.

Quanto ao ponto, o Juiz Kozinski ressalta “que a pesquisa seja aceita para publicação em uma renomada revista científica, após ter sido submetido aos rigores habituais da revisão por pares, é um indicação de que é levada a sério por outros cientistas, isto é, que satisfaz pelo menos critérios mínimos de boa ciência”¹¹.

Estudos apresentados no contexto de uma demanda judicial devem ser escrutinados muito mais cuidadosamente que estudos conduzidos durante o curso normal da pesquisa científica. Essa dose adicional de ceticismo é devida, em parte, porque estudos gerados especialmente para uso em juízo têm menos chances de ser submetidos a um processo normal de *peer review*, que é uma das marcas

registradas de investigações científicas confiáveis¹².

Kozinski continua: “É ruim preparar um laudo especialmente para solucionar um litígio? A resposta é negativa. No entanto, se um cientista está trabalhando num laboratório, faz algumas descobertas e as apresenta ajudando a solução do caso, é uma prova quase conclusiva de que seguiu uma metodologia científica. Ele não está apenas cumprindo o papel de perito judicial: ele está lá fora (do processo) fazendo ciência e sua participação no processo judicial é ocasional”¹³.

Isso é relevante. Porque é inegável a diferença entre um estudo feito para solucionar um processo judicial e as conclusões feitas antes por um cientista que estava preocupado apenas em utilizar um método científico para chegar a algumas conclusões e procurar convencer seus pares. O objetivo do perito será, nesse caso, responder aos quesitos num determinado prazo. O contato com o mundo científico exige ainda a cautela com falsificações e fraudes¹⁴.

Algumas conclusões

A tarefa do juiz como “guardião da prova” traz implícitas outras obrigações. A utilização dos novos parâmetros de análise da prova traz consigo também a apreciação do chamado *Fator Kozinski*, que

exige uma especial cautela do juiz quando se de-
frontar com perícia científica usada para embasar
uma pretensão judicial, especialmente nas áreas
sensíveis, baseadas em novos conhecimentos cientí-
ficos. Isso porque a perícia em muitos casos é pro-
duzida tendo em vista uma situação peculiar, espe-
lhada no processo.

Diante de um laudo pericial, o juiz deve se assegu-
rar de que está diante de conhecimento científico,
certificando-se que “sejam mesmo cientistas e que
estejam agindo como cientistas”¹⁵.

O rigor na apreciação dos laudos periciais é es-
sencial. A doutrina tem sustentado que, para fins
de rescisão da coisa julgada, o novo laudo pericial
deve ser considerado “documento novo”, se enqua-
drando no art. 485, VII do CPC, como hipótese de
cabimento de ação rescisória¹⁶. Pode-se vislum-
brar, sem muito esforço, uma verdadeira guerra de
peritos nas hipóteses de rescisórias embasadas em
tal fundamento.

Considerando então as novas regras do CPC so-
bre avaliação da prova pericial e o vetusto princípio
iudex peritus peritorum, cabe ao juiz evitar a utiliza-
ção das perícias parciais, sem lastro científico ou que
procuram responsabilizar a qualquer custo, encon-
trando um liame que não existe.

Por fim, e esse é o aspecto mais difícil em um am-
biente paternalista e iletrado, deve o juiz ter presente
que há uma natural resistência de aceitar que alguns
eventos danosos resultam de fatalidades e que as fa-
talidades fazem parte da vida, como os raios, como as
tragédias, embora numa sociedade moderna se bus-
que a responsabilização a qualquer custo diante da
resistência do ser humano em aceitar que o lamentá-
vel, acontece¹⁷.



Notas

¹ *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.* (506 US 914, 1992).

² KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*, São Paulo, RT, 2017, p. 60.

³ KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*, São Paulo, RT, 2017, p. 205.

⁴ KOZINSKI, Alex. *A brave new world*, 30 U.C. Davis L. Rev. 997 1996-1997.

⁵ DE LA SERRE, Eric Barbier; SIBONY, Anne-Lise. *Expert evidence before the EC Courts*. in *Common Market Law Review*, 45: 941-985, 2008, p. 961.

⁶ A doutrina estrangeira se debate sobre os limites do trabalho do perito. Perito *deducendi*: que se limita a aportar conhecimentos técnicos para valorar elementos fáticos já existentes no processo, ou perito *percipiendi*, que pode trazer fatos novos para o processo. (Cf. LLUCH, Xavier Abel. *Derecho probatorio*, Barcelona, Bosch, 2012, p. 651). O legislador processual brasileiro veda expressamente (art. 473, §2.º, II, CPC): é vedado ao perito ultrapassar os limites de sua designação, bem como emitir opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia.

⁷ STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez: investigaciones sobre el derecho probatorio em ambos procesos*, tradução de Andrés de la Oliva Santos, 2ª ed., Santa Fé de Bogotá, Temis, 1999.

⁸ FORSTER, João Paulo Kulczynski. *O Direito a adequada valoração da prova pericial: exame dos pressupostos jurídicos e epistemológicos para atualização e manutenção do princípio iudex peritus peritorum*. Tese de doutorado, UFRGS, Porto Alegre, 2015.

⁹ GERMANO, Marcelo Gomes. *Uma nova ciência para um novo senso comum (online)*, Campina Grande, EDUEPB, 2011, p. 325: “Ao aproximar-se do domínio público, a ciência também pode ser importante para combater outras formas de mitos e charlatanices que, apoiados em proposituras falsas e dogmáticas facilmente questionáveis pelo mínimo conhecimento e habilidade com o método científico, ainda são bastante frequentes no mundo moderno”.

¹⁰ O Supremo Tribunal Federal, por maioria, suspendeu a lei na ADIN proposta pela Associação Médica Brasileira. Medida Cautelar na ADIN 5.501-DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 19/05/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, vencidos os ministros Edson Fachin, Dias Toffoli, Rosa Weber e Gilmar Mendes.

¹¹ KOZINSKI, Alex. *Brave new world*, 30 U.C. Davis L. Rev. 997 1996-1997.

¹² 951 F 2d 1128 (Circ. 1991).

¹³ KOZINSKI, Alex. *A brave new world*, 30 U.C. Davis L. Rev. 997 1996-1997.

¹⁴ *Fake research comes under scrutiny*. <https://www.bbc.com/news/science-environment-39357819>, acesso em 08/10/2018, 22h40.

¹⁵ KOZINSKI, Alex. *A brave new world*, 30 U.C. Davis L. Rev., 997 1996-1997.

¹⁶ 951 F 2d 1128 (Circ. 1991).

¹⁷ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada – hipóteses de relativização*, p. 181.

¹⁸ KOZINSKI, Alex. *A brave new world*, 30 U.C. Davis L. Rev., 997 1996-1997.



Foto: shutterstock