



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Paula Oliveira Bezerra de Menezes

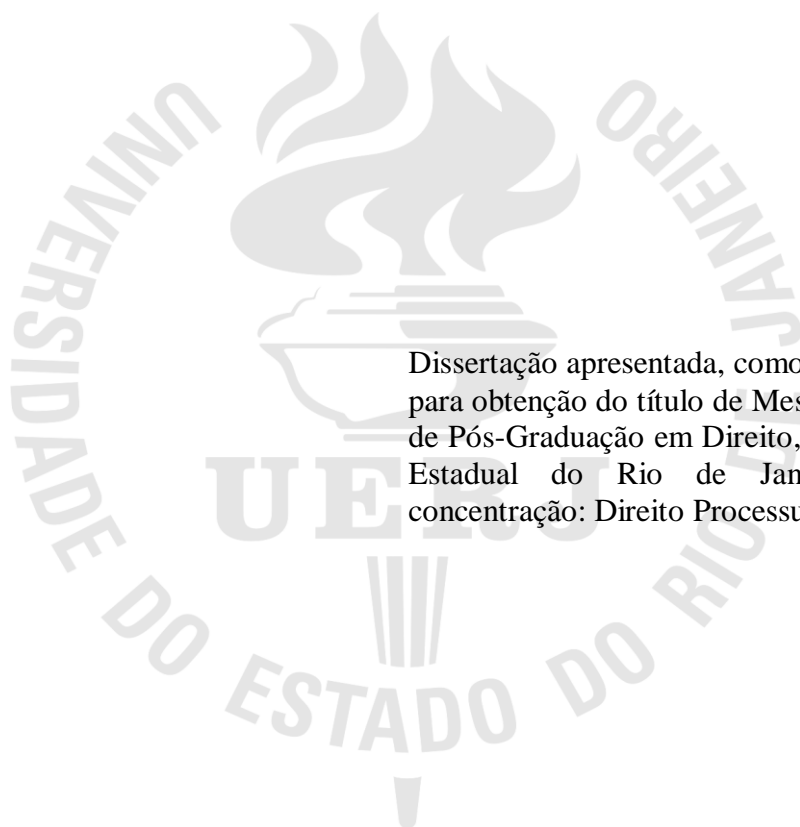
**Novos rumos da prova pericial**

Rio de Janeiro

2013

Paula Oliveira Bezerra de Menezes

**Novos rumos da prova pericial**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Greco

Rio de Janeiro

2013

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M543 Menezes, Paula Oliveira Bezerra de.

Novos rumos da prova pericial / Paula Oliveira Bezerra de Menezes. –  
2013.  
200 f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Greco.  
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1. Prova pericial -Teses. 2. Direito processual - Teses. 3.Prova (Direito) -  
Teses. I. Greco, Leonardo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.  
Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.94

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Paula Oliveira Bezerra de Menezes

### **Novos Rumos da Prova Pericial**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovado em 16 de agosto de 2013.

Banca examinadora:

---

Prof. Dr. Leonardo Greco (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes

Faculdade de Direito - UERJ

---

Profa. Dra. Clarissa Diniz Guedes

Universidade Federal de Juiz de Fora

Rio de Janeiro

2013

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todas as pessoas que me incentivaram a estudar e que me ensinaram tanta coisa ao longo de minha vida, em especial, aos meus pais, Angela e Guilherme, minha irmã, Priscila, aos meus professores, à Márcia Neri, ao meu avô, José Guilherme, que me apresentou o idioma inglês durante minha alfabetização, às minhas professoras de francês do colégio São Patrício, a minha amiga Nadine Schröder, que me fez aprender alemão e ao meu marido Ricardo Prado Schneider, cuja genialidade o tornou mestre e o fez transcender às mesquinhas mundanas.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Prof. Leonardo Greco pela orientação neste trabalho, pela paciência, por abrir as portas de sua biblioteca sem restrições, com a única ressalva de que os livros fossem devolvidos, por mostrar a seus alunos que a capacidade de aprendizagem é inesgotável e por estimulá-los a se superarem.

Ao Ricardo Prado Schneider pelo incentivo e preocupação com os recursos tecnológicos, para facilitar a vida dessa aprendiz da academia.

A minha *figliastra* Ana Clara Accioli por mostrar entender tão bem a minha ausência. Espero poder ensinar a ela tanto quanto ela me ensina diariamente.

À Marília Zaluar e Mauro Rebelo que têm semeado minha veia cientista.

À Fernanda Pantoja pelo incentivo ao mestrado.

À Valéria Vianna pelos exercícios que mantiveram minha saúde corporal e mental.

À Sanjukta Tolle, Imogen Wiseman, Claire McIvor por, respectivamente, indicar decisões interessantes no Canadá, abrir as portas da academia londrina, e pela palestra e artigos tão interessantes no ramo da Epidemiologia jurídica.

Aos amigos do Soerensen Garcia Advogados Associados que também pacientemente entenderam a minha ausência e pelo incentivo, sem o qual este trabalho não seria possível. Em especial agradeço ao Mario Soerensen Garcia e à Tânia Lima que ao longo desses 16 anos garantiram a minha formação profissional.

Aos amigos que fiz na UERJ, que tornaram o meu mestrado tão prazeroso.

Vem, vamos embora  
Que esperar não é saber  
Quem sabe faz a hora  
Não espera acontecer.

*Geraldo Vandré*

## RESUMO

MENEZES, Paula Oliveira Bezerra de. *Novos rumos da prova pericial*. 2013. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

A autora parte da premissa de que a prova pericial dá ensejo a equívocos e, por isso, sua produção deve ser rigorosamente controlada. A partir do enfoque histórico, a autora demonstra como a separação de questões de fato e de direito serve de instrumento ao controle judicial da prova pericial, que deve ser promovido desde a fase da admissibilidade a da valoração, sempre levando em consideração o debate real entre as partes. A autora dedicou grande parte da pesquisa ao estudo do direito probatório da *common law*, aos precedentes *Frye*, *Daubert*, *Joiner* e *Kumho*, bem como a outros casos marcantes, para fundamentar seu entendimento de que é tão importante o exame da admissibilidade da prova, como da sua valoração. O controle em todas as etapas da prova pericial, possível *de lege lata* no Brasil, visa à obtenção de prova idônea, sem a qual não é possível chegar a um resultado legítimo amparado em dados racionais.

Palavras-chave: Prova. Pericial. Perito. Admissibilidade. Controle. Confiabilidade. *Daubert*. Critérios. Epidemiologia legal.



## ABSTRACT

MENEZES, Paula Oliveira Bezerra de. *New paths on expert evidence*. 2013. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

The author understands that the expert evidence can give rise to judicial errors and thus, its production should be firmly controlled. Starting from a historical perspective the author shows how the separation of questions of fact and of law affect the procedures and can be used in support of the judicial control of expert evidence, which should be pursued since its admissibility through its evaluation, always considering the real debate between the parties. The author researched the Law of Evidence typical from the common law, the precedents Frye, Daubert, Joiner and Kumho, as well as other remarkable cases to ground its understanding for the relevance of the examination of the admissibility of the evidence and its proper evaluation. The control suggested, possible *de lege lata* in Brazil, aims at obtaining reliable proof. Without such reliable proof it is not possible to reach a legitimate result, based on rational data, in civil procedure court disputes.

Keywords: Evidence. Expert. Admissibility. Control. Reliability. Daubert. Standard. Legal epidemiology.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CPC	Código de Processo Civil
CPR	Civil Procedure Rules
FDA	Food and Drug Administration
FRE	Federal Rules of Evidence
INPI	Instituto Nacional da Propriedade Industrial
LPI	Lei da Propriedade Industrial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF	Tribunal Regional Federal

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 FATOS, DIREITO E PROVA .....	16
1.1 Fatos e direito.....	16
1.2 Individualização do fato .....	22
1.3 <i>Ad quæstionem facti respondent juratores; ad quæstionem juris respondent judices</i> .....	24
1.4 Efeitos da definição das questões de fato e de direito no direito brasileiro .....	29
1.5 Prova.....	36
2 O DIREITO PROBATÓRIO E SEU DESENVOLVIMENTO .....	43
2.1 Os primórdios dos métodos probatórios .....	44
2.1.1 <u>Antiguidade</u> .....	44
2.1.2 <u>As provas legais como superação às ordálias e a tradição racionalista</u> .....	47
2.2 O sistema probatório na <i>civil law</i> .....	51
2.3 O sistema probatório da <i>common law</i> .....	54
2.4 O desenvolvimento de regras específicas de admissibilidade de provas no sistema inglês.....	57
2.5 Teorias sobre admissibilidade das provas.....	59
2.5.1 <u>Best evidence rule</u> .....	59
2.5.2 <u>Teoria da relevância</u> .....	61
2.5.3 <u>Transformação e melhorias constatadas</u> .....	63
2.6 Reflexões sobre o sistema probatório no direito inglês e o processo de descobrimto dos fatos e da verdade .....	64

3	<b>A PROVA PERICIAL</b> .....	67
3.1	<b>Função e forma da prova pericial</b> .....	76
3.2	<b>Breve história da perícia</b> .....	78
3.3	<b>Prova pericial no Brasil</b> .....	81
3.4	<b>Força Probante do Laudo Pericial no Brasil</b> .....	86
3.5	<b>O caso <i>Daubert</i>, o que mudou em 20 anos?</b> .....	89
3.6	<b>O teste <i>Frye</i></b> .....	98
3.7	<b>O caso <i>Joiner</i></b> .....	100
3.8	<b>O caso <i>Kumho</i></b> .....	101
3.9	<b>Críticas aos precedentes emblemáticos americanos</b> .....	102
3.10	<b>Influência na doutrina</b> .....	107
4	<b>O PERITO</b> .....	110
4.1	<b>Função, dever e responsabilidades</b> .....	113
4.2	<b>Qualificação e confiança</b> .....	117
4.3	<b>Escolha do perito</b> .....	121
4.3.1	<u>O perito do juízo</u> .....	121
4.3.2	<u>O perito das partes</u> .....	127
4.3.3	<u>O perito escolhido mutuamente pelas partes</u> .....	130
4.4	<b>Os assessores</b> .....	135
5	<b>DEBATES ATUAIS</b> .....	138
5.1	<b>O direito probatório contemporâneo</b> .....	138
5.2	<b>A prova científica, técnica e especializada e suas falhas</b> .....	141
5.3	<b>A epidemiologia legal</b> .....	152
5.4	<b>Princípio da precaução</b> .....	157

6	<b>RECONHECIMENTO DE ERROS E MÉTODOS DE CONTROLE</b> .....	164
6.1	<b>A identificação de erros</b> .....	164
6.2	<b>Métodos de controle para redução de erros derivados da prova pericial</b> .....	167
6.2.1	<u>Teste de admissibilidade como instrumento de controle da produção da prova e sua relação com protocolos de conduta</u> .....	167
6.2.2	<u>Processos que mesclam mais as armas do sistema adversarial e inquisitório</u> .....	175
6.2.3	<u>Fundamentação mais inclusiva dos pontos debatidos pelas partes no exercício do contraditório</u> .....	177
6.2.4	<u>Outros mecanismos de controle</u> .....	178
6.3	<b>É possível o controle da prova pericial <i>de lege lata</i> no Brasil?</b> .....	179
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	183
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	188

## INTRODUÇÃO

A busca da verdade é condição para julgar bem. Uma solução justa repousa no bom conhecimento de fatos passados e pertinentes. Para esse fim o juiz dispõe de diversas ferramentas legais para melhorar o seu conhecimento, como a verificação pessoal, a inquirição de testemunhas, a obtenção de depoimento das partes, a admissão de prova pericial.

A prova pericial é um instrumento utilizado no direito, de busca da verdade sobre os fatos alegados no curso do processo, cujo entendimento depende de conhecimentos científicos, técnicos ou muito especializados que não estão ao alcance do juiz.

O desenvolvimento da tecnologia e a especialização do saber humano colocaram uma quantidade imensurável de conhecimento à disposição do homem, mas não necessariamente a informação obtida terá qualidade. Esses mesmos avanços podem dar causa a litígios mais complexos que dependem da produção de prova pericial, que só terá validade se confiável.

Espera-se que o juiz seja conhecedor da ciência jurídica, das leis e da aplicação do direito ao caso concreto. Quando seus conhecimentos não forem suficientes para a compreensão de fatos que demandem saber científico, técnico ou especializado, o juiz recorrerá a um especialista, que, utilizando de linguagem acessível, auxiliá-lo-á. Afinal, o jurisdicionado precisa da obtenção de provimento jurisdicional, independentemente de quão complexa seja a situação em que se encontram fundamentados os seus direitos.

Para solucionar a deficiência de saber científico, técnico ou especializado do julgador foi criada a figura do perito. Um auxiliar da justiça, sujeito presumidamente imparcial, no nosso ordenamento, que supre a falta de conhecimento do juiz nas áreas de saber específico. O perito, que detém a confiança do juiz, fornece o conhecimento de que ele precisa, para realizar a adequação fato-norma-consequência jurídica.

No entanto, na prática, o manejo da prova pericial pode dar azo a distorções e injustiças. Com base nos apontamentos da doutrina e da jurisprudência é possível sistematizar os problemas que giram em torno da produção da prova pericial, que abrangem desde a escolha do perito, sua qualificação e remuneração, passando pela delimitação do objeto da perícia e colheita do material a ser examinado; ao grau de confiabilidade que emana do laudo pericial e sua avaliação.

O objeto da presente pesquisa é a prova pericial. O seu objetivo é a identificação das falhas no sistema da prova pericial, a verificação dos motivos que levaram a doutrina a fazer a

distinção de questão de fato da de direito e a verificação de mecanismos de controle da qualidade dessa prova, disponíveis na legislação estrangeira e brasileira para a produção de um laudo pericial confiável.

A pesquisa teve origem a partir de um problema específico identificado na área da propriedade industrial em conflitos de marcas ou de concorrência desleal. A doutrina especializada entende que o exame pericial seria desnecessário e dispensável, porque a imitação ou reprodução da marca seriam conceitos jurídicos e essas visariam confundir o consumidor comum, que não detém conhecimentos técnicos especializados. Nessa linha, caberia ao juiz, na posição de consumidor, de conhecimentos medianos, decidir, com base no exame que ele mesmo conduziu, se uma marca reproduz ou imita outra, ensejando confusão ou associação indevidas na forma que a lei proíbe. No entanto, são diversos os exemplos de casos em que houve a produção da prova pericial, resultando em julgamentos equivocados. A dispensa da prova pericial nesses casos não deixa de ser um produto do exame de admissibilidade da prova.

A prova pericial por sua natureza é demorada e dispendiosa. Atento ao fato também de que facilmente a prova poderia ser empregada para fins protelatórios, o legislador previu limites para sua admissibilidade, concedendo poder ao juiz para controlar sua necessidade.

Como os países da *common law* se especializaram no tema da admissibilidade de provas, desde sua sistematização, e produziram material riquíssimo sobre o assunto, foi neles que se buscou entender porque o legislador deu tanta ênfase à limitação.

A prova pericial é problemática em todas as áreas do direito. A grande questão com os custos e com o dispêndio de tempo com a produção da prova é notória e não foi objeto específico da pesquisa. Optou-se por focar em outras questões problemáticas tais como a limitação do escopo da perícia, a escolha do perito, o método adequado a verificar a confiabilidade do laudo para fins de valoração racional, visando à obtenção de uma decisão de qualidade. O resultado da prova tem um peso grande, porque foi chancelado por um “*expert*”. Por isso, deduz-se que seja mais difícil de revertê-lo nos tribunais, o que inviabilizaria a revisão da decisão do juiz *a quo*.

A prova pericial pode servir de porta de entrada para estratégias processuais que tumultuam o processo, retardam seu normal andamento, além de contribuir para a elevação do seu custo e de prejudicar o acesso à justiça, porque a decisão do perito acaba se transformando em decisão de mérito, enquanto que um auxiliar da justiça não teria essa competência.

Assim foi percebido nos Estados Unidos e Inglaterra, que historicamente aderiram a um sistema do perito das partes, diferente do brasileiro, mas que apresenta problemas semelhantes, quando o tema é a usurpação de funções, qualificação do perito e credibilidade do laudo. Nesses países, foram implementados critérios rígidos de admissibilidade e de controle da prova visando a produção de um resultado confiável.

Os marcos teóricos consistem na fase do processo civil moderno, um processo garantista de resultados que almeja a justiça da decisão e a realização eficiente do direito material; bem como no caso *Daubert* nos Estados Unidos, que chamou a comunidade jurídica a debater a problemática da falta de controle de produção das provas periciais.

Fez-se análise das decisões judiciais, colhidas no ordenamento jurídico, que despertam a reflexão do leitor para a proposta que se faz.

Os estudos dos textos doutrinários produzidos no exterior, respectivas leis e decisões, são ilustrativos. Não houve intenção de produção de material de direito comparado, mas a apresentação do cenário, a exploração dos debates no mundo e a possível apresentação de um método de controle baseado em critérios racionais em comum, a assegurar o contraditório e a demonstração do enunciado fático proposto pelas partes, sempre levando em consideração a mais ampla efetividade e o menor custo possíveis na proteção concreta dos direitos dos cidadãos.

Apesar da crítica à prova pericial, não se pretendeu substituí-la por outra, mas se propõe o aperfeiçoamento do seu manejo. Para isso, é preciso conhecer bem os mecanismos que a lei em vigor já oferece para controlar cada uma das fases da perícia, de modo que ao final o resultado se aproxime ao máximo da verdade que se busca.

Por isso, estudaram-se os meios como os operadores do direito podem influir eficazmente no resultado da prova pericial.

O trabalho conta com seis capítulos. O primeiro trata dos fatos, do direito e da prova. Observa-se que o conceito de fato surgiu no direito, que, por sua vez, qualificou-o dando-lhe cunho jurídico a provocar certos efeitos conforme a vontade do legislador. A separação entre questão de fato e de direito aparece como ferramenta importante de controle da atividade judicial, principalmente levando em consideração o direito probatório.

O segundo capítulo mostra a história do direito probatório e as opções dos países da *common law* e da *civil law*, em que se constata que aquele tentou formular um método de verificação da confiabilidade da prova previamente ao seu exame, enquanto que este, após ter se sustentado na tortura, substituída pela liberdade total à produção de prova, vai pouco a



pouco percebendo que esta também produz abusos e requer limites. Em que pesem os caminhos diferentes trilhados pelos sistemas de *civil law* e *common law*, os dois hoje encontram um ponto de intersecção que reflete a tendência de usar a prova como ferramenta para a demonstração de fatos ou enunciados fáticos visando à obtenção da verdade.

O terceiro capítulo discorre sobre a prova pericial e sobre as novas reflexões proporcionadas pelo precedente *Daubert* nos Estados Unidos da América, que tentou estabelecer critérios objetivos para a admissibilidade da prova.

O quarto capítulo trata da figura do perito, responsável pelo laudo pericial, e de como suas atividades foram sendo controladas em diversos ordenamentos jurídicos. O homem dotado de maior consciência não aceita a imposição de decisões que não sejam justificadas. Entendido o mecanismo de controle voltado à racionalidade e obtenção de dados testáveis adotado nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, percorreu-se pelo direito Francês, Italiano e Espanhol para uma visão panorâmica do tratamento do tema prova pericial, sem que se deixasse de abordar o direito pátrio e seus mecanismos.

O quinto capítulo demonstra que a prova pericial assumiu grande importância no direito contemporâneo, mesmo tempo em que é diagnosticada como uma prova suscetível a várias falhas, desde a propositura à sua valoração.

No sexto capítulo tenta-se destacar todas as ferramentas criadas para o controle da prova pericial, que só é efetivo com um contraditório participativo forte e com o poder de direção do juiz, que deve usar, na medida certa, de uma dose de ceticismo ao lidar com a prova pericial.

Escolheu-se a disposição dos capítulos nessa ordem, porque gradativamente se evidencia que a prova é um tema multidisciplinar, capaz de substituir a retórica e a paixão por elementos racionais, exigidos pela sociedade contemporânea, seja da *common law* ou da *civil law*; que, no entanto, colhidos, formulados e analisados por homens também produzem erros, já mapeados, que clamam por controle efetivo, seja para sua prevenção ou retificação.

O tema, ao longo da pesquisa, mostrou-se muito mais amplo e relevante do que inicialmente imaginado e certamente demanda estudos mais profundos.

## 1 FATOS, DIREITO E PROVA

### 1.1 Fatos e direito

Barbara J. Shapiro<sup>1</sup> sugere que o conceito de “fato” tenha sido elaborado no seio do ambiente legal. Mais tarde o conceito foi incorporado em outros ramos do saber e enraizado, no fim do século XVII e início do século XVIII, na cultura inglesa de forma geral.

Michel Foucault<sup>2</sup> também aponta que o ambiente jurídico constituiu o nascedouro de modelos de processos investigatórios do fato para o descobrimento da verdade, que depois refletiu em diversas outras áreas do saber. Isso teria ocorrido, no entanto, na Grécia, quando se uniram os métodos de produção da verdade, temperados com a retórica e com a busca no testemunho do outro da reconstituição da verdade, através dos inquiridos, estes esquecidos por anos, tendo sido redescobertos na Idade Média.

O direito romano-canônico desenvolveu um sistema probatório complexo durante a Idade Média. As ordálias e outros métodos irracionais empregados como prova foram substituídos pela inquirição racional e crítica e a avaliação das provas passou a ser feita por um juiz profissional. A partir daí as testemunhas tiveram papel fundamental na racionalização do sistema probatório. Regras específicas foram criadas para garantir a credibilidade das testemunhas e para excluir aquelas incompetentes, tendenciosas ou, de alguma forma, interessadas na obtenção de certo resultado.

---

<sup>1</sup> SHAPIRO, Barbara J. *A culture of fact. England, 1550-1720*. Ithaca, N.Y and London: Cornell University Press, 2003. P. 8 e ss.

<sup>2</sup> FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, supervisão final do texto Léa Porto de Abreu Novaes...et al. 3<sup>a</sup> ed. 5<sup>a</sup> reimpressão. Rio de Janeiro. Editora Nau, 2011. P. 54 e ss.: “Esse direito de opor uma verdade sem poder a um poder sem verdade deu lugar a uma série de grandes formas culturais características da sociedade grega. Primeiramente, a elaboração do que se poderia chamar formas racionais da prova e da demonstração: como produzir a verdade, em que condições, que formas de observar, que regras aplicar. São elas, a Filosofia, os sistemas racionais, os sistemas científicos. Em segundo lugar e mantendo uma relação com as formas anteriores desenvolve-se a arte de persuadir, de convencer as pessoas da verdade do que se diz, de obter a vitória para a verdade, ou ainda, pela verdade. Tem-se aqui o problema da retórica grega. Em terceiro lugar há o desenvolvimento de um novo tipo de conhecimento: conhecimento por testemunho, por lembrança, por inquirido. Saber de inquirido que os historiadores, como Heródoto, pouco antes de Sófocles, os naturalistas, os botânicos, os geógrafos, os viajantes gregos vão desenvolver e Aristóteles vai totalizar e tornar enciclopédico. Houve na Grécia, portanto, uma espécie de revolução que, através de uma série de lutas e contestações políticas, resultou na elaboração de uma determinada forma de descoberta judiciária, jurídica da verdade. Esta constitui a matriz, o modelo a partir do qual uma série de outros saberes – filosóficos, retóricos e empíricos – puderam se desenvolver e caracterizar o pensamento grego. Muito curiosamente, a história do nascimento do inquirido, permaneceu esquecida e se perdeu, tendo sido retomada, sob outras formas, vários séculos mais tarde, na Idade Média”.(...)

A doutrina contesta que as ordálias, ou juízos de Deus, em que regras de origem mística ou divina constituíam verdades e tornavam o direito exteriorização de forças ocultas, tenham sido substituídas por métodos “racionais”, porque estes ditos métodos racionais, limitados à prova tarifada, com prévia estipulação de peso e valor, desenvolvidos pelo sistema romano-canônico, também não tinham origem lógica e seriam apenas um prolongamento da ordália com falsa aparência de racionalidade.

Marina Gascón Abellán<sup>3</sup> prefere aproximar as ordálias das provas tarifadas não pelo critério da irracionalidade, mas da formalidade. Para ela, tanto o método das ordálias, como das provas tarifadas, tinham em comum a formalidade exigida para a constituição de prova, mas estas não seriam absolutamente irracionais, porque o depoimento da testemunha ou a confissão seriam consequência de fatos e não decorreriam da vontade de forças misteriosas. O valor atribuído à prova teria um fundamento empírico. Não obstante, ambos os casos excluiriam ao seu ver a investigação e a livre valoração do juiz, substituindo-as por um juízo superior e infalível.

Pode-se afirmar que o sistema das provas legais não constitui um método que seja compreendido como racional ou razoável hoje, afinal, não se aceita mais a confissão obtida através da tortura, instrumento típico e pilar do sistema romano-canônico, como expressão da verdade absoluta, mas naquele contexto histórico ele foi fundamental na derrubada de uma ordem mística e para legitimar o poder na mão do homem, que ocupou o lugar de Deus, como será visto no capítulo 2 deste trabalho.

O sistema romano-canônico fazia a distinção entre fato e direito, corporificada no provérbio “dê-me os fatos, que eu te dou o direito”, encontrada em manuais de procedimento que foram desenvolvidos a partir do século XII.

“Fato” em direito implicava ação humana, ou eventos em que as pessoas participavam, como, por exemplo, o crime do qual o réu era acusado, que poderiam ser conhecidos, ainda que não observados diretamente na época do julgamento. Os fatos, provados por documentos escritos ou pelo depoimento de testemunhas, forneciam a base para o convencimento e o julgamento. Tipicamente, os fatos correspondiam a ações praticadas no passado.

A distinção de questão de fato da de direito, segundo Barbara J. Shapiro, é encontrada em todas as jurisdições que derivaram no todo ou em parte da *civil law*

---

<sup>3</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*. 3a. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010. P.13

desenvolvida na Itália e outras localidades no período medieval. Inclusive na própria *common law*, onde teve grande relevância.

O direito inglês se desenvolveu a partir dos julgamentos pelo tribunal do júri, tanto na área cível, como criminal. Isso serviu para modelar vários aspectos do procedimento legal e, por isso, tornou-se essencial separar institucionalmente as questões de fato das de direito<sup>4</sup>, ao contrário do que ocorreu na tradição romano-canônica na área cível. Lá a distinção deu origem à criação de um corpo técnico - os jurados (ou juízes leigos) - para avaliar as questões de fato. Estas, particularmente, tornavam-se conhecidas através dos depoimentos de testemunhas. O exame das questões de direito ficariam a cargo do juiz profissional.

A experiência em julgar fatos se tornou muito familiar para aquele grupo de pessoas comuns que compunham o júri. A experiência disseminada, a familiaridade com os institutos legais, a linguagem dos fatos e os métodos de sua descoberta acabaram por estimular todo um pensamento racional adequado àquela sociedade. Barbara Shapiro<sup>5</sup> explica que a familiaridade com o tribunal do júri e a confiança depositada nele fizeram dos “fatos” objetos tão versáteis, que foi fácil transportá-los a uma série de contextos extralegais.

Coincidência ou não foram os ingleses, representados por Francis Bacon (séc. XVI) e John Locke (séc. XVII), este em especial, que, através de seus estudos, elevaram o valor atribuído ao fato em si só .

Embora a origem da distinção de questão de fato da de direito no sistema inglês não seja muito clara, ela já era conhecida no século XVI. Nessa época, já se reconheciam os jurados como os juízes das questões de fato. Eram eles que determinavam se os fatos alegados poderiam ser considerados provados. Era de conhecimento geral que o ofício do júri era descobrir a verdade dos fatos e o do juiz de declarar *veritatem juris*.

O fato ou a questão de fato não eram considerados verdadeiros, a menos que houvesse provas satisfatórias a seu respeito.

---

<sup>4</sup> MUNDAY, Roderick. *Evidence*. 6th edition. New York: Oxford University Press, 2011. P. 21.

<sup>5</sup> SHAPIRO, Barbara J. *A culture of fact. England, 1550-1720*. Ithaca, N.Y and London: Cornell University Press, 2003. P. 10.

A separação de questões de fato e de direito pode ser clara na teoria, mas, na prática, não é tão nítida e nem sempre pode ser feita com precisão<sup>6</sup>. Eventualmente, os jurados exerciam também o papel de juízes profissionais, decidindo questões de direito.

Fato, segundo Thayer<sup>7</sup> e de acordo com os livros de direito de sua época, era uma palavra empregada com diversos significados. Os fatos poderiam expressar um ato de alguém; o ato de completar as formalidades de um documento; poderiam designar o que existe, em contraste com o que deveria existir; e, de forma mais ampla, indicariam coisas, eventos, ações, condições, acontecimentos e sua existência real. Neste caso, o fato consistiria em algo existente e verdadeiro, não limitado aquilo que é tangível ou visível. Coisas invisíveis, meros pensamentos, desejos, quando considerados existentes, ou verdadeiros, para Thayer, seriam concebíveis como fato. Em resumo o que distinguia um fato de não fato seria a sua existência. Se a questão não tratasse da existência do objeto ou de algo verdadeiro, não poderia ser considerado fato, porque o fato em si, para Thayer, era a verdade. Todas as questões sobre a verdade, existência ou realidade das coisas, para aquele autor, eram questões de fato.

Sob esse prisma, tudo poderia ser considerado questão de fato. Tudo o que fosse objeto de questionamento sobre sua existência real, seria uma questão de fato.

Os fatos relevantes no processo são aqueles controversos dos quais deriva uma consequência jurídica. Mas então que tipo de fato será tratado como questão de “direito”, que tem um significado próprio? O que se quer dizer com essa denominação?

Do ponto de vista legal, o que limita o significado dos fatos e dos seus efeitos é o direito.

Para Thayer<sup>8</sup> a questão de direito seria a regra, ou um padrão, que é dever do Tribunal Judicial aplicar e executar. Para ele, não seria questão de direito nada que não fosse uma regra

<sup>6</sup> Ver DENNIS, Ian H. *The law of evidence*. 4<sup>th</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 2010. P. 112. Ver MUNDAY, Roderick. *Evidence*. 6th edition. New York: Oxford University Press, 2011. P. 21: “*The law/ fact dichotomy is not always easy to operate. On the one hand, some matters of law are treated as though they were matters of fact. Thus, English law traditionally treats rules of foreign law not as questions of law for the judge but as matters of fact on which evidence must be called. Indeed, it was only in 1920 that in jury cases the task of determining questions of foreign law was taken by the Administration of Justice Act, s15. These matters are now decided by the judge alone, after hearing evidence. The rule regarding proof of foreign law does not admit of exceptions*”. Ver KEANE, Adrian; GRIFFITHS, James; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. 8th ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2010. P. 30. SHAPIRO, Barbara J. *A culture of fact*. England, 1550-1720. Ithaca, N.Y and London: Cornell University Press, 2003. P. 11.

<sup>7</sup> THAYER, James Bradley. *Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Reproduction from Harvard Law School Library. Boston: Little, Brown, and Company, 1898. P. 190. O autor, de Harvard, foi quem preparou a estrutura do direito moderno. TWINING, William. *Moving Beyond Law: Interdisciplinarity and the Study of Evidence*. In: DAWID, Philip; TWINING, William; VASILAKI, Mimi (Edts.). *Evidence, inference and enquiry*. Oxford: Published for the British Academy by Oxford University Press, 2011. P. 75.

<sup>8</sup> THAYER, James Bradley. *Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Reproduction from Harvard Law School Library. Boston: Little, Brown, and Company, 1898. P. 192

ou padrão que o Tribunal deva aplicar e executar. Questões que abrangem a existência de certa regra ou padrão, o conteúdo exato do significado dessa regra ou padrão, a definição dos termos e questões incidentais que envolvam a discussão sobre a conformidade com as regras e o modo como serão aplicados com os requisitos previstos em lei, podem ser, naturalmente, classificados, no todo, como questão de direito.

Nas palavras de Zuckermann apud Ian Dennis<sup>9</sup> a distinção do fato e do direito consiste em separar o que aconteceu das consequências legais geradas por aquilo que aconteceu.

No direito anglo-americano questões de fato incluem questões que envolvem a verificação da credibilidade das testemunhas, de que o ônus da prova foi satisfeito, do peso que se atribui às provas durante o processo, a dizer, a sua valoração, e, o mais importante, da confirmação de que os fatos aconteceram.

As questões de direito incluem aquelas relacionadas à lei que define os direitos, deveres, responsabilidade das partes, deveres e poderes do Tribunal, como, por exemplo, de admissibilidade de provas.

No sistema da *common law* é notável a preocupação na definição teórica do que é questão de fato e de direito. Em primeiro lugar, porque tradicionalmente o exame de cada uma dessas questões cabia a personagens diferentes, como visto acima, e em segundo por causa dos efeitos que o exame de cada uma gera. As questões de direito, por exemplo, poderiam constituir precedentes vinculantes a terceiros, enquanto que questões de fato não poderiam gerar efeitos vinculantes.

Hoje é notório o desaparecimento dos Tribunais do Júri na esfera cível na Inglaterra. Nesse caso, o juiz sozinho examina questões de fato e de direito. Mesmo assim, a separação entre estas e aquelas são importantes pelos efeitos que geram e, por isso, fundamentais para fins de recurso. Em tese os tribunais *ad quem* não hesitam em reformar decisões que envolvam questões de direito, se convencidos da sua aplicação errada, mas certamente a reforma de decisões sobre fatos é muito mais complexa<sup>10</sup>. Os tribunais *ad quem* evitam interferir nas questões de fato, porque entendem que o juiz de primeiro grau, que teve o contato direto com a colheita das provas, durante sua fase de produção, é a melhor pessoa para delas conhecer. No entanto, os tribunais podem rever inferências sobre os fatos provados.

---

<sup>9</sup> DENNIS, Ian H. *The law of evidence*. 4<sup>th</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 2010. P. 111 e ss.

<sup>10</sup> DENNIS, Ian H. *The law of evidence*. 4<sup>th</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 2010. P. 111 e ss.

Austin apud Thayer<sup>11</sup> criou uma outra categoria de questões que não diriam respeito nem aos fatos nem ao direito, mas sim questões de motivação, aplicação do direito ao fato, questões de método e de procedimento. Algumas questões de motivação seriam de responsabilidade dos jurados, porque decorreriam da conclusão do exame dos fatos submetidos a sua apreciação.

Apesar de ser essencial distinguir questões de fato das de direito na *common law*, na *civil law* essa separação também ganha relevo para fins de controle racional da atuação das personagens envolvidas no processo, em especial, da do perito, sujeito probatório essencial da prova pericial, objeto desta pesquisa<sup>12</sup>.

A fixação judicial dos fatos constitui uma atividade racional e fonte de conhecimento provável. Não se admite que o processo seja dominado por emoções, intuição ou força. Mesmo sabendo que a atividade racional não oferece certezas matemáticas<sup>13</sup>, a busca da verdade deve ser o horizonte que orienta o direito processual<sup>14</sup>.

A boa investigação do fato é o pilar do processo de qualidade<sup>15</sup>, que não parece ser o foco das recentes reformas processuais. Estas são mais orientadas ao que pode ser reduzido a índices quantitativos, porque podem ser medidos, como tempo e custos e não há método simples que meça qualidade.

<sup>11</sup> THAYER, James Bradley. *Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Reproduction from Harvard Law School Library. Boston: Little, Brown, and Company, 1898. P. 193

<sup>12</sup> FERRAND, Frédérique. *The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France*. In: TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo (Edts). *The reforms of civil procedure in comparative perspective: An international conference dedicated to Mauro Cappelletti, Florence, 12-13 December, 2003*. Torino: G. Giappichelli, 2005. P. 28-29. Aponta que na França o juiz pode apenas recorrer a um perito para esclarecer questão de fato que dê origem a um problema técnico. Lá a prova pericial é dividida por grau de dificuldade como constatação, consulta e a perícia em si, no sentido como a conhecemos no Brasil.

<sup>13</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*. 3a. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010. P. 46

<sup>14</sup> RANGEON, François. *Sociologie des Experts Judiciaires: nouveaux éclairages sur un milieu mal connu*. In: RUDE-ANTOINE, Edwige. *Le procès. Enjeu de droit, enjeu de vérité*. Paris: Presses universitaires de France, 2007. P. 337.

<sup>15</sup> CHASE, Oscar G. *Reflections on Civil Procedure Reform in the United States : What has been learned? What has been Accomplished?* In: TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo (edit.): *The reforms of civil procedure in comparative perspective: An international conference dedicated to Mauro Cappelletti, Florence, 12-13 December, 2003*. Torino: G. Giappichelli, 2005. P. 165: “All modern systems of adjudication depend on the application of a legal rule to a set of facts. It is puzzling, therefore, that so much of procedural reform literature is about cost and delay, and so little about improving accuracy”. Segundo o autor uma explicação reside na dificuldade de testar a acuidade do processo de investigação dos fatos. Na maioria das áreas das ciências exatas se testa a hipótese através de método científico, consistente em reproduzir experiências e testá-las. Como os eventos passados não podem ser reproduzidos, não há como saber se um julgamento reflete acuradamente a realidade. Não existem meios de testar a precisão do sistema processual. Não existe método científico válido que possa testar a hipótese de que o sistema processual produza dados acurados de ações passadas, que é na verdade a maior reivindicação que fazemos de nossos sistemas processuais. P. 167: “A successful reform therefore might be one that has improved productivity of courts and reduced litigant costs but has done so with an unmeasured loss or gain validity in fact finding”.

Dentro do possível, havendo empenho das personagens envolvidas no processo, a definição do fato será imprescindível para o método de controle da prova pericial desde a sua postulação a sua valoração.

Os fatos ou enunciados fáticos propostos pelas partes serão, como regra, o objeto da prova e seu detalhamento no processo orientará toda a atividade probatória, limitará os conhecimentos próprios que o juiz pode introduzir no processo, as atividades do perito e garantirá o efetivo exercício do contraditório. A função da prova será estabelecer a verdade<sup>16</sup> sobre os fatos conhecidos relevantes para a tomada de decisões.

## 1.2 Individualização do fato

Michele Taruffo<sup>17</sup> ensina que no processo não se demonstram fatos para satisfazer a exigências simplesmente de cunho cognitivo, mas para resolver controvérsias jurídicas sobre a existência de direitos. Ou seja, pretende-se demonstrar o fato na medida em que ele será o pressuposto para a aplicação da norma ao caso concreto.

Dáí intui-se que não é possível falar do fato na esfera legal, separando-o do direito, ou ignorando suas consequências jurídicas. Do problema da definição do fato resulta o problema das modalidades com as quais as normas jurídicas selecionam e determinam os fatos idôneos, para produzir consequências jurídicas. São muito distintas as formas em que as normas configuram suas próprias premissas de fato e não há nada mais discutível do que a ideia de que possa haver uma definição simples e unitária do que constitui um fato no âmbito do processo. Consequentemente, Taruffo alega que não pode haver uma definição simples e unitária do que representa o objeto da prova. Fato enquanto objeto de prova, segundo ele, é uma noção muito variável e problemática. No entanto, ele acredita que o objeto apropriado para prova é o fato objeto da decisão.

A definição dos fatos, portanto, é fundamental para a instrução probatória, cujo conjunto, ao final, será imprescindível para a aplicação da norma. Vale destacar que a situação fática pode ser decomposta, segundo Taruffo<sup>18</sup>, de acordo com características

---

<sup>16</sup> A pesquisa parte do pressuposto de que a motivação no processo civil seja alcançar uma verdade material, embora essa premissa seja considerada utopia ou caracterize um posicionamento ingênuo, segundo MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2a. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 36-37

<sup>17</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. 4ª. ed. Madrid: Trotta, 2011. P. 90 e ss

<sup>18</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. 4ª. ed. Madrid: Trotta, 2011. P.94



qualitativas e quantitativas, indefinidamente, o que tornaria impossível afirmar que para cada fato existe apenas uma descrição objetiva e apropriada.

Importante observar, no entanto, que o objeto da prova não será qualquer fato alegado pelas partes, mas aqueles relevantes e pertinentes. A prova de fatos impertinentes e não relacionados com a causa, deverá ser recusada pelo juiz, sob pena de desenvolvimento de atividade que não se presta à finalidade do processo<sup>19</sup>.

Para Taruffo determinar o fato no contexto da decisão significa essencialmente definir o fato concreto, ou histórico, a que se aplica a norma idônea para decidir o caso, ou estabelecer qual é o fato controvertido. Após, decidi-se qual é a norma que deve ser aplicada. Para ele as normas não individualizam o fato para mostrar que eles existem, mas sim para dizer que se um fato de certo tipo foi verificado, pode haver consequências jurídicas<sup>20</sup>.

Se para chegar a uma decisão é necessário estabelecer as premissas fáticas que vão se enquadrar na norma, é preciso conhecer quais fatos deram origem ao conflito.

O objeto desta pesquisa é a prova pericial. O que pode ser objeto de prova pericial? Quais são os limites da atuação do perito? Como controlar objetivamente a atividade dessa personagem estranha ao processo? Estas são algumas das perguntas que orientarão este trabalho. Por isso, reputou-se necessário definir o que é o fato, o que é o direito e o objeto da prova.

No direito brasileiro é importante separar as questões de fato das de direito, para que o público, as partes e tribunais *ad quem* possam controlar melhor as decisões judiciais, em especial, aquelas que apresentam como elemento de convicção a prova pericial.

O jurisdicionado busca no poder judiciário uma decisão de um técnico e especialista nas leis. É responsabilidade do Estado outorgar a função jurisdicional à pessoa capaz de exercê-la. Tal capacidade se verifica pela aplicação de exames de seleção com grau de dificuldade elevado para o ingresso na magistratura.

A partir do momento em que o jurisdicionado percebe que a decisão para o conflito apresentado por ele foi outorgada a um terceiro não investido dos poderes legítimos para tanto, especialmente, quando essa decisão trata de questão de direito, ele pode reivindicar dos tribunais a sua reforma.

---

<sup>19</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15ª. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 181

<sup>20</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. 4ª. ed. Madrid: Trotta, 2011. P.114

Parece que as chances de sucesso na reforma estarão diretamente relacionadas, entre outras possibilidades, especialmente, com a capacidade de a parte demonstrar que o não togado, por exemplo, adentrou no mérito que o legislador definiu como matéria de direito.

O conhecimento da teoria dos fatos e da sua distinção à matéria de direito é, então, muito importante para o método de controle racional testável para fins de correção de desvios que podem ocorrer no poder judiciário.

### 1.3 *Ad quaestionem facti respondent juratores; ad quaestionem juris respondent iudices*

O acesso à justiça pode ser discutido sob diversos aspectos. Um deles consiste no acerto das decisões, que dependem da análise correta dos fatos e da ótima aplicação da lei que regula os efeitos desses fatos.

Como ensina William Twining<sup>21</sup> a finalidade da adjudicação é a correta aplicação de leis em vigor ao material verdadeiro de prova que foi coletado. A lógica da justificação de decisões judiciais envolve a aplicação de princípios gerais de arazoamento prático. A decisão judicial é legítima, se e apenas se, ela é justificada com argumentos que satisfaçam ao requerimento moral de justiça formal, que determina que casos semelhantes devem ser resolvidos de forma semelhante. Dúvidas sobre a regra motivam questões de direito; dúvidas sobre os fatos, motivam questões de fato.

Alguns fatos são complexos, outros são provados através de documentos, outros descobertos através de depoimento de testemunhas, depoimento das partes, enfim os meios de provas são diversos.

A análise de fatos complexos é delegada à opinião de um perito. Alguns fatos ditos complexos tratam de verdadeira questão de direito. Nesse ponto reside a importância da distinção da dita questão de fato e da de direito.

A doutrina ensina que questões de direito devem ser exclusivamente decididas por juízes. No entanto, ao tentar aplicar a teoria à prática, percebe-se que a distinção de questões de fato das de direito não é trivial. Ao contrário, às vezes elas acabam sendo confundidas e o direito é decidido como fato.

---

<sup>21</sup> TWINING, William. *Rethinking evidence: Exploratory essays*. 2a. ed., New York: Cambridge University Press, 2006. P. 272-273

Para melhor lidar com essa classificação e compreendê-la, nada melhor do que traçar um panorama sobre o histórico do brocardo jurídico *ad quæstionem facti respondent juratores; ad quæstionem juris respondent iudices* e acompanhar seu desenvolvimento no curso da história.

Propõe-se neste trabalho que essa individualização seja usada como diretriz processual, para o controle da qualidade das decisões judiciais, no sentido de limitar o poder do perito e a outorga a este da decisão de mérito.

James Bradley Thayer com muita simplicidade falava sobre o costume de se delegar questões de fato para a decisão do júri e as questões de normas e direito aos juízes, mas ele se perguntava em que o familiar brocardo latim ajudava a discriminar o que seria a questão de fato e a de direito<sup>22</sup>.

Ele formulou várias perguntas e foi em busca de respostas. Por que a criação de júris? Algumas das respostas, segundo Thayer, podiam ser deduzidas da leitura de depoimentos do passado devidamente arquivadas em arquivos públicos. Os oficiais ao intimar o cidadão para depoimento, deveriam fazê-lo contra aquele que melhor poderia dizer e diria a verdade. O veredito seria o pronunciamento da verdade. Quando a questão controversa entre as partes era uma questão de fato, os jurados eram chamados para estabelecer a *rei veritas*, ou o fato. Mas a verdade sobre o que? Tudo poderia ser questionado. As inquirições iam desde a quem estava em posse de alguma coisa, a quem havia colocado um selo numa carta e assim por diante.

Conforme Thayer<sup>23</sup> os Tribunais sempre enfrentaram questões de fato e muitas delas ficaram de fora dos registros oficiais. O júri foi uma criação posterior e tinha sua atuação bem limitada, enquanto os Tribunais com sua múltipla função sempre exerceu a atividade de reconhecer a verdade nas controvérsias levantadas pelas partes. Em outras palavras o que Thayer quer dizer é que nem na época dele, e nem anteriormente, jamais os Tribunais deixaram a cargo dos júris todas as questões de fato. O júri podia decidir apenas algumas questões de fato.

O brocardo, segundo Thayer, aparentemente tomou força na Inglaterra no século XVI. No entanto, a fórmula nunca foi destinada a ser empregada de forma absoluta. Seria limitada a questões de fato com as quais o júri pudesse ser envolvido, mas não questões incidentais que surgiam entre as partes e perante o tribunal e durante os julgamentos. O brocardo não deveria

---

<sup>22</sup> THAYER, James Bradley. *Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Reproduction from Harvard Law School Library. Boston: Little, Brown, and Company, 1898. P. 183.

<sup>23</sup> THAYER, James Bradley. *Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Reproduction from Harvard Law School Library. Boston: Little, Brown, and Company, 1898. P. 185.

se relacionar a questões de prova, mas apenas a uma classe limitada de questões de fato, em discussão pelas partes e que fossem de compreensão fundamental.

Daí Thayer se pergunta em que extensão o brocardo poderia ser considerado verdadeiro. Segundo o autor a máxima poderia ser considerada verdadeira 1) como regra geral adotada na *common law* de submissão das questões de fato aos jurados; 2) no sentido de limitar a atuação dos jurados às questões de fato; 3) no sentido de alertar os jurados de que eles não tinham qualquer poder sobre questões de direito, que seriam exclusivamente resolvidas pelo juízo.

Nessas questões a lei inglesa sempre foi muito mais avançada do que o sistema romano.

Os romanos não distinguiam a retórica da lógica, não faziam questão de argumentar baseados em fatos concretos, após estudo minucioso de determinado assunto. Eles apelavam para os sentimentos e paixão nas cortes. Conforme William Forsyth<sup>24</sup> os homens do juízo eram muito mais jurados do que juízes, suscetíveis a qualquer tipo de falácia, cuja atuação, se presenciada em tribunal inglês, seria ridicularizada<sup>25</sup>.

Forsyth afirma que a negligência da distinção de matérias que deveriam ser separadamente endereçadas ao júri e ao juiz foi um dos piores defeitos presentes no processo na antiguidade.

A máxima do direito inglês *ad questionem facti respondent juratores; ad questionem juris respondent iudices* não era conhecida nos tribunais gregos, ou romanos. Para Forsyth o conhecimento da máxima era vantajosa por separar bem os limites de atuação dos jurados e dos juízes.

A diferente natureza das questões de fato e de direito também exige método próprio de raciocínio. Enquanto que questão de fato requer mera inteligência natural e um julgamento imparcial, as questões de direito exigem tipo de conhecimento que só se obtém por estudos e leitura específicos.

<sup>24</sup> FORSYTH, William. *The history of lawyers: ancient and modern*. Clark, New Jersey, 2010. Originalmente publicado: Boston: Estes & Lauriat, 1875. P. 87 e ss.

<sup>25</sup> Curioso notar que William Forsyth, na mesma obra citada, à p. 95, faz questão de frisar as diferenças entre o advogado romano e o inglês. Aquele se pertencesse apenas à classe daqueles que confiavam no seu poder de oratória e que negligenciavam o estudo do direito, não se preparava previamente para lidar com questão de direito. Ele não se submetia a estudo difícil para se tornar um mestre de princípios legais e familiar com autoridades legais, mas confiava em informação vinda de terceiros mediante o aparecimento de alguma emergência. O inglês se devotaria aos estudos por anos, compareceria aos encontros de associações especializadas, estaria presente regularmente nos tribunais, preparar-se-ia tecnicamente para estar pronto para cada demanda que surgisse. Forsyth critica bem o uso da oratória com artifícios ligados ao emprego da paixão e sentimentos como forma de convencimento em detrimento da racionalidade.

Por outro lado, Damaška chama atenção para um paradoxo relativo à exclusão de provas. Ele comenta que os advogados tomam o maior cuidado para excluir provas que possam induzir os jurados em erro, principalmente, se as provas tendem a influenciar o emocional dos jurados. No entanto, encerrada a instrução probatória, os advogados recebem permissão para concluir sua argumentação e nesse fechamento costumam apelar tanto para a argumentação lógica como sentimental e no fim das contas fica difícil de saber se a deliberação final foi de algum modo contaminada pelos apelos emocionais. In: DAMAŠKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Haven & London: Yale University Press, 1997. P. 41 – anotação de pé de página.

Apesar disso, Forsyth já vislumbrava que seria muito mais seguro confiar o julgamento do fato para aquele que julga questões de direito, que teve treinamento legal e que foi disciplinado pelos estudos da lei, como acontece na *civil law* no processo civil, na forma como o processo civil da *common law* tem aos poucos sido moldado, com a extinção de tribunais de júri em ações cíveis.

Na mesma linha entende Twining<sup>26</sup> séculos depois. Segundo ele quando um único tribunal é responsável por avaliar as questões de fato, de direito e as sanções cabíveis, pode haver melhor ponderação do que seria uma boa decisão para resolver o conflito em análise, uma opção que não está geralmente disponível quando as decisões estão divididas entre um juiz e um júri.

Destaca-se, no entanto, remetendo novamente à lição de Thayer<sup>27</sup>, que a motivação é parte do procedimento e essencialmente está presente em tudo o que diz respeito ao direito. Assim como o procedimento e o método de julgamento distinguem as questões de fato e de direito, cuja averiguação lhes são próprios, devemos separá-los do processo de formação da conclusão, ou convicção.

Tanto os juízes como os jurados, cada um nos limites da sua competência, devem conduzir um processo com justificativas das conclusões a que chegaram. Cabe destacar que Mirjan Damaška<sup>28</sup> critica o direito anglo-americano atual e informa que o júri, quando formado, delibera de forma reservada e secreta, e entrega decisão enigmática, sem oferecer qualquer luz sobre porque ele decidiu de um jeito e não de outro. Segundo ele um veredito típico não divulga que fatos basearam a decisão, a não ser que os jurados sejam submetidos a interrogatórios para tanto.

Damaška aponta que esse tipo de julgamento sofre de déficit de legitimidade, porque se espera das pessoas que exercem autoridade em uma democracia, que apresentem razões para as decisões que tomam, ou para o que fazem.

Talvez isso seja compreensível tendo em vista, como aponta Twining<sup>29</sup>, que o interesse na motivação sobre questões de fato na adjudicação sempre foi irregular.

---

<sup>26</sup> TWINING, William. *Rethinking evidence: Exploratory essays*. 2a. ed., New York: Cambridge University Press, 2006. P. 277.

<sup>27</sup> THAYER, James Bradley. *Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Reproduction from Harvard Law School Library. Boston: Little, Brown, and Company, 1898. P. 193 e ss.

<sup>28</sup> DAMAŠKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Haven & London: Yale University Press, 1997. P. 41 e ss

<sup>29</sup> TWINING, William. *Rethinking evidence: Exploratory essays*. 2a. ed., New York: Cambridge University Press, 2006. P. 276.

A participação dos jurados nos julgamentos não ocorreu porque os juízes precisavam deles para ajudar no quesito motivação, mas simplesmente para relatar fatos, a *rei veritas*. Originalmente, inclusive, integravam o corpo do júri pessoas que conheciam pessoalmente os fatos relevantes tratados nos processos. Com o aumento da população nos grandes centros essa função do conhecimento pessoal se perdeu. Os jurados não são mais aqueles integrantes das comunidades que conheciam as partes e os fatos do processo.

Se os jurados erram sobre a análise dos fatos, inevitavelmente haverá um julgamento errôneo.

São variadas as hipóteses em que um júri pode errar na avaliação das provas, mas a possibilidade de erro fica bem clara e é potencialmente maior quando o júri, composto de pessoas comuns, recebe o encargo de decidir sobre as provas periciais produzidas.

Por isso, nos países da *common law* existe uma preocupação muito acentuada em não se permitir que os jurados tenham acesso a provas que não sejam confiáveis, justamente, para evitar que sejam induzidos a erro de julgamento sobre os fatos postos em juízo.

Nos países de *civil law* que prezam pelo sistema de livre produção de provas, desde que não proibidas em lei, não há a mesma preocupação, porque o juiz, profissional e decidindo sozinho sobre questões de fato e de direito, seria apto a separar o “joio do trigo”, ou seja, inferir adequadamente sobre todo o material produzido e investigado.

Quando se trata de prova pericial, no entanto, em que os peritos são chamados a auxiliar o juízo, porque são homens dotados de capacidades específicas, que não estão ao alcance do homem comum, incluindo-se aqui o magistrado, percebe-se que o magistrado inevitavelmente adquire um *status* no ramo do saber equivalente ao dos jurados. Não se teme afirmar que diante da prova pericial o juiz, na *civil law*, por mais qualificado que seja, estará suscetível a um julgamento errado, dependendo do rumo que a prova pericial tome. Daí a importância de previamente limitar o objeto da prova pericial e competências, e a concessão ampla às partes e juízo de colocar em questionamento o método usado pelo perito, a sua aceitação na área investigada, para que ao final o laudo possa ser racionalmente avaliado.

Os peritos são chamados para relatar a verdade sobre questões de fato complexas. Eles julgam e declaram sua conclusão sobre uma questão de fato. Sua declaração não é em teoria hierarquicamente superior a de uma testemunha, cuja função é meramente auxiliar o juízo, e não gera, de forma alguma, o efeito de vincular a decisão do juiz.

No entanto, se levarmos em consideração que o juiz de primeiro grau esteve próximo das partes, viu e ouviu as testemunhas e estava numa posição que lhe proporcionava ter uma impressão geral e muito melhor do conteúdo probatório; e uma possível resistência dos tribunais *ad quem* de

interferir no julgamento de questão de fato complexo, percebe-se quão danosa pode ser uma prova pericial mal feita, tendente a limitar o acesso da parte prejudicada à reforma daquela decisão.

Apesar de a distinção entre questão de fato e de direito ficar em segundo plano na *civil law*, por dispor de um juiz profissional capacitado a julgá-las, ela produz uma série de efeitos e se mostra um instrumento fundamental para o controle da prova pericial, do perito e do rumo do processo, como se verá a seguir.

#### 1.4 Efeitos da definição das questões de fato e de direito no direito brasileiro

O art. 330 do Código de Processo Civil estabelece que o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença, I) quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; e II) quando ocorrer a revelia.

O chamado julgamento antecipado da lide, que produzirá sentença definitiva, é uma das três hipóteses de julgamento conforme o estado do processo, ao lado da sentença terminativa, por ocorrência de um vício insanável, ou por não ter o autor regularizado um vício apontado pelo juiz; e da hipótese em que o juiz profere o despacho saneador<sup>30</sup>.

O julgamento conforme o estado do processo, na sua forma antecipada, inovação no código de 1973, foi apontado por Vicente Greco Filho<sup>31</sup> como importante ferramenta para a simplificação de atos, para dar celeridade ao processo, evitando-se o seu prolongamento desnecessário, sem, no entanto, sacrificar a defesa das partes ou os fins do processo.

A separação das questões de fato das de direito tem então um sentido técnico relevante no nosso sistema processual. Tendo o juiz verificado que a questão de mérito é de direito, está apto a julgar a lide com rapidez, evitando atos desnecessários e dilação probatória inútil e impertinente para a solução do conflito.

Ainda, se não houver divergência entre as partes sobre os fatos alegados restará ao juiz sua apreciação e a aplicação direito.

---

<sup>30</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 72.

<sup>31</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Brasileiro*. Vol. 2. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 160 “Sob este aspecto, o Código de 1973, posto que, como toda obra humana, sujeito a reparos em alguns pontos, representou um grande avanço, especialmente no que se refere à preocupação de simplificação, eliminação de atos, formas ou termos inúteis. Sem sacrificar a defesa das partes ou os fins do processo, atribuiu-se, especialmente pelo instituto do julgamento conforme o estado do processo, o instrumental necessário para que se impedisse o protraimento desnecessário de causas que, em virtude do vício formal ou por estarem totalmente instruídas, não justificam a realização da audiência, revelada, *in casu*, inútil”.

Essa alternativa garante ao juiz a possibilidade de promover um julgamento célere, eficaz e menos dispendioso para as partes. Nessa hipótese, a estrutura do procedimento ordinário sofre notável abreviação, conforme destacou José Carlos Barbosa Moreira<sup>32</sup>, já que a fase decisória insere-se naquela que geralmente seria destinada ao saneamento do feito. A fase instrutória é suprimida. As hipóteses de julgamento antecipado são taxativas e sua aplicação é obrigatória<sup>33</sup>.

Curiosa é questão específica no direito brasileiro, típica no ramo da propriedade industrial, em se tratando de reprodução ou imitação de marcas ou conjunto-imagem, com aspectos de concorrência desleal e parasitária. Há uma tendência de ora se entender que a análise da imitação, ou reprodução de marca ou outros signos distintivos não tradicionais, envolve matéria de direito, implicando o julgamento antecipado da lide, com base nas provas produzidas e juntadas, respectivamente, com inicial e contestação, e, eventualmente em réplica, e na manifestação sobre a réplica; ora de se permitir extensa dilação probatória, inclusive com a submissão da questão a peritos<sup>34</sup>.

As marcas são sinais distintivos visualmente perceptíveis, que basicamente se prestam a distinguir um serviço ou produto de outros idênticos, semelhantes ou afins, de origem diversa. Esses sinais poderão ser registrados desde que não compreendidos nas proibições legais.

O direito ao uso exclusivo da marca se adquire pelo registro válido, após exame de mérito pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), art. 129 da Lei da Propriedade Industrial (LPI, 9.279/96), que regula a forma de aquisição das marcas e prevê as circunstâncias em que um sinal não poderá ser registrado. Entre essas possibilidades de proibição, o legislador previu a reprodução, ou imitação de marca anteriormente registrada para assinalar produtos ou serviços iguais, semelhantes ou afins, suscetíveis de causar confusão ou associação com marca alheia<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro. Exposição sistemática do procedimento*. 29<sup>a</sup> ed. Rev. atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2012. P. 86.

<sup>33</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro. Exposição sistemática do procedimento*. 29<sup>a</sup> ed. Rev. atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2012. P. 95.

<sup>34</sup> Possivelmente, por influência de matéria penal a que a Lei da Propriedade Industrial (LPI - 9.279/96) recorre em casos de crime contra a propriedade imaterial, que deixem vestígio, cuja queixa ou denúncia não será recebida se não instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito (art. 525 CPP) e à previsão do art. 201 da LPI “na diligência de busca e apreensão, em crime contra patente que tenha por objeto a invenção de processo, o oficial do juízo será acompanhado por perito, que verificará, preliminarmente, a existência do ilícito, podendo o juiz ordenar a apreensão de produtos obtidos pelo contrafator com o emprego do processo patentado”.

<sup>35</sup> Lei 9.279/96. Art. 124, inciso XIX, “Não são registráveis como marca: (...) reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia”. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em 03/03/2011.



O conceito de reprodução e de imitação é extraído da doutrina<sup>36</sup>, das diretrizes de análise de marcas do Instituto Nacional da Propriedade Industrial<sup>37</sup>, e reconhecido nas decisões judiciais. Tal

<sup>36</sup> “A reprodução da marca é cópia servil, idêntica, sem disfarces. Reproduzir é copiar. Se a marca levada a registro é igual a outra anteriormente registrada e em vigor, o registro não poderá ser concedido. Esse é o sentido da lei.” (GAMA CERQUEIRA, João da. *Tratado da Propriedade Industrial*. 2ª. Ed. Rev. Atualizada por Luiz Gonzaga do Rio Verde, João Casimiro Costa Neto. Vol. 2, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982. P. 909). “No caso de marcas compostas de vários elementos, a questão pode oferecer maior dificuldade, quando apenas uma parte da marca é reproduzida. Tratando-se da parte essencial ou característica da marca, isso é suficiente para impedir o registro, pois a lei proíbe expressamente tanto a reprodução integral como a reprodução parcial. Não importa que à parte característica reproduzida se acrescentem outros elementos, que tornem a marca diferente da anterior; prevalece a reprodução parcial como impedimento do registro, não se devendo cogitar da semelhança do conjunto.” (GAMA CERQUEIRA, João da. *Tratado da Propriedade Industrial*. 2ª. Ed. Rev. Atualizada por Luiz Gonzaga do Rio Verde, João Casimiro Costa Neto. Vol. 2, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982. P. 910). “O Código proíbe o registro de marca que constitua reprodução no todo ou em parte ou com acréscimo de marca alheia anteriormente registrada. Tratando-se de reprodução de marca, não seria necessário dizer “com acréscimo” pois é óbvio que qualquer elemento a ela acrescido não exclui a reprodução.” (GAMA CERQUEIRA, João da. *Tratado da Propriedade Industrial*. 2ª. Ed. Rev. Atualizada por Luiz Gonzaga do Rio Verde, João Casimiro Costa Neto. Vol. 2, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982. P. 908 e 909). “Completando estas noções, devemos observar que, nos casos de reprodução, a questão da possibilidade de confusão é indiferente, como decorre da lei. O que se deve verificar é, exclusivamente, se a marca se destina a produto idêntico ou semelhante, ou pertencente ao mesmo gênero de comércio ou indústria ou a gênero afim. É indiferente indagar também se o pretendente ao registro age de boa ou má fé, porque a lei, nesta parte, não trata do delito de reprodução, mas simplesmente das causas que impedem o registro. Desde que a marca reproduza outra anteriormente registrada, o registro deve ser recusado.” (GAMA CERQUEIRA, João da. *Tratado da Propriedade Industrial*. 2ª. Ed. Rev. Atualizada por Luiz Gonzaga do Rio Verde, João Casimiro Costa Neto. Vol. 2, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982. P. 910/911). “Se houve reprodução, não se precisa imaginar se há, ou não, possibilidade de erro ou confusão. Quem reproduz necessariamente põe o ilícito no lugar do lícito. Por isso mesmo se inclui em marca a registrar-se a que foi registrada, ainda como um dos muitos elementos, nem se tem de apurar se pode, ou não, ocorrer erro ou confusão, nem se houve intenção ou se não houve.” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Vol. XVII. Direito das Coisas: Propriedade mobiliária (bens incorpóreos). Propriedade industrial (sinais distintivos). Rio de Janeiro: Ed. Borsoi. 1956. P. 42). “A imitação pode assumir as mais variadas formas, sendo tarefa impossível indicá-las todas. (...)” Nos casos de imitação o confrator “procura dar à nova marca aspecto semelhante, capaz de criar confusão com a marca legítima, mas precavidamente introduz elementos diferentes, às vezes bastante sensíveis, os quais, sem prejudicar a impressão de conjunto da marca, possam servir para a sua defesa, no caso de processo ou impugnação do registro. (...) Para desmascará-la há que possuir alguma argúcia, uma sensibilidade especial, uma intuição particular capaz de descobrir o que se acha oculto através daquilo que propositadamente se ostenta. As marcas imitadas, pode-se dizer, distinguem-se das legítimas pelo que mostram e com elas se assemelham pelo que escondem.” (GAMA CERQUEIRA, João da. *Tratado da Propriedade Industrial*. 2ª. Ed. Rev. Atualizada por Luiz Gonzaga do Rio Verde, João Casimiro Costa Neto. Vol. 2, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982. P. 915 e 916). “Tratando-se de marcas nominativas ou emblemáticas, a dificuldade de se reconhecer a imitação é menor: o emprego de palavra de grafia ou pronúncia semelhante, o uso de emblema pouco diverso, pode revelá-la à primeira vista. Crescem, entretanto, as dificuldades quando se trata de marcas mais ou menos complexas, compostas de vários elementos, ornatos, etc., como são geralmente os rótulos e as etiquetas. Nesses casos, é o aspecto de conjunto das duas marcas que se deve levar em conta, predominando a impressão visual do observador.” (GAMA CERQUEIRA, João da. *Tratado da Propriedade Industrial*. 2ª. Ed. Rev. Atualizada por Luiz Gonzaga do Rio Verde, João Casimiro Costa Neto. Vol. 2, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982. Ps. 916 e 917). “Nas marcas mistas, compostas de denominações e figuras, ora imita-se a parte nominativa, dando-se aparência diversa ao conjunto, ora imita-se a parte figurativa, caracterizando-se a marca com denominação diferente. No primeiro caso, o contrafator argumentará com o aspecto de conjunto das marcas para demonstrar a impossibilidade de confusão, malgrado a semelhança da denominação; no segundo, apelará para diversidade das denominações, que seria suficiente para impedir qualquer confusão. O consumidor, porém, corre sempre o risco de ser ludibriado e induzido em erro, ou porque, iludido pela semelhança do nome, não atenta para a diferença do conjunto, ou porque, enganado pela aparência da marca, não fixa a atenção na denominação, às vezes habilmente dissimulada.” (GAMA CERQUEIRA, João da. *Tratado da Propriedade Industrial*. 2ª. Ed. Rev. Atualizada por Luiz Gonzaga do Rio Verde, João Casimiro Costa Neto. Vol. 2, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982. P. 917). “Distingue-se da reprodução a imitação, porque, neste caso, não há cópia servil da marca registrada, mas apenas semelhança capaz de criar confusão prejudicial ao titular da marca anterior e aos próprios consumidores. A identidade caracteriza a reprodução; a semelhança caracteriza a imitação. Embora não sejam raros os pedidos de registro de marcas idênticas a outras já registradas para os mesmos ou para produtos semelhantes, os casos de imitação são mais frequentes. O delito da reprodução, entretanto, raramente se verifica na

conceito é sempre analisado também face à suscetibilidade de confusão e de associação indevidas com marca alheia anterior. Note-se que o legislador optou por palavras como “suscetível” de causar confusão ou associação. Isso significa, que não há necessidade de comprovação da confusão ou da associação, basta um mínimo<sup>38</sup> de probabilidade de associação para afastar a coexistência entre a marca em exame e aquela já registrada, ou estabelecida no mercado.

---

prática, sendo muito mais comum o de imitação. O contrafator sempre procura artifícios que encubram ou disfarcem o ato delituoso. Não copia servilmente a marca alheia, empregando marca semelhante, que com ela se confunda, a fim de iludir o consumidor.” (GAMA CERQUEIRA, João da. Tratado da Propriedade Industrial. 2ª. Ed. Rev. Atualizada por Luiz Gonzaga do Rio Verde, João Casimiro Costa Neto. Vol. 2, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982. 914). “O simples fato do contrafator ter requerido para si, perante o órgão competente, o pedido de registro da marca reproduzida ou imitada demonstra cabalmente a intenção que o mesmo tinha em usá-la e, portanto, tal fato deverá também ser punido.” (in “Tratado da Propriedade Industrial, José Carlos Tinoco Soares, vol. III, 1ª edição, ed. Resenha Tributária, pág. 1430).

<sup>37</sup> “Imitação: a semelhança gráfica, fonética, visual e/ou ideológica em relação a uma marca anterior de terceiro, suscetível de causar confusão ou associação com aquela marca alheia, seja quanto ao próprio produto ou serviço, seja com relação à sua origem ou procedência. O conceito de imitação refere-se ao sinal que: tenta reproduzir o estilo, a maneira, o modelo ou a ideia invocada por marca alheia. A caracterização da imitação abrange, portanto, toda aproximação gráfica, fonética e/ou ideológica da marca pleiteada com relação à anterioridade de terceiro, podendo ser confundida ou associada por semelhança com essa última. Exemplos de Imitação: Cavalinho Azul para roupas infantis. X Cavalinho Blue ou Cavalo Azulado ou Kavallo Azulado para assinalar roupas. Joly para assinalar laticínios. X Jolli ou Jolie para assinalar iogurte. Meu Mandacaru para assinalar vestuário. X Mandakkaru para assinalar calçados. Reprodução no todo: cópia integral ou identidade fiel de marca anterior alheia. Exemplos: Jogo do Amor x Jogo do Amor. Reprodução em parte: cópia ou identidade parcial de marca anterior alheia, ou a reprodução total da sua parte fonética. Plin Bost x Bost. Reprodução com acréscimo: a reprodução, na íntegra, de marca anterior alheia no bojo do sinal registrando. Lizon x Tout lizon. Marca alheia registrada: o sinal protegido via registro, cuja instância administrativa concessória se tenha exaurido. Produtos ou serviços idênticos: aqueles compreendidos na mesma espécie. Exemplos: Camisa (manga curta) X Camisa (executiva) Saia (curta) X Saia (longa). Produtos semelhantes ou afins: aqueles que, embora de espécies distintas, guardam, uns com os outros, certa relação, seja em função do gênero a que pertencem, seja em razão das suas finalidades/destino ou, ainda, das novas tecnologias. Exemplos: Hortaliças e cereais (semelhança em relação ao gênero); roupa esportiva x raquete (afinidade em razão do destino); máquinas x reparo de máquinas (afinidade em razão da finalidade específica). Para a aplicação desta norma do inciso XIX do art. 124 da LPI, algumas diretrizes serão observadas, consecutivamente: a) O exame da colidência restringir-se-á ao princípio da especialidade, pelo qual verificar-se-á a existência ou não de identidade, semelhança ou afinidade de produtos ou serviços; b) Estabelecido que há identidade, semelhança ou afinidade de produtos ou serviços, proceder-se-á à análise dos sinais, a fim de se verificar a existência ou não de imitação ou reprodução total, em parte ou com acréscimo; c) Configurada a colidência por imitação ou reprodução de qualquer natureza, examinar-se-á a possibilidade de os fatos anteriormente constatados serem suscetíveis de causar confusão (incapacidade de reconhecer diferenças ou distinções) ou associação (estabelecimento de correspondência) com a marca anterior, caso em que deverá ser observado, cumulativamente: As características dos produtos ou serviços (tecnologia empregada, especificidade do serviço, comportamento de mercado)”. Disponível em <[http://www.inpi.gov.br/images/stories/downloads/marcas/pdf/inpi-marcas\\_diretrizes\\_de\\_analise\\_de\\_marcas\\_versao\\_2012-12-11.pdf](http://www.inpi.gov.br/images/stories/downloads/marcas/pdf/inpi-marcas_diretrizes_de_analise_de_marcas_versao_2012-12-11.pdf)>. Acesso em 20/05/2013.

<sup>38</sup> Veja: “Pretende a embargante fazer prevalecer o voto divergente, o que não é admissível em embargos declaratórios (art. 535, I e II, do CPC). Ainda que se cogite de uma suposta falta de transparência quanto a um dos motivos do voto vencedor, o fato é que a embargante coloca a discussão para que prevaleça o convencimento que espelhe a interpretação que lhe favoreça, qual seja, a de que a semelhança entre os produtos não é suficiente para causar confusão no consumidor de remédios. Vale mencionar que o voto condutor deixou claro que caberia rejeitar, por ausência de convencimento, a tese sustentada pelo expert, no sentido de que somente um grau de coincidência avaliado em 70% ou mais, poderia induzir a erro o consumidor, quando, em verdade, um único fator semelhante poderá causar confusão”. Embargos de Declaração nº 9144206-13.2007.8.26.0000/50001, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é embargante/embargado Boehringer Ingelheim do Brasil Química e Farmacêutica Ltda, Boehringer Ingelheim KG e Boehringer Ingelheim Pharma GMBH e CO KG, é embargado/embargante Ems S/A. Acordam, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. Des. Relator Enio Zuliani. DJE 21/01/2013.

Não obstante, é corriqueiro observar que em alguns casos de conflitos desse gênero, requer-se a produção de prova pericial, que ora será deferida, ora rejeitada<sup>39</sup>.

De acordo com a análise sistemática da Lei 9.279/96 qualquer mera possibilidade de associação da marca mais recente com a marca alheia anterior deve ser suficiente para reprimir a coexistência dos sinais em discussão. A análise será visual, fonética ou gráfica, conforme o caso, de acordo com a impressão causada pelos conjuntos marcários em exame, delimitados pelas partes.

---

“O consumidor não é técnico em propriedade industrial guiando-se por meio da marca para eleger e adquirir produtos em que confia. Daí é possível inferir que, na avaliação de eventual conflito marcário, importa menos saber se as marcas são iguais, semelhantes ou se estão inseridas na mesma classe, e mais se são passíveis de induzir o consumidor em erro ou confusão quando da escolha e aquisição do bem almejado ou contratação do serviço prestado. No caso, a autora possui direito exclusivo da marca ‘Tribbos’ desde 1989, cujo registro no INPI garante-lhe o uso até maio de 2019. Tanto a autora quanto as rés atuam no ramo de comércio de roupas, sapatos e acessórios, sendo visível a confundibilidade entre os signos que as distinguem: ‘Tribbos’ e ‘Tribo’. Efetivamente, o objeto social das Apelantes enquadra-se na mesma classe daquela a qual foi conferida a proteção de exclusividade à Apelada, sendo grande a possibilidade de gerar confusão entre os consumidores que podem ser levados a adquirir produtos de uma das empresas imaginando ter associação com a marca da titular. Desta forma conclui-se no sentido de haver colidência entre as marcas das Apelantes e àquela registrada pela Apelada, hábil, por si só, a provocar erro relevante no mercado de consumo”. 9a. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0080431-77.2004.8.19.0001 Apelante: Tn Itupeva Com. de Calçados Ltda. Me. e outros. Apelado: Anexo Many Malhas Ltda. Des. Relator Rogério de Oliveira Souza. Negado provimento por unanimidade ao recurso. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em <www.tjrj.jus.br>. Acesso em 26/03/2013.

<sup>39</sup> “Cuida-se de Agravo de Instrumento objetivando a reforma da decisão agravada que indeferiu a produção de prova pericial técnica com o fim de demonstrar a ausência de imitação em seus produtos dos elementos distintivos componentes da embalagem dos produtos das agravadas, bem como a diluição dos elementos componentes de tal embalagem no mercado de bebidas refrigerantes. Verifica-se que a decisão agravada entendeu pela desnecessidade da realização da prova pericial, sob o fundamento de não ser a controvérsia de alta indagação, podendo ser facilmente dirimida à luz da farta documentação existente no feito. E razão assiste a Magistrada *a quo*. Indiscutivelmente a legislação processual prevê como únicas hipóteses para a produção de perícia técnica os casos em que a matéria em discussão nos autos depender de conhecimento técnico ou científico do Magistrado. (...) Com efeito, tem-se que o ponto nodal do litígio não requer qualquer conhecimento técnico, tampouco científico do Magistrado, uma vez que a questão envolvendo a possibilidade, ou não, de o consumidor médio se confundir ou associar os produtos das partes, pode facilmente ser apreciada pelo julgador, pois suscita o exame dos fatos e argumentos colacionados pelas partes, além da farta documentação acostada aos autos. Consequentemente, com amparo no princípio do livre convencimento, estatuído no artigo 131 do Diploma Processual, e no posicionamento mais moderno da jurisprudência especializada em propriedade industrial, a decisão agravada deve ser mantida, revogando-se a antecipação de tutela recursal concedida em fls. 1325/6”. Agravo de Instrumento nº 0048226-17.2012.8.19.0000. Agravante: Amazon Flavors Concentrados e Corantes para Bebidas Ltda. Agravados: Coca-Cola Industrias Ltda. e outro. Negado provimento ao recurso por unanimidade. Des. Relator Camilo Ribeiro Rulière. 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em <www.tjrj.jus.br>. Acesso em 26/03/2013

Como visto em outros trabalhos<sup>40</sup>, defende-se que a prova pericial deva ser rejeitada em casos de imitação ou de reprodução de marca ou de conjunto-imagem (este também designado de *trade-dress*). Nesse mesmo sentido tem entendido a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2<sup>a</sup>. Região, que conta com turmas especializadas em propriedade industrial<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> MENEZES, Paula Bezerra de. *Perícia em Conflitos de Marcas e Trade-Dress: Transferência da Decisão de Mérito para um Terceiro não Togado?* Revista da ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. No. 103. Nov/Dez. 2009. P. 46-50. MENEZES, Paula Bezerra de. *O papel dos operadores do direito na produção da prova pericial visando à obtenção da verdade.* Revista Eletrônica de Direito Processual. Ano 5. Vol. VIII. Jul. Dez. 2011. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 01/01/2013.

<sup>41</sup> “A despeito das alegações das autoras, comungo com o entendimento do Magistrado *a quo* quanto ao fato de ser desnecessária a produção da prova pericial técnica para o deslinde da causa, ante as demais provas existentes nos autos, suficientes para a solução das questões apresentadas. Ademais, como observado no parecer ministerial de fls. 771/776, “*não foram trazidas embalagens originais que viabilizassem uma possível perícia técnica, havendo apenas imagens digitalizadas, inócuas ao confronto mediante perícia.* Assim sendo, não identificando o alegado cerceamento de defesa. , nego provimento ao agravo retido de fls. 591/598.” Apelação Cível. Processo: 2007.51.01.813050-5. 1<sup>a</sup>. Turma Especializada. Juiz Federal Convocado Marcello Ferreira de Souza Granado. Negado Provimento por unanimidade. Decisão de 29/03/2011. Publicada em 26/04/2011 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2<sup>a</sup> REGIÃO. Disponível em <www.trf2.jus.br>. Acesso em 36/03/2013

“Preliminarmente, quanto ao agravo retido interposto da decisão que indeferiu a prova pericial requerida pelo apelante, razão não lhe assiste, uma vez que não é meio pertinente ou apropriado à solução da controvérsia. A situação de mercado que com ela se quer demonstrar – a possibilidade de confusão para os consumidores –, é questão de fato já caracterizada pela prova documental produzida, que foi entendida pelo magistrado, segundo o seu íntimo convencimento motivado, como suficiente para a solução da causa. Demais disso, o perito não tem procuração do povo para firmar e dizer, tecnicamente, o que pensa o povo, o consumidor. Também deve ser dito que a questão aqui versada é eminentemente de direito, já que respeitante à legalidade de atos administrativos, a partir de critérios estabelecidos na Lei 9.279-96”. Apelação Cível. Processo: 200751018055751. Apelante: Carvajal S.A. Apelado: Bic Brasil S.A. e Instituto Nacional da Propriedade Industrial. 2a. Turma Especializada. Des. André Fontes. Por unanimidade, negado provimento ao Agravo Retido, e, por maioria, negado provimento à Apelação e à Remessa Necessária, nos termos do voto do Des. Fed. Messod Azulay Neto. Decisão 29/06/2010. Publicação 24/08/2010”. www.trf2.gov.br .

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, em sua obra “Prova”, no capítulo dedicado à prova pericial, destacam que a prova técnica será rejeitada em tema de marca, porque os conceitos de imitação, reprodução e confusão são considerados jurídicos<sup>42</sup>.

O leitor poderia insistir: Se o conflito envolve imitação de marca, há de haver um fato a ser apurado. Qual seria essa existência de alguma coisa, a ser verificada, sob a ótica de Thayer? Entende-se que a existência dos signos distintivos, ou a sua iminência, seja o fato a ser provado e isso pode se dar através de fotos dos produtos comercializados no mercado, anúncios, informações obtidas nos *sites* comerciais que as empresas mantenham etc.

---

“No caso em questão, o Juízo *a quo* revogou o item 2 da decisão de fl. 316 dos autos principais, que manteve o deferimento do pedido da 2ª Ré, ora Agravante, de produção de prova pericial, por entender que, em se tratando de pedido de anulação de registro de marcas, “não há necessidade de produção de prova pericial formulado pela parte”. Ressaltou, ainda, que a “alegada confusão, ou não, pelo público consumidor deve ser comprovada pelas partes por meio de prova documental” (fl. 109). A controvérsia foi bem solucionada pelo il. Membro do Ministério Público Federal, razão pela qual aproveito para transcrever o fundamento de seu parecer, que adoto como razões para decidir (fls. 224-225): Versa a presente hipótese sobre necessidade de realização de prova pericial com vistas à averiguação de existência de conflito entre a marca “Open Card” — titularizada pelo Agravante — e a marca “OpenCard”, anteriormente depositada pelo Agravado. A perícia é meio de prova oneroso e causador de retardo procedimental, tendo cabimento quando o fato a ser esclarecido envolver questões que não possam ser verificadas sem o conhecimento técnico que somente um expert pode atestar. Nos termos do parágrafo único do artigo 420 do CPC, o juiz indeferirá a perícia quando: I - a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico; II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas; III - a verificação for impraticável. Na hipótese em exame, o indeferimento da realização de perícia não caracteriza cerceamento de defesa, na medida em que os demais documentos juntados pelas partes possibilitam a formação do convencimento do julgador sem necessidade de elaboração de laudo pericial. Trata-se, com efeito, de discussão exclusivamente de matéria de direito, pertinente à interpretação do inciso XIX, do artigo 124, da Lei de Propriedade Industrial, que dispõe não ser registrável como marca a “reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia”. Com efeito, a produção da prova pericial, tal como requerida pela Agravante, não se faz necessária, ante os documentos juntados pelos litigantes e o fato de se tratar de discussão de matéria de direito, dependendo o deslinde da controvérsia de formulação de juízo de valor por parte do magistrado, e não de um técnico. Além disso, não há indicação, nos autos deste agravo de instrumento, de eventual questão técnica que somente poderia ser esclarecida por um expert. (...) Contudo, em estando pronto o recurso para julgamento, observa-se que o magistrado agiu com cautela e de modo escorreito, inclusive abrindo prazo para as partes poderem fornecer prova documental suplementar. Assim, realmente, no estágio do processo, e levando em conta os pontos controvertidos da lide, não se fazia necessária a produção de prova pericial, razão pela qual deve ser mantida a decisão agravada, com a revogação da decisão de fls. 118-120. Processo: 2007.02.01.014600-5. Agravante: Tec e Tel Tec. E Tele.Comercial Ltda. Agravado: HSBC Bank Brasil S/A Banco Múltiplo e Instituto Nacional da Propriedade Industrial. 1ª Turma do TRF - 2ª Regiã. Juiz Federal Convocado Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Negado provimento, por unanimidade, ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator. Data do Julgamento: 08/04/2008. DJU 09/05/2008. [www.trf2.gov.br](http://www.trf2.gov.br).

<sup>42</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2a. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 795: “A prova pericial deve ser produzida quando a demonstração do fato depender de conhecimento especial de técnico (art. 420, parágrafo único, I, CPC). Disse, por exemplo, o Tribunal de São Paulo que, ‘em tema de marca de indústria e comércio, sendo jurídicos os conceitos de imitação, reprodução ou confusão, de todo inútil a realização de perícia se a contrafação é facilmente perceptível e não depende, portanto, de conhecimento técnico especial, aplicando-se o disposto no art. 420, parágrafo único, do CPC’”. Ver o mesmo comentário em verbete do art. 420:7 “Sendo jurídicos os conceitos de imitação, reprodução ou confusão de marca de indústria e comércio, é desnecessária a realização de perícia para a sua verificação (RT 625/67)”. In: NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. Da. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 44ª Ed. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 504.

Na ótica de Thayer a questão de direito é o conteúdo da lei da propriedade industrial, que será aplicado pelo juiz a partir da cognição do que será provado, possivelmente, através de documentos. Em resumo, o fato relevante a compor uma eventual decisão judicial é a comercialização dos produtos do autor e do réu lado a lado no mercado com as marcas conflitantes, a partir do que será apreciado se há ou não a imitação ou reprodução proibidas por lei.

Considerando-se o conceito de imitação ou de reprodução matéria de direito, a produção de prova pericial poderia ser considerada abusiva nesses casos<sup>43</sup>.

Um outro efeito da distinção da matéria de fato da de direito, é que, se entendida como matéria de direito, tem o juiz o poder de consultar doutrina relevante para o esclarecimento eventual de dúvidas sobre o tema.

Na prática, essa questão não é trivial a dizer pelas inúmeras decisões que determinam a produção de prova pericial nessa matéria, o que comprova que nem sempre as questões de direito e de fato são distinguíveis facilmente.

Não obstante, a distinção é crucial para o desenvolvimento do processo. A uma porque pode abreviá-lo, evitando-se o dispêndio de tempo e dinheiro em questões que caibam tão somente ao juiz examinar.

Em segundo plano, porque, eventualmente, deferida a produção de prova pericial, não poderá o perito se manifestar de forma alguma sobre questão de direito, nessa hipótese.

## 1.5 Prova

Nas palavras de Vicente Greco Filho<sup>44</sup> “a prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de algum fato a alguém” e sua finalidade também seria o convencimento do juiz, a quem a prova se destinaria.

Moacyr Amaral Santos<sup>45</sup> entendia que a prova teria a finalidade de convencer o juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos sobre que versa a lide, sendo os fatos objeto da prova.

Leonardo Greco<sup>46</sup> destaca que a palavra prova é utilizada no meio jurídico em vários sentidos, entre os quais seriam os principais os usos como meio, como atividade e como resultado.

---

<sup>43</sup> De fato, TAPPER cita que na África do Sul foi considerado abuso processual produzir prova pericial para opinar sobre questão de direito. In: TAPPER, Colin. *Cross and Tapper on evidence*. 12<sup>th</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. P. 174

<sup>44</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Brasileiro*. Vol. 2. 15<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. P.179.

<sup>45</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 27<sup>a</sup>. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 377.

A prova como meio seria a oferta de possibilidade de construção de um raciocínio lógico para motivar a conclusão com base nos fatos no processo. Como atividade a prova constituiria a colheita de elementos de convicção para o processo e estaria associada a uma busca pela verdade processual. Na concepção da prova como resultado a prova passa a ser um fenômeno humano, utilizado pelo conhecimento em todas as áreas do saber e não um fenômeno exclusivo do processo judicial.

A prova como resultado é o que Greco denomina de concepção metajurídica, em que se defende que a prova não é de exclusividade do jurista, mas sim instrumento de apuração da verdade comum a todo conhecimento humano e a todas as áreas do saber, apresentando natureza demonstrativa e não meramente persuasiva. Daí a prova ser um objeto multidisciplinar, que não serve somente à convicção do juízo, mas das próprias partes.

Para Marina Gascón Abellán, que adota o mesmo entendimento de Greco, o uso do termo de forma variada, tanto pela doutrina como jurisprudência, cria um verdadeiro “caos terminológico”, onde reinaria a incoerência. Ela propõe então o uso de uma terminologia que se adeque ao marco de cognição em que a verdade é um resultado empírico. Assim, ela optou por usar “meios de prova” como instrumento, que permitem fazer conhecer os fatos que devem ser provados (o depoimento de testemunhas, os documentos, o laudo pericial etc.); “procedimento probatório” a atividade intelectual, que através dos meios de prova consegue perceber e reconhecer a verificação do fato e, por fim, a prova como o resultado do trabalho cognitivo, a prova expressa da demonstração do fato ou do enunciado fático que o descreve<sup>47</sup>.

Ainda para essa autora<sup>48</sup> “afirmar que um enunciado fático está provado, o que constitui uma prova, significa que foi verificado, que sua verdade foi comprovada, de maneira que a expressão ‘provar um fato’ não é mais que uma elipse, uma forma de dizer provar a hipótese de que os fatos aconteceram” (tradução livre).

Em inglês a palavra também tem diversos significados, dependendo do contexto, e, inclusive, pode remeter a todo o sistema probatório inglês, o que Twining<sup>49</sup> critica, porque se tratam de duas questões diferentes, a “lei das evidências” e a “evidência em direito”. Para ele “*Evidence*”

---

<sup>46</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 84-85.

<sup>47</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*. 3a. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010. P. 78

<sup>48</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*. 3a. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010. P. 76: “Afirmar que um enunciado fático está provado, o que constituye una prueba, significa que ha sido verificado, que su verdad ha sido comprobada; de manera que la expresión “probar un hecho” no es más que una elipsis, una forma de decir “probar la hipótesis de que los hechos han sucedido”.

<sup>49</sup> TWINING, William. *Rethinking evidence: Exploratory essays*. 2a. ed., New York: Cambridge University Press, 2006. P. 438.

seria uma palavra usada no contexto da argumentação do tipo “A” evidencia “B”, em que a informação pode ser uma evidência relevante se tender a dar base, ou a negar, direta ou indiretamente, a hipótese, ou tema probando. A pessoa faz inferências sobre a evidência para provar ou negar a hipótese, o tema probando ou qualquer outra proposição que integre um argumento. Na metáfora de Twining a ferramenta de trabalho é o argumento, o processo a prova e o motor que move tudo isso a inferência racional extraída da informação<sup>50</sup>. A informação liga os dados à hipótese ou tema probando através da inferência racional.

Pode-se dizer que a prova é um suporte técnico que permite que se aceite uma afirmativa como verdadeira, ou falsa, e é com base nessa informação que a decisão será proferida.

A prova como elemento de apuração da verdade está presente na vida de todos diariamente e a capacidade de inferir sobre a informação apresentada, auxilia o expectador a entender a realidade e processá-la racionalmente.

Por isso, para que seres racionais aceitem as decisões judiciais, ou ao menos as compreendam, o processo justo demandará um juiz com senso crítico mais apurado, que não se deixe convencer por uma “verdade conveniente”, mas que demonstre a verdade alcançada e suas consequências legais, principalmente, apontando para as partes, porque sua pretensão foi ou não aceita.

A regulamentação jurídica da prova varia de acordo com os diversos ordenamentos, como diz Michele Taruffo<sup>51</sup>, e essas variações ficam muito claras quando comparamos os sistemas da *civil law* e da *common law*, este com regras que integram sua “*law of evidence*” e aquele com o denominado sistema de “livre produção” de prova, sujeito a críticas, já que essa produção não é livre e sofre limites. Em todo caso, para fins práticos, adota-se a mesma nomenclatura usada pela doutrina e compreendida com suas limitações pelos estudiosos no assunto.

O sistema da livre produção de provas é aquele em que, salvo a existência de normas específicas que regulem a apresentação da prova, a prova é de produção livre, ou seja, todo e qualquer elemento relevante, de acordo com o senso comum e racional, pode ser apresentado como evidência para provar um fato. As partes, portanto, têm a liberdade de produzir a prova que entendam relevante, têm o direito de defender-se provando, e ao juiz cabe definir os fatos provados com base na valoração racional das provas apresentadas em juízo.

---

<sup>50</sup> TWINING, William. *Rethinking evidence: Exploratory essays*. 2a. ed., New York: Cambridge University Press, 2006. P. 438-441

<sup>51</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. 4ª. ed. Madrid: Trotta, 2011. P. 357



Na mesma linha defendida acima, Taruffo<sup>52</sup> alerta que o princípio da livre produção de provas não pode ser absoluto, porque deve ser ponderado levando em consideração outros princípios e valores, através de normas que integram a regulamentação jurídica da prova. Para esse estudioso, a “*law of evidence*”, típico da *common law* não contradiz e não exclui radicalmente o princípio da livre produção de prova, apenas o limita e cria critérios jurídicos, que são sobrepostos a critérios do senso comum e da racionalidade. É exatamente o que Twining afirma<sup>53</sup>.

Tem-se então que no sistema regido pela *law of evidence*, provas relevantes, que seriam admissíveis de acordo com o senso comum, excepcionalmente, não serão admitidas em juízo para preservar um bem maior, que seria a obtenção de uma decisão justa, sem erro de valoração.

No entanto, esse não é um fenômeno que se dá exclusivamente no sistema da *common law*, na verdade, ele pode ocorrer nos sistemas de *civil law*, para a preservação de bens de maior valor. Mirjan Damaška<sup>54</sup> confirma que embora as regras de exclusão sejam marcantes na *common law*, as regras que rejeitam provas por valores, afastando o ideal de busca da verdade, não estão limitadas à justiça anglo-americana.

Ao se estudar os diversos sistemas probatórios é possível verificar que parte relevante deles inclui regras de exclusão de evidências, que seriam admissíveis para provar determinado fato de acordo com o senso comum. Ademais, as regras que definem como a prova deve ser apresentada deixam clara a sua função limitadora<sup>55</sup>.

O princípio da livre produção de provas pode ser limitado por imposição do legislador, o que faz a afirmativa acima de Michele Taruffo verdadeira e aplicável no sistema brasileiro.

O direito pátrio consagrou o princípio da livre produção de prova. A Constituição Federal de 1988 assegura a ampla defesa<sup>56</sup> (art. 5º., inciso LV, CF) e o Código de Processo Civil expressamente prevê que todos os meios de prova serão aceitos desde que idôneos, ou moralmente aceitos (art. 332 do CPC)<sup>57</sup>. Essa liberdade, repita-se, não é absoluta.

---

<sup>52</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. 4ª. ed. Madrid: Trotta, 2011. P. 358

<sup>53</sup> TWINING, William. *Rethinking evidence: Exploratory essays*. 2a. ed., New York: Cambridge University Press, 2006. P. 441

<sup>54</sup> DAMAŠKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Haven & London: Yale University Press, 1997. P. 12-13: “*Rules rejecting probative information for the sake of values unrelated to the pursuit of truth are clearly not limited to the world of Anglo-American justice. (...) Rules prohibiting the use of illegally obtained evidence are also not limited to common law countries*”.

<sup>55</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. 4ª. ed. Madrid: Trotta, 2011. P. 358

<sup>56</sup> CF 1988, art. 5, inciso LV – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>57</sup> CPC. Art. 332. “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Moacyr Amaral Santos enfatizava a moralidade nos meios de prova: “na prova judiciária, os meios precisam ser juridicamente idôneos. Por outras palavras, a prova dos fatos em juízo faz-se por meios pelo direito considerados idôneos”<sup>58</sup>.

Para Leonardo Greco<sup>59</sup> a falta de previsão legal para fins de produção de prova não é um limitador. As partes poderão requerer e produzir qualquer tipo de prova para demonstrar os fatos aduzidos em juízo, mesmo que ela não esteja incluída no rol dos meios de provas estabelecidos em lei. Em suma, o que a lei não proíbe ou quando ela não exige forma determinada, à parte será permitido usar de qualquer meio de prova, exceto se ferir a dignidade humana, os direitos fundamentais ou algum outro direito que deva prevalecer para manter um valor humano relevante.

As limitações formais ao princípio da livre produção de prova estão não só caracterizadas pela própria excludente no art. 332 do CPC supracitado, que impede a apreciação da prova que seja produzida por meios não legítimos, como no art. 5º, inciso LVI, da Constituição, que proíbe a produção de prova ilícita (admitidas exceções)<sup>60</sup> e em diversos artigos do CPC que prevêm formas para produção da prova ou até mesmo dispensam a sua apresentação<sup>61</sup>.

Não obstante, as partes não têm apenas de lidar com a liberdade e a limitação impostas no texto cru da lei, mas também com um outro fator que é a limitação de caráter subjetivo imposta à livre produção da prova. Afinal, ao juízo foi concedido o poder de recusar a apresentação de provas que lhe sejam inúteis, ou que tenham caráter meramente

---

<sup>58</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 27ª. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 372.

<sup>59</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 101.

<sup>60</sup> CF 88, art. 5, LVI – “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

<sup>61</sup> CPC. Art. 366. Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta. Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Sobre fatos notórios é relevante a lição de GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 100: “*Importante assentar que a conceituação de um fato notório está relacionada à consciência de determinada comunidade num certo período de tempo, em determinado local. Assim, o fato notório não é aquele que o juiz conhece, mas o que todos conhecem dentro de determinado grupo social, ao qual as partes e o próprio juiz devem estar integrados. A coletividade em questão pode ser uma coletividade universal, a coletividade de um país, a coletividade de determinada comunidade religiosa etc. Nesse ponto, cabe ressaltar que não se pode afirmar que os fatos notórios deixam de ser objeto de prova; simplesmente, aqueles que o alegam estão beneficiados por uma presunção de veracidade que decorre da sua notoriedade, mas a parte contra a qual eles são alegados pode produzir provas para demonstrar a sua inexistência.*”

protelatório (art. 130 do CPC)<sup>62</sup>. Ademais, existem as limitações objetivas, porque as partes desconhecem a verdade ou o próprio fato que investigam; técnicas, porque as partes não têm acesso a técnicos capacitados que expliquem os fatos colocados em juízo; científicas, porque o fato pode ser objeto de controvérsia no meio científico; econômicas, porque as partes não podem arcar com o pagamento de profissionais que expliquem o fato e sua causa em juízo etc.

Os poderes concedidos ao juiz expressam a tendência moderna de reforço dos seus poderes de direção e impulso. Segundo Cândido Rangel Dinamarco: “No processo civil moderno a tendência é reforçar os poderes do juiz, dando relativo curso aos fundamentos do processo inquisitivo. Ele tem o dever não só de franquear a participação dos litigantes, mas também de atuar ele próprio segundo os cânones do princípio do contraditório, em clima de ativismo judicial”<sup>63</sup>.

Trata-se de um sistema que deve preservar o equilíbrio processual e seu bom andamento, sem deixar de manter em vista o controle e a correção de desvios. Como um sistema livre de produção de provas é capaz de gerar abusos, o legislador prevê formas de contê-los.

Observa-se que a boa doutrina aborda a preocupação em evitar o uso da prova atípica de forma abusiva<sup>64</sup>, devido à linha tênue entre ela e a prova ilícita, mas parece que o legislador também teve a preocupação de evitar o uso abusivo, inclusive dos meios

---

<sup>62</sup> CPC Art.130. “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. O mesmo acontece na França. GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique; CHAINAIS, Cécile. *Procédure civile*. 2<sup>me</sup>. ed. Paris: Dalloz. 2011. P. 425 (...) En matière judiciaire, la preuve est un élément indispensable du procès civil. (...) le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles, art 10 cpc. (...) les textes reconnaissent au juge des larges pouvoirs d'initiative, dont les magistrats n'hésitent pas à faire usage. GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure civile: Droit interne et droit de l'Union européenne*. 31<sup>e</sup> ed. Paris: Dalloz, 2012. P. 449, 450. O juiz é ativo e pode empregar todos os esforços legais em busca da verdade. Tanto o juiz pode pedir a produção de provas visando esclarecer suas dúvidas, como pode recusá-las se aparentemente inúteis ou supérfluas, vide arts 143, 144 c/c art. 20 do CPC francês. O ordenamento italiano é no mesmo sentido. Ademais, o juiz pode nomear de ofício um ou mais consultores quando for necessário, conforme previsto no art. 61 do Codice di Procedura Civile. Disponível em <http://www.altalex.com/index.php?idnot=33724>. Acesso em 13/01/2013. O juiz tem poder discricionário, mas não significa que sua escolha possa ser arbitrária. Ele precisará expor a razão porque entende ser necessário o auxílio do consultor.

<sup>63</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed., rev. e atual. I. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2009. P. 238, 239

<sup>64</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2<sup>a</sup> ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 101: “O artigo 332 do Código de Processo Civil brasileiro vigente integra ao sistema probatório todos os meios de prova. (...) É certo que essa concepção não está isenta de riscos, pois o uso indiscriminado de provas atípicas, sem qualquer disciplina legal, pode tornar-se instrumento de abusos, como adverte Gian Franco Ricci, pois é imprecisa a fronteira entre a prova atípica e a prova ilícita”.

típicos de prova previstos em lei, concedendo poder ao juiz de indeferir a produção da prova inútil ou procrastinatória.

Os limites de produção à prova não deveriam ser entendidos ou usados de forma autoritária, mas como instrumento de um método de prevenção de abusos. Se os limites motivam o autoritarismo e o arbítrio, isso é muito mais um sinal do mau emprego da técnica do que obstáculo à descoberta da verdade.

As partes também podem impugnar os meios de prova reivindicados pela parte adversa.

Não obstante, no controle da postulação, admissão e produção de provas, tanto o juiz como a parte interessada, respectivamente, deverão fundamentar racional e logicamente os motivos que os levam a indeferir e impugnar a produção da prova.

O sistema probatório inglês se baseou e se especializou no controle da produção da prova em juízo, através de um método de admissibilidade e de exclusão de provas. É um sistema que produziu muitos pensadores críticos do direito probatório, ao qual foi dedicado muito tempo e esforço. Historicamente foi um modelo que optou pelo discurso mais voltado à razão, do que à paixão, esta bem presente nas tradições latinas.

Por isso, entende-se que o estudo do desenvolvimento do direito probatório inglês (capítulo 2), auxilia a compreensão do estágio atual do direito probatório, principalmente, no que tange à produção da prova pericial, objeto deste estudo, que segue novos rumos, como resposta à exigência dos estudiosos no tema.

## 2 O DIREITO PROBATÓRIO E SEU DESENVOLVIMENTO

O objetivo desse capítulo é demonstrar que na medida em que o tempo passa o homem tem optado por processos e procedimentos baseados na razão, de maneira geral e no âmbito do direito, capazes de serem testados e falseados. Esse caminho, espera-se, é irreversível. Não se podem aceitar decisões arbitrárias e aqui se incluem todas aquelas que não contêm fundamentação.

Juízes ou peritos não são dotados de conhecimentos divinos, não são profetas, oráculos, ou máquinas de calcular, nem estão intelectualmente num nível acima daqueles que estudem tanto quanto eles. Eles são servidores humanos, chamados a resolver problemas mundanos<sup>65</sup>, que devem compreender a função do contraditório na descoberta da verdade, sabendo o juiz, especificamente, distinguir a necessidade de esclarecimentos da conduta eventualmente abusiva das partes.

O processo é um suporte técnico que viabiliza um método racional e lógico de investigação, por meio do qual se deve alcançar uma decisão justa. Essa decisão se legitima com base na prova dos fatos, ou de enunciados fáticos, propostos pelas partes.

O estudo do direito probatório permite observar o desenvolvimento do grau de consciência da humanidade e integra a presente pesquisa para demonstrar os avanços feitos até hoje, a que não se pode ceder. Essa consciência só tende a aumentar, o que demanda novos esforços para solucionar as questões do nosso tempo, principalmente, no que se refere à prova pericial.

A breve incursão na história do direito probatório, possibilita a compreensão melhor da forma como o direito probatório se manifestou nas diversas culturas, tendendo a uma homogeneização na era contemporânea.

O direito probatório é a base para a efetivação do direito. Como já visto, o processo probatório foi criado e reconhecido primariamente no direito, mas se expandiu para outras áreas do saber, é matéria multidisciplinar, o que demonstra a sua importância.

Carnelutti reconhece a prova como elemento legitimador de todo o saber, a partir da possibilidade do conhecimento do fato. A ideia de que a prova só se opera no processo é ultrapassada. O homem não se satisfaz com sensações, mas com o juízo baseado em elementos objetivos, que lhe permitem verificar a existência de um fato. Se o que o homem vê produz certezas, o resultado do seu julgamento expressa a probabilidade da

---

<sup>65</sup> POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2010. P. 7.

certeza. Quando a probabilidade atinge um certo grau, que se atinge pela verificação silogística, a probabilidade se transforma em certeza<sup>66</sup>.

A prova é o único elemento apto a fornecer a verdade<sup>67</sup>.

Nesse ponto, a prova se torna indispensável também para a prevenção de litígios ou para a composição amigável das partes.

Se se defende que a prova é demonstrativa dos fatos, ou fatos probandos, ela é fundamental como critério objetivo<sup>68</sup> para que as partes, por exemplo, possam estimar suas reais chances de sucesso em levar adiante a contenda.

## 2.1 Os primórdios dos métodos probatórios

### 2.1.1 Antiguidade

O processo civil em Atenas era iniciado por um autor que se dirigia a um magistrado competente para expedir uma ordem de citação ao réu, para comparecimento a sua presença. Entre a citação e o comparecimento à presença do magistrado havia sempre um intervalo de 5 (cinco) dias. O magistrado conduzia um exame preliminar, para averiguar se o autor tinha ou não *prima facie* o direito de ação e se havia algum impedimento legal para o desenvolvimento do processo. Se, aparentemente, tudo estivesse em ordem, o magistrado marcava outra audiência com as partes para ouvir a versão dos fatos de cada uma. Nessa mesma ocasião o magistrado, como depositário fiel, recebia as provas, bem como as declarações das testemunhas, que ficariam guardadas em uma urna até o dia em que o caso fosse debatido na presença do júri.

<sup>66</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto*. Terza Ed. Emend. Ampl. Roma: Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1951. P. 373. Ver também CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Apéndice de Giacomo P. Augenti. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1982. P. 227 “*Se aclara en el Sistema (I, págs. 674 y ss.), que prueba es el procedimiento dirigido a la verificación de las razones...*”, pero “*el raciocinio no actúa sino partiendo de un dato sensible, que constituye el fundamento de la razón. En sentido translaticio también estos fundamentos se llaman pruebas; en este segundo significado, prueba no es un procedimiento significado sino un quid sensible cuando sirve para fundar una razón...*” As provas ‘*son así un instrumento elemental no tanto del proceso como del Derecho, y no tanto del proceso de conocimiento como del proceso em general; sin ellas, en el noventa y nueve por ciento de las veces, el Derecho no podría alcanzar su finalidad*’.

<sup>67</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto*. Terza Ed. Emend. Ampl. Roma: Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1951. P. 375.

<sup>68</sup> A prova deveria eliminar o vetor “emoção” do conflito e permitir que as partes compreendessem o problema objetivamente, enfrentado-o com mais clareza, o que viabilizaria a resolução amigável do caso. O espírito da frase é descrito em detalhes em FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Getting to yes. Negotiating agreement without giving in*. 2<sup>nd</sup> ed. London: Penguin Books, 1991.

Entende-se que esse procedimento servia para conceder às partes a oportunidade de firmar acordo, para deixar o magistrado a par das particularidades do caso, já que seu encargo era presidir a sessão do tribunal do júri; ou ainda para facilitar o andamento do caso em juízo.

No dia do julgamento não era permitida a produção de nenhuma evidência, a não ser aquelas entregues ao magistrado na fase preliminar de investigação.

Caso uma testemunha estivesse impedida de estar presente na audiência preliminar, a parte a inquiri-la deveria declarar por escrito o que esperava ser capaz de provar por meio daquela prova testemunhal. Essa declaração era depositada com as demais provas na urna guardada com o magistrado. No dia do julgamento era obrigatório o comparecimento dessa testemunha, que, sob juramento, deveria concordar com aquela declaração ou contradizê-la. As outras testemunhas, que já haviam comparecido à primeira audiência, obrigatoriamente, compareciam ao julgamento, não para fazerem declarações novas, mas para atestar a veracidade das declarações feitas outrora e para que os jurados pudessem vê-las e observar seu comportamento<sup>69</sup>.

Em 1875, William Forsyth<sup>70</sup> relatou que havia uma diferença primordial no modo como se conduzia um julgamento em Atenas e um na Grã-Bretanha da sua época. Nesta o grau de rigor exigido das provas era muito maior para fins de acusação. Não se encontrava a mesma rigidez em Atenas. Admitia-se um mero relatório como boa prova de culpa para fins de condenação, em que pese a falta de provas específicas<sup>71</sup>.

Em Atenas os juízes não aceitavam a espécie de prova testemunhal indireta do “ouviu dizer” (*hearsay*<sup>72</sup>), mas essa era uma regra frequentemente desrespeitada na prática. Além disso, os oradores tinham o hábito de defender suas alegações apelando para o conhecimento pessoal que os jurados detinham do fato. Em uma comunidade pequena como Atenas os vereditos eram usualmente pronunciados, não com base nas provas produzidas, mas no conhecimento privado que cada jurado possuía de antemão dos fatos do caso<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> FORSYTH, William. *The history of lawyers, ancient and modern*. Clark, New Jersey, 2010. Originalmente publicado: Boston: Estes & Lauriat, 1875. P. 37 e ss.

<sup>70</sup> FORSYTH, William. *The history of lawyers, ancient and modern*. Clark, New Jersey, 2010. Originalmente publicado: Boston: Estes & Lauriat, 1875. P. 37 e ss.

<sup>71</sup> Idem. Tradução livre. “Æschines, no seu discurso contra Timarchus, insistia que o acusador poderia realizar sua acusação com base na notoriedade dos fatos imputados a uma parte. Constantemente, ele presumia a culpa de Timarchus, simplesmente, com base no argumento de que ‘todos sabiam daquilo’, embora ele expressamente reconhecesse que havia sido incapaz de obter provas diretas nesse sentido”.

<sup>72</sup> Testemunha do ouviu dizer. Instituto conhecido na *common law*.

<sup>73</sup> FORSYTH, William. Op. Cit. P. 38

Segundo Æschines na corte de Areopagus, a mais virtuosa e importante de Atenas, os juízes também declaradamente julgavam não com base em provas e testemunhos, mas de acordo com seu conhecimento e investigação privados.

Outra curiosidade relacionada ao sistema probatório na antiguidade é que um dos métodos aceitos para obtenção de provas em Atenas e Roma, tanto na área cível como criminal, era através da tortura dos escravos.

Os gregos afirmavam que essa era a forma de que dispunham mais infalível para a obtenção da verdade e a preferida entre outras existentes.

Obviamente, o escravo faria qualquer afirmação que seu torturador mandasse, porque nada aconteceria a ele se descobrissem a falsidade da afirmação. Sob o ponto de vista do torturado não faria o menor sentido a manifestação de atitude heroica diante dos piores sofrimentos humanos<sup>74</sup>.

Os gregos mais inteligentes sabiam da inutilidade da tortura para obtenção da verdade, mesmo assim, ela era praticada regularmente. O hábito de ver o sofrimento humano foi tão banalizado, que os juízes assistiam aquilo com indiferença.

Não era tradição em Roma os procuradores se prepararem tecnicamente nas questões de direito, com estudo minucioso de regras e princípios, para uma defesa. Mesmo quando um conflito envolvia a interpretação das Doze Tábuas, ou até mesmo para a redação de um testamento, o advogado empregava argumentos passionais de acordo com seus sentimentos e não privilegiava a razão<sup>75</sup>. Um gesto era capaz de substituir um argumento de autoridade em situações que exigiriam uma investigação mais rígida com base em princípios legais, evidenciando que entre retórica e a lógica não havia distinção.

Os conhecimentos dos juízes romanos, que não eram especializados em direito, estavam bem próximos dos conhecimentos esperados de jurados, e, portanto, eles eram muito mais suscetíveis a qualquer tipo de falácia.

---

<sup>74</sup> FORSYTH, William. *The history of lawyers, ancient and modern*. Clark, New Jersey, 2010. Originalmente publicado: Boston: Estes & Lauriat, 1875. P. 40

<sup>75</sup> FORSYTH, William. *The history of lawyers, ancient and modern*. Clark, New Jersey, 2010. Originalmente publicado: Boston: Estes & Lauriat, 1875. P. 87.



### 2.1.2 As provas legais como superação às ordálias e a tradição racionalista

O sistema das provas legais foi criado pelo processo inquisitório em substituição aos meios irracionais<sup>76</sup> e fanáticos de prova do período primitivo posterior à derrubada do Império Romano. A razão da força foi substituída pela força da razão<sup>77</sup>.

As regras visavam tornar o processo mais racional e, por isso, representaram avanço na administração da justiça e nos ordenamentos jurídicos, naquele momento.

O sistema das provas legais caracterizou a tentativa de empregar o que na época seria uma racionalidade contraposta à irracionalidade das ordálias.

Havia três regras fundamentais no sistema das provas legais. O juízo poderia condenar o acusado mediante declaração de duas testemunhas oculares do crime. Se não houvesse testemunhas, o acusado poderia ser condenado apenas em caso de confissão. Esse sistema só resolvia questões fáceis, que contassem o testemunho de duas pessoas. Os indícios não eram aceitos como fundamento para condenação, ainda que bastante convincentes. Ocorre que a sociedade não toleraria que as pessoas que cometessem crimes clandestinamente, não fossem castigadas. Era preciso dar uma solução para esses casos, onde a tortura se estabeleceu como instrumento de obtenção da verdade. A tortura aparece como forma de obtenção da

---

<sup>76</sup> Ver LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof*. The University of Chicago Press. 2006. p. 6. Em 1215 o Fourth Lateran Council aboliu as ordálias, o que destruiu na ocasião todo o sistema probatório. As ordálias eram juízos de Deus que revelavam a inocência do acusado, se ele não apresentasse infecção após ser queimado com ferro quente, ou declarava a culpa daquele que boiasse após ser submetido ao ordálio da água. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, supervisão final do texto Léa Porto de Abreu Novaes...et al. 3ª ed. 5ª reimpressão. Rio de Janeiro. Editora Nau, 2011. P. 60, descreve que esse ordálio consistia em amarrar a mão direita ao pé esquerdo da pessoa e atirá-la na água. Se ela não se afogasse, perdia o processo, porque a própria água não a recebia bem e, se ela se afogasse, teria ganho o processo, visto que a água não a teria rejeitado. No fundo o processo continuava sendo uma batalhas entre partes e no velho Direito Germânico uma continuação ritualizada da guerra. A abolição das ordálias provocou uma revolução, porque a tentativa de fazer com que Deus atuasse como investigador foi sendo abandonada e Deus foi substituído pelo homem, que julgaria a condenação ou absolvição de outro ser humano. Não foi fácil para os homens daquela época aceitarem ser julgados por pessoas como eles. A solução foi então criar um novo sistema probatório para convencer os homens a aceitarem aquele julgamento e ao mesmo tempo controlar o arbítrio dos juízes. O novo sistema viria impor critérios objetivos para a prova. Este é o sistema das provas legais baseadas em certezas e em standards tão rigorosos, que nenhum homem se preocuparia com o fato de Deus não estar mais sendo chamado a responder a dúvidas.

<sup>77</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa*. 1ª. Ed. Rosario: Juris, 2006.P. 45

confissão, para fins de condenação<sup>78</sup>. Hoje o senso comum nos diz que a tortura não estava tão distante do método das ordálias e pode ser que nestas tenha encontrado a legitimidade necessária a sua subsistência.

Havia também o conceito de meia prova, que consistia em uma testemunha ocular ou indícios suficientemente graves, que visavam assegurar que apenas pessoas muito provavelmente culpadas fossem submetidas ao exame por meio de tortura. O método de tortura continha regras para garantia de sua credibilidade. Exigia-se um grau rígido de detalhamento do relato pelo acusado e o controle era feito de acordo com o critério previsto na *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532<sup>79 80</sup>.

O examinador era proibido de repassar ao examinado os detalhes que o induzissem a falar o que o examinador quisesse ouvir. A regra também previa que os fatos fossem investigados dentro do possível após a confissão.

O sistema representou muitas vantagens no seu tempo. As regras asseguraram que o homem aceitasse o poder de julgar advindo de seus semelhantes, em substituição ao juízo de Deus, bem como o de direção da atuação da justiça.

Essas vantagens, como elenca Devis Echandía<sup>81</sup>, seriam: maior credibilidade na justiça, uma vez que convenciam o público de que as sentenças se submetiam à lei, e por isso as livravam da arbitrariedade; as regras, baseadas nos ensinamentos da experiência comum, no estudo da lógica e psicologia das pessoas dotas, supriam a ignorância ou falta de conhecimento dos juízes e os orientavam na descoberta da “verdade”. Evitava-se o afastamento injustificado de provas produzidas no processo e contribuía para a uniformização das sentenças, seguindo sempre o mandamento estabelecido pelo legislador.

---

<sup>78</sup> Interessante notar como a busca da verdade real legitimou os meios para se obter a confissão. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa*. 1ª. Ed. Rosario: Juris, 2006. P. 52 e ss. “Por cierto, si el acusador era quien afirmaba (comenzando así con el desarrollo de la serie) resultaba elemental que sería el encargado de probarla. Sólo que –otra vez- por sí y ante sí, para poder juzgar luego la imputación después de haberse convencido de la verdad de la propia imputación... (...) como el mismo acusador debía juzgar su propia acusación, a fin de no tener cargos de conciencia (que, a su turno, también debía confesar para no vivir en pecado) buscó denodadamente la prueba de sus afirmaciones, tratando por todos los medios que el resultado coincidiera con lo acaecido en el plano de la realidad social; para ello, comenzó entonces la búsqueda de la verdad real; y se creyó que sólo era factible encontrarla por medio de la confesión; de ahí que ella se convirtió de pronto y para siempre en la reina de las pruebas (la probatio probatissima); y para ayudar a lograrla, se instrumentó y reguló minuciosamente la tortura”.

<sup>79</sup> LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof*. The University of Chicago Press. 2006. P.5.

<sup>80</sup> LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof*. The University of Chicago Press. 2006. P. 12: “The *Constitutio Criminalis Carolina*, the criminal procedure ordinance promulgated for the German Empire in 1532, which was mostly a codification of the Roman-Canon *ius commune*”(...).

<sup>81</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 5a. ed. Bogotá: Temis. Tomos I, 2006. P. 83

As provas legais serviram ao seu tempo, na medida em que também havia escassez de juízes preparados na ciência do direito e naquelas complementares, como da lógica e da psicologia.

Por outro lado, as desvantagens desse sistema se tornaram evidentes com os estudos jurídicos, da jurisprudência e da doutrina. Afinal, a função de julgar se tornou automática e obrigou o juiz a aceitar soluções contra a sua convicção, além de conduzir com frequência à verdade formal e não à real, ou melhor, a considerar a verdade aquilo que superficialmente aparentava ser verdade<sup>82</sup>.

Consequentemente, produziu-se uma cisão entre justiça e sentença e se sacrificaram os fins institucionais de realização da paz social e de justiça, em respeito a fórmulas abstratas, o que acabou demandando reformas.

O método da tortura foi fortemente contestado por Christian Thomasius e Cesare Beccaria. Antes mesmo de Voltaire (François Marie Arouet), alguns autores franceses denunciavam o sistema ao identificar que pessoas inocentes eram executadas, vindo os verdadeiros culpados ser descobertos tardiamente<sup>83</sup>. O problema era que o sistema probatório dos países baseados no direito romano-canônico era totalmente dependente da coação para obtenção de confissões.

Tanto o uso da tortura na obtenção de uma suposta verdade, como o uso da retórica na antiguidade, que se conformava com qualquer tipo de informação ainda que não acurada, afastaram o processo da racionalidade que se conhece hoje.

O sistema da *common law* seguiu um outro rumo. John H. Langbein<sup>84</sup> afirma que nem nas ilhas Britânicas, nem em algumas partes periféricas do continente europeu haveria tortura judicial no final da idade média, porque em substituição ao sistema das ordálias, teriam sido constituídos os Tribunais do Júri, que permitiriam a condenação com base em indícios. A tortura não poderia ser considerado método usual na *common law*, como o era no sistema romano-canônico. O uso da tortura na *common law* era mínimo para ser considerado um método.

O sistema das provas legais entrou em crise no Renascimento, em que houve a restauração da Antiguidade e o prestígio da retórica. Em 1667 Luís XIV cria o sistema da livre convicção, ou convicção íntima, em que o juiz é soberanamente livre para indagar quanto à verdade e avaliar as provas.

---

<sup>82</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 5a. ed. Bogotá: Temis. Tomos I, 2006. P. 87

<sup>83</sup> LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof*. The University of Chicago Press. 2006. P.9.

<sup>84</sup> LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof*. The University of Chicago Press. 2006. P. 9 e 74.

O juiz não está mais vinculado a qualquer regra legal no que pertine à espécie de prova ou sua avaliação e ele vai decidir não só com base nas provas colhidas, mas com base no seu conhecimento pessoal e impressões pessoais. Era lícito a ele inadmitir provas e ele não estava obrigado a fundamentar suas decisões.

A tortura foi formalmente abolida somente no meio do século XVIII nos Estados líderes da Europa. A Prússia a usou pela última vez em 1752, em 1770 a Saxônia a aboliu, seguida da Polônia e Áustria Boêmia (1776), França (1780), Toscana (1786), o que hoje é a Bélgica (1787), Sicília (1789). Na geração seguinte a abolição foi completa por toda a Europa<sup>85</sup>.

Na verdade, com a evolução do sistema de livre valoração da prova, a Europa não dependia mais do emprego da tortura.

A partir do século XVIII se passou a exigir obrigatoriamente a fundamentação das decisões judiciais e o sistema da persuasão racional, ou convencimento racional, foi consagrado com o código napoleônico.

Não obstante, o conceito de direitos fundamentais que começou a ser discutido com a Revolução Francesa, não estava consolidado e a busca pela “verdade real”, de interesse público, desprezava os meios de obtenção da prova, ainda que direitos fundamentais fossem sacrificados.

Hoje, na teoria, os direitos humanos estão consolidados, apesar de a mesma afirmativa nem sempre valer na prática<sup>86</sup>, por isso, já não se admitem mais as violações de outrora e se tornou incompatível com a nossa realidade a aceitação de regras formais, informações e decisões que não sejam formuladas a partir de dados reais conhecidos e testáveis.

Para saber lidar com os novos desafios é necessário que a noção de processo justo, com todas as suas prerrogativas e baseado em provas confiáveis, enraíze-se na consciência humana, o que implica melhoria da educação e principalmente rigor na aplicação das leis, responsabilização daqueles que deram causa à lesão de direitos e a real distribuição de justiça ao seu destinatário imediato.

---

<sup>85</sup> LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof*. The University of Chicago Press. 2006. P. 10.

<sup>86</sup> Após os ataques de 11 de setembro de 2001, encontrou-se evidências de que os Americanos estavam usando técnicas de tortura nos interrogatórios nas operações realizadas no Afeganistão e no Iraque, o que levou Jonh H. Langbein a reeditar *Torture and the Law of Proof*. The University of Chicago Press. 2006.

## 2.2 O sistema probatório na *civil law*

É interessante observar que a noção que se tem dos sistemas probatórios tanto da *civil law*, como da *common law*, pode variar de acordo com a posição do observador perante esses sistemas.

Há acadêmicos da *common law* que acreditam que o sistema probatório da *civil law* siga o modelo da livre produção de provas, com regras mínimas de admissibilidade. Provas relevantes tenderiam a ser amplamente aceitas e aquelas que não o seriam na *common law*, seriam avaliadas com mais rigor apenas no momento do julgamento. Essa é a opinião de Peter Murphy e Richard Glover, que ousam dizer que o modelo da *civil law* está muito próximo dos ideais vislumbrados por Bentham<sup>87</sup>.

Marina Gascón Abellán entende que o sistema da *civil law* seja “fechado”, em que predominam regras que regulam a formação das provas. O sistema prevê o que pode e o que não pode constituir prova, como se a prova jurídica fosse um fenômeno independente, que ocorresse à margem de qualquer outro saber adquirido pela experiência. Enquanto isso, o sistema da *common law* seria “aberto”, com máxima redução da regulamentação jurídica das provas, caracterizando-se como um verdadeiro sistema de livre produção, limitado apenas por algumas regras de exclusão. Neste sistema a prova aproveitaria de modelos epistemológicos e de regras racionais adquiridas pela experiência comum<sup>88</sup>.

É difícil hoje classificar sistemas legais, porque nitidamente eles estão perdendo características que os diferenciavam em um primeiro olhar. Superficialmente é até possível fazê-lo. No entanto, observando os detalhes de cada um, vê-se que certas características vão ficando cada vez menos claras, sob influência de diversos doutrinadores e até mesmo de culturas diferentes. Não se defende mais a tradição a ferro e fogo. O direito experimenta novas formas em busca de ferramentas mais eficientes.

Quem inicia estudos no direito probatório a partir da *common law*, como foi planejado nesta pesquisa, depara-se imediatamente com um corpo volumoso e extremamente complexo de regras técnicas de exclusão de prova. A sensação é exatamente a que alude Damaška. O sistema tem uma regulação complexa, há uma preocupação enorme de seleção extensiva da prova que será analisada e uma nítida intenção de estruturação do direito probatório<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> MURPHY, Peter; GLOVER, Richard. *Murphy on evidence*. 12<sup>th</sup> ed., New York: Oxford University Press, 2011. P. 4.

<sup>88</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*. 3a. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010. P. 49- 51

<sup>89</sup> DAMAŠKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Haven & London: Yale University Press, 1997. P. 8

Com o conhecimento adquirido da *common law*, certamente, ao se voltar para o direito probatório na *civil law*, após o estudo do desenvolvimento histórico deste sistema, não há como o pesquisador não classificá-lo, ainda que superficialmente, como um sistema mais livre de produção da prova, inserido no contexto do direito processual civil ou criminal. Na *common law* o direito probatório adotou uma identidade própria, em paralelo ao direito processual.

Com a revolução francesa, houve muita pressão para se extinguir o direito probatório romano-canônico, responsável, segundo os revolucionários, pelas mazelas reais e imaginárias do antigo regime da justiça. A ideia de controlar legalmente a prova foi descreditada e se tornou politicamente suspeita, motivando sua substituição pelo sistema de valoração livre da prova glorificado pelos ideais iluministas de administração da justiça<sup>90</sup>.

Damaška<sup>91</sup> lembra que o princípio na sua origem era tão radical que a liberdade total independia de quaisquer padrões intersubjetivos para a verificação dos fatos a motivar a decisão. Tanto é que o princípio da convicção íntima do julgador era suficiente para justificá-la. Esse princípio não durou muito tempo. A liberdade passou a se limitar à descoberta dos fatos e não à licença de ignorar os cânones extralegais para fins da inferência válida<sup>92</sup>.

O princípio da liberdade de produção de prova no direito continental deve muito à crença de que o método de distribuição de peso probatório à evidência não é confiável. A prova produz efeitos num contexto muito específico e imprevisível para obedecer ao comando do legislador. É como querer que o legislador legisle contra o camaleão baseado na sua cor<sup>93</sup>.

O mesmo autor descreve que a condenação do sistema romano-canônico provocou não apenas uma antipatia contra o sistema de provas legais, com suas regras de valoração, mas deu azo a um clima hostil à adoção de regras de exclusão de evidências, fundamentado no seu duvidoso valor probatório. Por isso, as regras de exclusão da *common law* não foram levadas a sério no direito continental e só passaram a ser objeto de estudo na primeira década do século XX. Atualmente existe uma tendência de pouco a pouco atenuar as provas legais remanescentes do passado na *civil law*.

O sistema da *civil law* segue um padrão mais inquisitorial em que os juízes, profissionais, atuam como investigadores do fato, além de serem responsáveis pela subsunção, adequando o fato às consequências legais que dele possam decorrer.

---

<sup>90</sup> DAMAŠKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Haven & London: Yale University Press, 1997. P. 20-21

<sup>91</sup> DAMAŠKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Haven & London: Yale University Press, 1997. P. 21 e ss.

<sup>92</sup> Embora quem atue no contencioso no Brasil saiba que na prática é possível encontrar decisões de fundamentação tão pobre, que levam a crer que o princípio da livre convicção coexiste com o da persuasão racional.

<sup>93</sup> DAMAŠKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Haven & London: Yale University Press, 1997. P. 20 22

Os juízes têm uma participação ativa na supervisão da investigação e na avaliação das provas, característica elogiada pelos doutrinadores da *common law* e incorporada pouco a pouco aquele sistema, que tradicionalmente prezou pela concentração do poder de direção da produção de provas na mão das partes.

Por outro lado, a participação ativa dos juízes pode ser entendida como uma regra autoritária que interfere no princípio dispositivo. A Espanha, por exemplo, na sua *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 optou por negar a iniciativa probatória do juiz, admitidas exceções, com base no caráter privado do objeto litigioso, na existência de único interesse das partes em obter resultado favorável a suas pretensões, incompatibilidade da iniciativa de ofício com a iniciativa probatória das partes, na possibilidade de comprometimento da imparcialidade do julgador e na proteção das regras de ônus da prova<sup>94</sup>.

Curioso que enquanto os representantes mais fortes do sistema adversarial, Estados Unidos e Inglaterra, voltam seus olhos para a técnica mais investigativa usada na *civil law*, a Espanha faz o caminho inverso.

O diálogo entre os sistemas é muito rico, rápido e vivo. Pelo olhar do outro (doutrinadores da *common law*), os praticantes da *civil law* podem reconhecer as qualidades e vulnerabilidades de seu sistema.

Leonardo Greco defende que o ideal seria unir as melhores qualidades dos dois sistemas, para criar um processo mais justo<sup>95</sup>, seguindo uma fórmula bastante aristotélica e ainda plenamente em vigor em que o meio termo é sempre a medida mais justa<sup>96</sup>. No caso do direito, o mérito seria conciliar os poderes adversariais e inquisitórios na produção da prova, um controlando o outro, para atingir o resultado ideal.

Para efeitos didáticos e pela compreensão do artigo 332 do Código de Processo Civil é possível afirmar que há uma intenção inerente do legislador no Brasil de preservar um sistema de livre produção de provas, ou a liberdade objetiva das provas, que admite exceções para os atos que dependam de forma especial. O mesmo princípio deve guiar a valoração das provas. Quaisquer certas regras que limitem essa liberdade, devem visar a preservação de bens de valores superiores, como, por exemplo, a economia processual e a intimidade.

---

<sup>94</sup> PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2007. P. 103

<sup>95</sup> GRECO, Leonardo. *A prova no processo Civil: Do código de 1973 ao novo código civil*. In: Greco, Leonardo e Miranda Netto, Fernando Gama de (Org.) *Direito processual e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. P. 98.

<sup>96</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Torrieri Guimarães. 8a. Reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2011. P. 43 e ss.

### 2.3 O sistema da *common law*

A *common law* nasceu na Inglaterra no seio da sociedade inglesa. Sua história foi baseada na resolução de questões de fato. As regras, tomadas como princípios, regulavam as relações rotineiras, com as quais as pessoas estavam muito envolvidas. Elas expressavam condutas sociais recorrentes, nunca situações remotas, e serviram à sociedade feudal, sendo adaptadas para a sociedade industrializada, refletindo o caráter da ordem social.

A criação do sistema legal da *common law* se deu pelos primeiros legisladores Henrique II, Ricardo Coração de Leão e João Sem Terra ao lado de seus ministros e juízes. O poder excepcional que eles detinham permitia a administração centralizada da máquina real e o exercício do poder no início do absolutismo. Henrique II exerceu praticamente o poder absoluto para a coleta de impostos, organização do exército, manutenção de arquivos, policiamento do reino e administração da justiça, sempre contando com a participação de homens comuns nos processos administrativos e legais. O desenvolvimento da *common law* sem essas características mencionadas não seria possível<sup>97</sup>.

Na Inglaterra desenvolveu-se uma tradição de garantia do indivíduo, que propiciou o surgimento da doutrina contratualista, a qual inverteu a fonte e origem do poder de Deus para os próprios homens<sup>98</sup>. Assim foi fundado o sistema da *common law* que estabeleceu direitos, inclusive para o rei, que deveria obedecer à lei, sem, claro, causar qualquer vulnerabilidade a sua autoridade, que o tornaria impotente. Os sucessores de Henrique II enfrentariam dificuldades, que desencadeariam uma série de crises políticas do século XII ao XVIII, dando ensejo à assinatura da Magna Carta e ao estabelecimento do princípio do devido processo legal. Nenhum homem sofreria dano a não ser por julgamento pelos seus pares ou pela lei local. As crises não derrubaram o sistema da *common law* tão bem organizado e estruturado por Henrique II.

Enquanto o direito probatório romano-canônico foi formulado para um sistema de adjudicação que contasse com um juiz “profissional”, o sistema inglês, ao contrário, substituiu Deus pelo júri ordinário, que pronunciava o veredito, sem conduzir qualquer processo investigativo lógico para os padrões de hoje, o que acabava por produzir um resultado não muito diferente dos juízos de Deus.

---

<sup>97</sup> HOGUE, Arthur R. *Origins of the common law*. Indianapolis: Liberty Press, 1966. P. 33.

<sup>98</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 1o. Vol. Editora Saraiva. 16a. Ed. 2002 P. 20 e ss.



O critério de admissibilidade de indícios, para a condenação, era amplamente aceito na Inglaterra, sob pena de os crimes cometidos às escondidas ficarem impunes. Mesmo sem provas cabais contra o acusado, ele poderia ser condenado.

Os jurados eram homens do povo escolhidos na comunidade onde havia ocorrido o fato, por já terem conhecimento sobre ele. No século XII e seguintes eles se pronunciavam sob juramento<sup>99</sup>. Interessante notar como tinham uma atuação híbrida, como jurados e testemunhas<sup>100</sup>.

Enquanto isso, no Continente sem as provas legais não haveria condenação. A “válvula” encontrada para atender aos anseios da comunidade contra a impunidade foi a tortura, como visto.

Como na Inglaterra era possível a condenação sem prova cabal, com base apenas em indícios, não havia necessidade de instrumento adicional para “forçar” uma condenação, como o método da tortura<sup>101</sup>, apesar de que seja possível encontrar na literatura o seu uso em casos isolados.

Durante a dinastia Tudor os processos e instituições mudaram. Com o passar do tempo, durante fase de transição, os jurados da idade média deixaram de ser ativos e se transformaram em jurados passivos nos séculos XV e XVI, cujas características se aproximam daquelas dos jurados do século XX, que ponderam sobre as evidências levadas ao seu conhecimento para fins de determinação do veredito<sup>102</sup>. Os jurados acabaram virando juízes leigos e os oficiais do Estado se tornaram encarregados de buscar as evidências e de apresentá-las aos jurados. Essas mudanças influenciaram o aparecimento das instituições públicas de acusação.

Mesmo com a mudança no sistema do tribunal do júri e da criação das instituições públicas de acusação, os padrões e critérios com relação às provas continuou igual, ou seja, para fins de condenação os jurados não precisavam do elemento certeza, apenas da persuasão criada pela

---

<sup>99</sup> HOGUE, Arthur R. *Origins of the common law*. Indianapolis: Liberty Press, 1966. P. 186/189.

<sup>100</sup> Nessa época havia alguns juízes que eram verdadeiros juristas dedicados e estudiosos do direito. Ver HOGUE, Arthur R. *Origins of the common law*. Indianapolis: Liberty Press, 1966. P. 19.

<sup>101</sup> LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof*. The University of Chicago Press. 2006. P. 78, mostra claramente como funcionava o sistema ingles. Uma passagem cita que Sir Walter Raleigh foi acusado de traição em 1603 e reclamou que havia apenas uma testemunha contra ele. O Juiz Peter Warburton respondeu da tribuna: I marvel, sir Walter, that you being of such experience and wit, should stand on this point; for so many horse-stealers may escape, if they may not be condemned without witnesses. If one should rush into the king's Privy-Chamber, whilst he is alone, and kill the king (which God forbid) and this man be met coming with his sword drawn all bloody; shall not he be condemned to death? Aqui se verifica que o júri ingles podia condenar baseado em muito menos evidências do eram necessárias como pré-condição do interrogatório mediante tortura no continente.

<sup>102</sup> HOGUE, Arthur R. *Origins of the common law*. Indianapolis: Liberty Press, 1966. P. 186.

evidência. Até o século XVIII não havia regras mínimas estabelecidas sobre provas exigidas para fins de condenação, portanto, não havia possibilidade de recurso de apelação contra vereditos com base em insuficiência de provas.

Ao longo dos séculos XVIII e XIX<sup>103</sup> os tratadistas, em sua maioria advogados e juízes, deram forma ao direito probatório inglês, sistematizando-o em função das peculiaridades dos métodos de julgamento desse sistema, o que explica as regras para a admissibilidade de provas.

O estudo da “*Law of Evidence*”, que dá o nome ao sistema de admissibilidade das provas que podem ser levadas a juízo na *common law*, ao contrário de um sistema autoritário, demonstra um sistema preocupado em examinar a confiabilidade das provas *a priori* a sua valoração. Isso se justificou para evitar o erro nos julgamentos.

Como os jurados eram juízes leigos do fato e bastante suscetíveis ao erro de julgamento, dependendo do modo como as evidências fossem apresentadas a eles, o sistema inglês optou por reforçar o poder de admissibilidade das provas na mão do juiz. Assim, apenas as provas dotadas de confiabilidade poderiam ser submetidas aos jurados. As regras de admissibilidade compensavam a alegada fragilidade emocional e intelectual de amadores no papel de julgar<sup>104</sup>. Já é sabido que o nível de confiança das pessoas que tomam decisões em grupo, como os jurados, é muito alto, mas não necessariamente a decisão é mais correta do que aquela tomada individualmente, porque as pessoas que decidem em grupo não se esforçam tanto intelectualmente, quanto aquelas que precisam decidir sozinhas, daí o problema da falta de controle dos jurados<sup>105</sup>.

Embora o sistema fosse criticado por seu opositor mais notório Jeremy Bentham, não se pode negar que a *Law of Evidence* tente empregar uma racionalidade ao método de julgamento, quase que científico, almejando uma decisão correta. Existe uma lógica bem fundamentada no princípio das exclusões, que podem soar arbitrárias para quem não estuda o tema nos seus detalhes.

O interesse no tema das exclusões, para fins desta pesquisa, é verificar o que, e se, esse conjunto complexo de regras que visam a valoração apenas de provas que

---

<sup>103</sup> TWINING, William. *Moving Beyond Law: Interdisciplinarity and the Study of Evidence*. In: DAWID, Philip; TWINING, William; VASILAKI, Mimi (Edts.). *Evidence, inference and enquiry*. Oxford: Published for the British Academy by Oxford University Press, 2011. P. 74

<sup>104</sup> DAMAŠKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Haven & London: Yale University Press, 1997. P. 28

<sup>105</sup> BEECHER-MONAS, Erica. *Evaluating scientific evidence. An interdisciplinary framework for intellectual due process*. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2007. Versão Kindle.

passam por um teste de confiabilidade, pode de alguma forma oferecer uma nova perspectiva para o direito probatório brasileiro, no âmbito da prova pericial, que envolve temas complexos não dominados pelo juízo, no combate ao arbítrio judicial, ou na melhora da qualidade das decisões.

#### 2.4 O desenvolvimento de regras específicas de admissibilidade de provas no sistema inglês

O desenvolvimento de certas regras específicas encontradas no sistema probatório inglês, tem raízes históricas devido 1) à prevalência de tribunais de júri, 2) ao temor de fabricação de evidências, 3) à rigidez da lei criminal no final do século XVIII e no século XIX.

As evidências admitidas eram consideradas por um corpo de pessoas leigas. Daí a preocupação da lei.

Existem situações em que a apresentação de certas evidências é desvantajosa, porque pode expor o júri a provas que os juízes não consideram confiáveis, ou impor a leigos aptidão analítica além de padrões razoáveis. Outorgar a leigos responsabilidade maior do que podem suportar, acabaria por prejudicar o julgamento justo daquela parte contra a qual foi apresentada a prova.

O sistema da *common law* sempre teve receio do falso testemunho, das provas inventadas e de tentativas de abuso e de desvio no âmbito da justiça, por isso, as pessoas que melhor poderiam testemunhar determinados fatos acabavam sendo excluídas da oitiva.

A exclusão não abrangia apenas provas, mas classes de pessoas, que eram tratadas como incompetentes para testemunhar, tamanho era o temor de que houvesse a fabricação de provas no interesse das partes e a contaminação de suas testemunhas<sup>106</sup>.

Exemplo clássico é do depoimento da esposa do acusado. Até a Lei das Evidências na área criminal de 1898 o acusado e sua esposa não podiam prestar depoimento em ações criminais.

Algumas regras de exclusão de prova surgiram a partir de prática dos magistrados, que tentavam equilibrar a rigidez das leis e do processo contra o acusado.

A pena de morte era prescrita para uma série de crimes dolosos, ao passo em que ao acusado não era permitida sequer a defesa técnica até 1836, nem o oferecimento de evidências em seu favor até 1898. Nesse contexto, os juízes assumiam o papel de protetores dos acusados e tentavam, através da criação de regras de exclusão, equilibrar o sistema.

---

<sup>106</sup> KEANE, Adrian; GRIFFITHS, James; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. 8th ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2010. P. 3

Adrian Keane et alii<sup>107</sup> observam que os juízes incorporavam um espírito paternalista e protetivo para excluir evidências relevantes como a *hearsay*, aquelas sobre o caráter da pessoa e as opinativas de pessoas que não fossem qualificadas como peritos, com base no fato de que os leigos (jurados), em certos casos, supervalorizavam o resultado dessas provas, ou até mesmo as tratavam como conclusivas.

Muito do desenvolvimento das regras de evidência no processo inglês se deve ao desenho do seu procedimento, em que participam jurados e juiz. Parte das regras, foi, repita-se, justamente criada para evitar indução dos jurados ao erro.

O sistema inglês estabeleceu que questões de direito seriam analisadas pelo juiz e que questões de fato ficariam a cargo dos jurados. Dessa forma o juiz seria responsável por resolver as questões referentes à admissibilidade das provas. A exclusão se daria para que os jurados não fossem contaminados pela prova<sup>108</sup>. Ficaria a cargo também dos jurados atribuir peso às provas apresentadas para o julgamento.

Muitos livros apontam uma mudança na forma do processo inglês com a diminuição gradativa da presença de tribunais de júri<sup>109</sup>. No entanto, a divisão histórica de trabalhos desenvolvidos entre juiz e jurados ainda deixa uma marca significativa no modo de julgamento inglês e produzem efeitos diversos em grau de recurso.

De qualquer forma, a mudança no formato do processo inglês sugere a revisão das regras de exclusão de provas, porque o juiz, treinado, não estaria suscetível aos erros incorridos pelos jurados. Roderick Munday<sup>110</sup> chega a aduzir que na ausência de júri as regras de exclusão deveriam ser relaxadas e até mesmo desprezadas.

---

<sup>107</sup> KEANE, Adrian; GRIFFITHS, James; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. 8th ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2010. P. 3

<sup>108</sup> MUNDAY, Roderick. *Evidence*. 6th edition. New York: Oxford University Press, 2011. P. 21

<sup>109</sup> MUNDAY, Roderick. *Evidence*. 6th edition. New York: Oxford University Press, 2011. P. 22 “*The vast majority of civil cases today, however, are tried by judge alone*”.

<sup>110</sup> MUNDAY, Roderick. *Evidence*. 6th edition. New York: Oxford University Press, 2011. P. 5

## 2.5 Teorias sobre admissibilidade das provas

### 2.5.1 *Best evidence rule*

A história da criação do direito probatório inglês começou com a obra de Baron Gilbert de 1720, publicada postumamente em 1754, que introduziu o conceito de “*Best Evidence Rule*”, “regra de melhor evidência”, que exigia que a parte produzisse a melhor evidência possível que a natureza do caso permitisse. Gilbert tinha uma interpretação bem rígida do que poderia constituir a “melhor evidência” e, acreditando que as decisões práticas sejam tomadas com base em juízo de probabilidade, criou um sistema de hierarquia de regras sobre o peso da prova, baseado em uma escala de probabilidades, que ia desde a colocação de documentos públicos no topo da lista, como a mais valiosa, às testemunhas que prestavam seus depoimentos orais como as provas mais fracas<sup>111</sup>.

Essa era entendida como a única regra geral das evidências, mas provou ser inadequada como base do sistema das regras de evidências<sup>112</sup>. Hoje se conclui que o sistema de Gilbert se baseava em duas premissas falsas. Em primeiro lugar ele não fez a distinção entre peso e admissibilidade da prova, em segundo, seu esquema se baseava em uma hierarquia de regras de peso da prova. Não obstante, não existem regras formais do peso da prova na *common law*. Não existem regras que estabeleçam que documentos oficiais valem mais do que os não oficiais, de que a prova escrita vale mais do que a oral. As regras deveriam ser sobre a admissibilidade das provas, questão de direito para o juiz, enquanto que não deveria haver critério de pesos para a prova, questão que era de competência do júri<sup>113</sup>.

Um dos maiores críticos à teoria de Gilbert foi Jeremy Bentham que não respeitava qualquer obstáculo ao conhecimento do fato para apurar a verdade e pregava a revogação total das regras de admissibilidade de provas. Aos poucos no curso dos dois últimos séculos o direito probatório inglês tem se moldado no modelo traçado por Bentham, mas muitos ainda

---

<sup>111</sup> TWINING, William. *Moving Beyond Law: Interdisciplinarity and the Study of Evidence*. In: DAWID, Philip; TWINING, William; VASILAKI, Mimi (Edts.). *Evidence, inference and enquiry*. Oxford: Published for the British Academy by Oxford University Press, 2011. P. 75

<sup>112</sup> MURPHY, Peter; GLOVER, Richard. *Murphy on evidence*. 12<sup>th</sup> ed., New York: Oxford University Press, 2011. P. 5.

<sup>113</sup> TWINING, William. *Moving Beyond Law: Interdisciplinarity and the Study of Evidence*. In: DAWID, Philip; TWINING, William; VASILAKI, Mimi (Edts.). *Evidence, inference and enquiry*. Oxford: Published for the British Academy by Oxford University Press, 2011. P. 75/76

acreditam que ele tenha ido longe demais na sua teoria revocatória das regras de admissibilidade. Não há perspectivas de abolição das regras por completo<sup>114</sup>.

Embora a “*Best Evidence Rule*” tenha começado a ruir em 1870 e se tornado obsoleta, ainda existem vestígios da aplicação desse princípio. Quando, por exemplo, o conteúdo de certo documento é tido como prova substancial, se alguém o tem em mãos, requer-se que o documento original seja levado a juízo.

É o que mais ou menos acontece no nosso sistema de livre produção de prova, quando a lei impõe formalidades para a sua apresentação.

Entretando, como Jonathan Parker LJ apud Munday<sup>115</sup>, observou em *Springsteen vs Masquerade Music Ltd. (2001) EMLR 654 at 64* “até no seu apogeu, a *Best Evidence Rule* não era uma regra absoluta”.

A teoria da *Best Evidence Rule* foi superada pela teoria da relevância, desenvolvida no século XIX e aprimorada principalmente por *Sir James Fitzjames Stephen*, mantendo-se como a base do sistema inglês no arrazoamento judicial<sup>116</sup>, e que abriu as portas para a teoria de James Bradley Thayer (1831-1902), pai do direito probatório moderno, para quem a lei das evidências consistia em um rol de exceções à regra geral de que todas as provas relevantes deviam ser admitidas. Thayer defendia um sistema probatório simples, cujo objetivo deveria ser apenas a obtenção de justiça. Não deveria ser intelectualmente refinado, detalhista ou muito rígido, para que pudesse ser facilmente entendido e aplicado. Ele pregava que só deveria ser recebido material logicamente probativo de algum fato que devesse ser provado a menos que o direito ou alguma regra excluísse a possibilidade de apreciação daquele material.<sup>117</sup>

Entre nós, Moacyr Amaral Santos apontou como um dos princípios básicos na formação do convencimento a produção da melhor prova, como, por exemplo, a preferência

---

<sup>114</sup> TWINING, William. *Rethinking evidence: Exploratory essays*. 2a. ed., New York: Cambridge University Press, 2006. P. 44 e 45.

<sup>115</sup> MUNDAY, Roderick. *Evidence*. 6th edition. New York: Oxford University Press, 2011. P. 30

<sup>116</sup> MURPHY, Peter; GLOVER, Richard. *Murphy on evidence*. 12<sup>th</sup> ed., New York: Oxford University Press, 2011. p. 5.: *Sir James Fitzjames Stephen* teve de distinguir a relevância lógica (relação racional de uma peça de evidência com o fato a ser provado) da relevância legal (o estudo sobre as provas que devem ser admitidas), a fim de que o conceito funcionasse de acordo com sistema baseado nas regras de evidências.

<sup>117</sup> THAYER, James Bradley. *Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Reproduction from Harvard Law School Library. Boston: Little, Brown, and Company, 1898. P. 530

da oitiva de testemunha de ciência própria sobre a que ouviu dizer; o documento original em vez da cópia etc.<sup>118</sup>

### 2.5.2 Teoria da relevância

O direito probatório inglês basicamente regula que tipo de prova será admitida para ser apresentada em juízo e em que condições ela será admitida<sup>119</sup>. A prova só será admitida se relevante. Assim, toda prova que seja suficientemente relevante a provar um fato em juízo é admissível, desde que não proibida por alguma regra legal. Qualquer uma irrelevante ou insuficientemente relevante deverá ser excluída<sup>120</sup>.

Mas o que é relevância no direito inglês?

A relevância se refere a qualquer prova que seja hábil a evidenciar a probabilidade ou não da existência do fato discutido em juízo. Faz-se um juízo de probabilidade e não de certeza, embora a finalidade do processo seja alcançar a verdade. O conceito, atribuído a James Fitzjames Stephen (identificado como grande jurista e juiz da era vitoriana) sempre citado e aceito por diversos doutrinadores, define relevantes: “*Quaisquer fatos que sejam tão relacionados entre si, que de acordo com o curso comum de eventos, um dos quais tomados por si só ou em relação a outros fatos, prove ou faça provável a existência de fatos no passado, presente, ou futuro, ou a não existência de outro*”<sup>121</sup>. (Tradução livre).

Cross e Tapper<sup>122</sup> elogiam a definição de Stephen e dispensam qualquer reformulação do conceito considerado adequado até os dias de hoje.

Assim, a relevância é apreendida em sentido absoluto, quando a prova de um fato faz a existência dele ou de outro ser mais provável, ou não. Não obstante, embora o conceito seja absoluto, sua aplicação na prática é muito variável. A prova pode ser mais ou menos relevante.

O conceito de relevância aplicado à admissibilidade das provas é limitado pelas regras de exclusão, cujo objetivo é impedir a apresentação de provas que não sejam confiáveis ou que sejam

<sup>118</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo. Vol. 1. 5a edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 1983. P. 12

<sup>119</sup> MUNDAY, Roderick. *Evidence*. 6th edition. New York: Oxford University Press, 2011. P. 20

<sup>120</sup> TAPPER, Colin. *Cross and Tapper on evidence*. 12<sup>th</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. P. 64

<sup>121</sup> “Any two facts to which it is applied are so related to each other that according to the common course of events one either taken by itself or in connection with other facts proves or renders probable the past, present or future existence or non-existence of the other”, extraído do Digest of the law of Evidence 1936, 12<sup>th</sup> edn. P. 3. apud MUNDAY, Roderick. *Evidence*. 6th edition. New York: Oxford University Press, 2011. P. 24; TAPPER, Colin. *Cross and Tapper on evidence*. 12<sup>th</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. P. 65, DENNIS, Ian H. *The law of evidence*. 4<sup>th</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 2010. P.62.

<sup>122</sup> TAPPER, Colin. *Cross and Tapper on evidence*. 12<sup>th</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. P. 65

capazes de provocar erros de julgamento. Entre elas estão provas testemunhais do tipo *hearsay*, de opinião, de caráter, de comportamento do sujeito, entre várias outras.

Cross e Tapper<sup>123</sup> chamam atenção para a distinção da regra da relevância e da admissibilidade da evidência. A relevância seria um conceito extraído da experiência e sua aplicabilidade poderia ser testada de forma dedutiva, mediante a construção de silogismo, que, principalmente, independeria de regra legal. A admissibilidade dependeria primeiro do conceito de relevância e não poderia infringir regra de exclusão que eventualmente se aplicasse ao caso.

Segundo Munday<sup>124</sup> as regras de experiência exercem importante papel na seleção do que é e do que não é relevante, o que deixa claro que o conceito é suscetível a variações, muito longe de ser compreendido como uma ciência exata, apesar de que, conforme ele aponta, de tempos em tempos, os juízos tentem traçar diretrizes para definir que tipos de provas devam ser tratadas como relevantes e quais devam ser admitidas em determinados contextos.

Conforme observou Jeremy Bentham<sup>125</sup> toda vez em que houver um julgamento duas considerações serão feitas, uma relacionada ao estado da lei e a outra ao estado de determinados fatos, relacionados ao caso, a que a lei será aplicada.

A decisão que aplicar a lei aquele fato específico será baseada em evidências, que sejam capazes de persuadir o julgador sobre a existência ou não dos fatos alegados, que o legislador previu ao elaborar o texto da lei.

Assim, aquele que apresentar em seu favor as questões de fato num estado tal a que corresponde um direito previsto pelo legislador, tem o direito de receber, desde que haja motivação, o serviço pleiteado das mãos do juiz.

Para fundamentar o seu direito, desde que este dependa de questão de fato, deve o interessado prová-lo por meio de evidências.

No sistema da *common law* as regras sobre a produção de provas não visam possibilitar que a parte produza provas que a ajudem em determinado caso, mas sim proibi-la de levar aos autos determinadas provas, seja porque o adversário assim requereu, ou porque a corte se recusou a permitir a produção delas.

Ao contrário de outros sistemas, o sistema da *common law* desenvolveu uma lei para a apresentação de provas, que inclui regras de exclusão, em que provas relevantes podem ser excluídas por várias razões<sup>126</sup>.

---

<sup>123</sup> TAPPER, Colin. *Cross and Tapper on evidence*. 12<sup>th</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. P. 72

<sup>124</sup> MUNDAY, Roderick. *Evidence*. 6th edition. New York: Oxford University Press, 2011. P. 25

<sup>125</sup> BENTHAM, Jeremy. *The works of Jeremy Bentham*. Vol. VI. William Tait, Edinburgh; Simpkin, Marshall & Co., London. Adamant Media Corporation, 2005. P. 7



### 2.5.3 Transformação e melhorias constatadas

Os tribunais do júri têm se tornado uma raridade em processo civil na Inglaterra, o que acabou por impulsionar a adoção de um sistema tendente a admitir mais do que excluir as provas.

Adrian Keane et alii<sup>127</sup> relatam que nos dias de hoje os julgamentos muitas vezes são realizados pelo juiz sozinho que é perfeitamente capaz, devido ao seu treinamento, qualificação e experiência, de avaliar a prova de maneira apropriada.

De acordo com Peter Murphy e Richard Glover<sup>128</sup> as leis de evidências de 1968, 1972 e 1995 efetivamente reverteram dois séculos de jurisprudência referentes à aceitação do tipo de prova *hearsay*, uma espécie de prova testemunhal indireta em que a testemunha relata fatos de que tenha conhecimento a partir do que disseram outras pessoas e não a partir do que ela testemunhou, porque se confia no juiz treinado para avaliar as provas, diferentemente, do que aconteceria se elas dependessem da interferência de um júri.

Os mesmos autores reportam certa hesitação no desenvolvimento do direito probatório na área criminal, apesar de que o avanço possa ser notado na lei de Evidência Policial e Criminal de 1984, lei da Justiça Criminal de 1988 e 2003, através de que o Parlamento indicou que o júri seria capaz de avaliar com responsabilidade alguns tipos de prova da espécie de *hearsay*. Não haveria mais de se falar em carga de injustiças contra o acusado, especialmente depois da entrada em vigor da Lei de Direitos Humanos de 1998 e da grande melhora na qualidade dos jurados.

Importante notar que, na prática atual, em processo civil, o litígio é frequentemente resolvido por meio de acordo entre as partes<sup>129</sup>, quando uma delas simplesmente não desiste de seguir adiante.

---

<sup>126</sup>MURPHY, Peter; GLOVER, Richard. *Murphy on evidence*. 12<sup>th</sup> ed., New York: Oxford University Press, 2011. P. 1.

<sup>127</sup>KEANE, Adrian; GRIFFITHS, James; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. 8<sup>th</sup> ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2010. P. 3

<sup>128</sup>MURPHY, Peter; GLOVER, Richard. *Murphy on evidence*. 12<sup>th</sup> ed., New York: Oxford University Press, 2011. P. 6.

<sup>129</sup>DENNIS, Ian H. *The law of evidence*. 4<sup>th</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 2010. P. 15

## 2.6 Reflexões sobre o sistema probatório no direito inglês e o processo de descobrimento dos fatos e da verdade

É curioso observar que existem relatos de vários autores que afirmam que o direito probatório é um ramo que conta com um pequeno número de pesquisadores, pelo menos, se considerados os advogados. As pessoas que mais contribuíram com pesquisas no assunto foram filósofos e psicólogos<sup>130</sup>.

Evidência é a informação pela qual fatos tendem a ser provados. A lei de evidência inglesa é formada pela lei e por escolhas do legislador que regulam os meios pelos quais os fatos podem ser provados, tanto em primeiro grau, como nos tribunais e em arbitragem, em que as regras limitadoras de evidência se aplicam.

Em poucas palavras o princípio que norteia o sistema inglês de evidências pode ser resumido, da seguinte forma: toda evidência relevante é admissível, sujeita a exceções<sup>131</sup>.

Segundo Adrian Keane et alii na maioria das ações judiciais as partes disputam o acontecimento de fatos. De acordo com esses autores, num mundo ideal, talvez, o juízo competente para se pronunciar sobre tais fatos devesse levar em consideração todas as evidências que sejam relevantes na disputa, a dizer, toda a evidência que logicamente prove ou não a existência dos fatos levados a sua apreciação, a fim de chegar à verdade, concretizando a ideia de Bentham.

No mundo real, no entanto, há uma série de restrições que impedem que toda evidência seja levada em consideração. Em primeiro lugar, há uma série de limitações práticas ao conhecimento dos fatos, que Adrian Keane et alii afirmam ser comum a todos os sistemas, tais como: o tempo e os gastos dispendidos para a produção das provas e a necessidade de uma decisão em caráter definitivo.

Em segundo lugar, no sistema adversarial inglês o juízo não pode conduzir investigação para obter evidências relevantes, ao contrário, deve chegar a sua decisão exclusivamente com base na evidência apresentada pelas partes, modelo que a Espanha implementou a partir do ano 2000.

Em terceiro lugar, a própria lei apresenta regras de exclusão de evidências relevantes por uma série de fatores diferentes, a saber: a evidência pode ser insuficientemente relevante, de

---

<sup>130</sup> MURPHY, Peter; GLOVER, Richard. *Murphy on evidence*. 12<sup>th</sup> ed., New York: Oxford University Press, 2011. P. 2.

<sup>131</sup> KEANE, Adrian; GRIFFITHS, James; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. 8th ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2010. P. 2.

caráter mínimo probatório, pode levantar uma série de questões subsidiárias essenciais que poderiam distrair o juízo da questão principal, a evidência pode ser insuficientemente confiável, ou suspeita ao extremo, o potencial de prejuízo à parte contra a qual a prova venha ser produzida pode ser desproporcional ao valor probatório em favor da parte que deseja introduzi-la no processo, sua revelação pode ir de encontro a assuntos de interesse nacional etc.

Dessa forma, embora se aspire ao descobrimento da verdade, a realidade é que se espera que o juízo chegue a uma decisão que ponha fim ao litígio, ainda que as provas apresentadas sejam inadequadas ou inconclusivas.

Adrian Keane et alii argumentam que a justiça feita por homens sempre estará sujeita à diferença de opinião, erro, falácia e mentiras, o que gera o risco de não se obter a verdade. Se de um lado juízes são chamados a decidir que provas são relevantes, quais devem ser levadas em consideração, podendo ter perspectivas diferentes sobre se um fato é ou não relevante para provar outro; de outro, as partes estariam mais interessadas em ganhar o caso do que contribuir para o descobrimento da verdade.

Quanto aos jurados, estes farão deduções de acordo com as provas apresentadas e qualquer lacuna no conhecimento dos fatos, pode envolver a criação de outros fatos que jamais existiram. Finalmente, tem-se as testemunhas, que podem mentir ou estar enganadas.

Erros acontecem porque se observou mal determinado evento, porque memória humana retrata sensação diferente da realidade, ou porque a forma como se descreve determinado fato é diferente daquela como o outro o narra.

Um dos tipos de cursos especializados em “*fact-finding*”, que se tentou estabelecer especialmente na América do Norte, envolvia “experimentos” testemunhais, como reporta William Twining<sup>132</sup>.

Um deles relata que um aluno vestido com roupa de gala, com um monóculo no olho esquerdo, uma garrafa de champanhe em uma bandeja de prata na mão direita e uma arma na mão esquerda, teria entrado na sala de aula correndo, gritando “ei sem saída, te peguei finalmente!”; ele atira no professor e sai correndo, ainda carregando a garrafa de champanhe. O professor “ressuscita” e pede aos alunos da classe para descreverem a cena que acabaram

---

<sup>132</sup>TWINING, William. *Rethinking evidence: Exploratory essays*. 2a. ed., New York: Cambridge University Press, 2006. P. 18-19.

de testemunhar. O resultado foi que invariavelmente eles descreveram que o monóculo estava no olho errado, esqueceram-se da garrafa de champanhe e substituíram expressão gritada<sup>133</sup>.

Esses experimentos mostraram como as pessoas podem ser traídas por sua memória e como o fato pode ser narrado de forma tão discrepante de como ele se apresentou.

Twinning conclui que embora os experimentos de “testemunhas” oculares tenham ensinado uma lição simples com a prática, o conhecimento sobre o método usado nos experimentos não evoluía com base na experiência. Os experimentos continuavam idiossincráticos, espasmódicos e essencialmente amadores<sup>134</sup>.

Ou seja, as falhas são inerentes ao sistema, ainda que sejam involuntárias. A dizer da experiência com obtenção de testemunhos, que podem ser tão diferentes, variando tanto de pessoa para pessoa. Daí a necessidade de criar instrumentos que amenizem as falhas do sistema.

Damaška<sup>135</sup> aponta algumas características do sistema processual na *common law* que são responsáveis pelo desenho do sistema probatório de lá, notadamente, a organização do julgamento; a concentração dos atos processuais; a participação ativa das partes e de seus advogados no processo.

Segundo ele, do ponto de vista do direito continental, o direito probatório na *common law* apresentaria três traços típicos: teria um complexo sistema regulatório, teria uma preocupação de separar a matéria de fato do direito e de estruturar a análise das evidências.

Ian Dennis<sup>136</sup> afirma que o processo mais do que alcançar uma verdade, se é que chegará a julgamento, é uma disputa de versões que duas partes têm sobre determinados fatos, que serão revelados, para que ao fim o júízo escolha uma dessas versões.

Ainda que assim seja, é um sistema que assegura o intenso debate entre os envolvidos, o que, partindo do pressuposto de que os advogados sejam preparados, não vão hesitar em lançar mão de todas as armas para fazer evidente a verdade.

---

<sup>133</sup> TWINING, William. *Rethinking evidence: Exploratory essays*. 2a. ed., New York: Cambridge University Press, 2006. P. 18-19. Tradução livre para “a student dressed in a top hat and tails, with a monocle in his left eye, a bottle of champagne on a silverplated salver in the right hand and a gun in the left hand, rushes into the classroom, shouting, “You boulder, I have got you at last”; he shoots the teacher and rushes out again, still carrying the champagne. The teacher then rises from the dead and asks the class to write down an account of what they have just witnessed.”

<sup>134</sup> TWINING, William. *Rethinking evidence: Exploratory essays*. 2a. ed., New York: Cambridge University Press, 2006. P. 19

<sup>135</sup> DAMAŠKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Haven & London: Yale University Press, 1997. P. 4, 7

<sup>136</sup> DENNIS, Ian H. *The law of evidence*. 4<sup>th</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 2010. P. 15

### 3 A PROVA PERICIAL

Toda pretensão levada a juízo é baseada em um fato, de que o autor extrairá as consequências jurídicas e sobre que o juiz, após o devido contraditório, decidirá em sentença.

Como ensina Moacyr Amaral Santos<sup>137</sup>, o objeto da prova é o próprio fato, que pode ser provado por declarações das partes, documentos ou depoimentos de testemunhas e para conhecê-lo o juiz deveria entrar em contato direto com a coisa, ou com pessoas, quando estas constituam a prova material do fato. Não obstante, há situações em que o juiz não conseguirá compreender o fato por lhe faltar conhecimentos técnicos ou especiais, tornando esse contato direto inócuo. É possível que o contato seja válido para a constatação do estado da coisa ou pessoa, mas que ele dependa de um *expert* para saber o que causou aquele estado.

Como não se espera do julgador conhecimento que fuja do ramo da ciência jurídica, ou que a pessoa de conhecimento médio<sup>138</sup> não possua, foi criada uma ferramenta no direito, que pudesse fornecer ao magistrado o conhecimento de que ele não dispõe para verificar o fato litigioso. Essa ferramenta é a prova pericial prevista no ordenamento pátrio nos artigos 420 a 439 do Código de Processo Civil (CPC).

Moacyr Amaral Santos<sup>139</sup> destaca que para que a observação da coisa e dos fatos seja útil, o juiz se utilizará de pessoas entendidas na matéria, as quais possam lhe transmitir as suas observações. Essas pessoas entendidas, ou técnicas, são os peritos, conseqüentemente, o processo de verificação dos fatos por peritos é o que se chama de perícia, meio pelo qual pessoas dotadas de determinado conhecimento especial transmitem informações relevantes ao juiz.

Conforme Luis Fernando Manzano<sup>140</sup> a prova pericial seria uma prova atípica, porque o código e as leis não disporiam sobre os detalhes procedimentais do rito probatório, ou seja,

---

<sup>137</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 27ª. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 512.

<sup>138</sup> Certamente esse critério é variável no tempo. Um herege afirmou que a terra girava ao redor do sol, hoje todos confirmam a assertiva condenada outrora. A ação contra Galileo Galilei foi proposta em 1633. Embora as pessoas pensem que tenha havido um embate da ciência com a igreja católica, tratou-se de um processo comum, com advogados, juízes e todas as formalidades do direito processual. In: FEDERAL JUDICIAL CENTER. NATIONAL RESEARCH COUNCIL OF THE NATIONAL ACADEMIES. *Reference manual on scientific evidence*. 3<sup>rd</sup> ed. Washington, D.C: National Academies Press, 2011.P. 38

<sup>139</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 27ª. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2011. P.513.

<sup>140</sup> MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova Pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. Ed. Atlas. São Paulo, 2011. Pág. 59.

são silentes quanto à confiabilidade do princípio científico, técnica e método aplicáveis. Segundo o autor, daí se justificaria a preocupação quanto ao seu emprego no processo.

O fim ideal do direito é a distribuição da justiça com base na verdade demonstrada. Não por outro motivo o CPC prevê no seu art. 339 que todos colaborarão com o poder judiciário para o seu descobrimento<sup>141142</sup>.

Sabe-se que no processo civil, tratando-se de direitos disponíveis, o legislador cria presunções, ficções etc. para que o processo chegue ao fim, em tempo razoável. Já no processo penal, devido a sua natureza, a certeza se sobrepõe sobre qualquer tipo de dúvida, que atuará pró réu. No entanto, em ambas as situações não é possível negar que se almeja chegar a uma única verdade.

A preocupação com a prova pericial é que da reconstrução fiel dos fatos emane a verdade. Ocorre que dessa reconstrução farão parte pessoas estranhas ao processo, presumidamente, isentas e possuidoras de saber específico, que são os peritos.

Os peritos são auxiliares da justiça, imparciais, tal como previsto no art. 139 do Código de Processo Civil.

Nas palavras de Leonardo Greco<sup>143</sup> “o perito é a pessoa física capaz, isenta, idônea, portadora de conhecimentos científicos, técnicos ou especializados e da confiança do juiz. Ele é um sujeito imparcial do processo e tem o dever de colaborar com a justiça, assim como o têm todos os demais cidadãos (CPC, art. 339)”.

Mas será que esses peritos adotam fielmente o compromisso com a busca da verdade? Será que realmente têm saber científico confiável? Será que são capacitadas a atuar em juízo? Será que agem com a responsabilidade necessária em se tratando de direitos de terceiros?

Essas questões sempre existiram e o debate relevante se iniciou há muitos anos no ordenamento norte-americano. No ordenamento jurídico pátrio é possível verificar que a preocupação com a perícia é constante, haja vista diversas reformas havidas na matéria e na medida em que o legislador garantiu expressamente a liberdade de o juiz adotar ou não o resultado do laudo pericial (art. 436 do CPC), dependendo das demais provas carreadas aos autos.

---

<sup>141</sup> Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

<sup>142</sup> Adota-se a linha do prof. Flávio Mirza que, seguindo a melhor doutrina, encerra a discussão de que haveria duas verdades, uma real e uma formal. A verdade é uma só. “Não podem existir duas verdades. Se possível alcançar uma, haverá de ser a única (sem adjetivações), sob pena de o processo refletir uma mentira”. MIRZA MADURO, Flávio. *Notas sobre a questão da verdade no direito processual*. In: Carlos Frederico Gurgel Calvet da Silveira; Sergio Souza Salles; Waleska Marcy Rosa. (Org.) *Ensaio sobre Justiça, Processo e Direitos Humanos II*. 1ª ed. Petrópolis: UCP, 2009, v. , p. 102.

<sup>143</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 224.

Ao longo dos anos, percebeu-se que a prova pericial podia apresentar falhas, possivelmente por ausência de método padronizado para a sua colheita, ou, para usar o termo de Manzano, por sua atipicidade. Essas falhas foram analisadas nos Estados Unidos, culminando com o estabelecimento de critérios para a aferição da validade e confiabilidade da prova.

Identificar-se-ão neste trabalho as possíveis falhas na prova pericial e será apresentada a solução dada pela jurisprudência americana para o controle de admissibilidade dessa prova, que tampouco encerra as discussões na matéria, já que também é objeto contínuo de críticas.

O problema em geral da perícia, observado em todos os ordenamentos<sup>144</sup>, é que a função do perito é auxiliar o juízo e não julgar a matéria, mas o que acontece no caso em concreto é exatamente o contrário. Dada a falta de conhecimentos técnicos e científicos do juiz, pode-se acabar acolhendo o laudo pericial como única verdade, não passando a sua capacidade de valorar livremente a prova pericial de mera ficção.

A partir dos estudos realizados, reflete-se se haveria meios de controlar a confiabilidade da prova com base na legislação pátria vigente e de fato exigir que a sua valoração não seja mera ficção. A propósito Carnelutti já alertava que o valor da prova consistia na sua idoneidade a estabelecer a existência do fato a provar<sup>145</sup>.

O ordenamento brasileiro oferece esses instrumentos. O problema é que nem sempre são usados, ou, sendo usados, são recepcionados de forma preconceituosa.

Talvez a solução local seja despertar a consciência de que todas as etapas que envolvam a prova pericial (postulação, admissão e valoração) requeiram o exercício de cooperação real entre as partes, juiz, peritos e assistentes técnicos, de acordo com suas funções delineadas no Código de Processo Civil, para que efetivamente se contribua para o

---

<sup>144</sup>TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008.P. 96-97. DUMOULIN, Laurence. *Les Experts Judiciaires ont-ils encore du pouvoir? Des effets de la professionnalisation des experts sur la justice*. In: Rude-Antoine, Edwige. *Le procès. Enjeu de droit, enjeu de vérité*. Paris: Presses universitaires de France, 2007.P. 298 “En effet, les expertises font l’objet de critiques nourries, qui sont reactivées à l’occasion d’affaires judiciaires difficiles et bien médiatisées- au XIXe et XXIe siècles. Sur ce plan, l’affaire d’Outreau apparaît comme la plus récente mais certainement pas la dernière manifestation du caractère toujours potentiellement contestable du rôle des experts dans la justice. Trop longues et contribuant notablement à la lenteur des procédures, trop chères et participant à l’explosion des frais de justice, trop nombreuses et se substituant aux missions normales du juge, les expertises sont essentiellement vues comme des sources de dysfonctionnement pour un secteur judiciaire dont les difficultés sont réelles. Mal formés, mal sélectionnés et donc incompetents ; trop affirmatifs, prompts à proposer des diagnostics péremptores, les experts sont, quant à eux, soupçonnés d’introduire des éléments contestables voire des ferments d’erreurs au cœur même du processus de mise en verdict d’une situation judiciaire. Dans des contextes de crise de l’expertise, où celle-ci est fortement dénoncée, caricaturée voire ridiculisée, des mesures essentiellement législatives sont prises pour remédier à ce qui est perçu comme inacceptable. C’est ainsi que différents textes normatifs ont été successivement adoptés afin de régler les conditions du recours aux experts et les modalités d’exercice de l’expertise ».

<sup>145</sup>CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto*. Terza Ed. Emend. Ampl. Roma: Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1951. P. 378.

acertamento dos fatos como são na realidade em que podemos compreendê-los. Isso seria alcançado através da definição exata do objeto da perícia, da indicação do ramo da ciência ou técnica em que o perito deva deter conhecimento, da justificativa da necessidade da produção da prova, com indicação do porquê de estar apta a demonstrar a existência do fato.

Quando requerida de ofício, deve haver a formulação *a priori* dos quesitos pelo juiz (art. 426, inciso II do CPC), para que as partes entendam a necessidade da sua produção.

Essas informações são possíveis de serem debatidas objetivamente e, portanto, submetidas ao controle, evitando-se o arbítrio.

A ausência de motivação deve ser questionada pelas partes e estas devem aproveitar o direito assegurado ao contraditório, formulando quesitos pertinentes (art. 421, inciso II do CPC), participando das diligências a serem realizadas pelos peritos (art. 431-A do CPC), formulando quesitos suplementares (art. 425 caput do CPC). O interessado pode ainda, por exemplo, impugnar a nomeação do perito que não detém conhecimentos adequados, pedindo sua substituição, desde que fundamentadamente (art. 424, inciso I do CPC), ou requerer a intimação dele para prestar esclarecimento em audiência (art. 435, caput do CPC) ou ainda a produção de nova perícia se os fatos não estiverem devidamente esclarecidos (art. 437 do CPC).

Todos os envolvidos deveriam adotar uma visão crítica, e não cômoda, no decorrer do processo, não se aceitando a prova inútil sem definição de objeto, sem área de especialidade do conhecimento ou outras informações relevantes, que acabam refletindo a perícia requerida de forma automatizada. Tampouco se deve aceitar qualquer laudo com base em presunção absoluta de veracidade, porque emitido por “especialista” no assunto.

Quando se inicia o estudo em direito, aprende-se que o juiz conhece as leis<sup>146</sup>, que serão aplicadas de acordo com os fatos apresentados e provados pelas partes.

A cada processo judicial as partes são obrigadas a lidar com fatos, provas e muitas vezes também com a “interferência de terceiros” no processo, que vão desde as testemunhas, peritos, ao oficial de justiça e ao juiz. Cada uma dessas personagens desempenha papel específico, que deve ser cumprido de forma leal e correta. No entanto, um processo que conta com a participação de tantas pessoas, está sujeito a erros, sejam por falta de atenção, desconhecimento, ou intencionais.

---

<sup>146</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 97: “O direito subjetivo é uma situação de vantagem que resulta de algum fato. Daí o conhecido brocardo: “dá-me os fatos que te darei o direito” (*da mihi factum dabo tibi jus*). Então, como regra geral, provam-se os fatos, porque o direito não depende de prova, já que o juiz o conhece (*jura novit curia*)”.



Em tese, qualquer um que se propõe a prestar um serviço, deve prestá-lo bem e com qualidade. Se erros acontecem, é preciso consertá-los. O mesmo ocorre com o serviço jurisdicional prestado pelo Estado. Sabendo-se que os erros são inevitáveis e causados por uma série de razões extremamente variáveis, o legislador prevê formas de controle da atuação das partes, testemunhas, peritos, juízes, e “remédios” jurídicos para a correção de eventuais erros.

O processo é um método de trabalho complexo em que é necessário averiguar a veracidade dos fatos alegados, a sua adequação à norma, para, finalmente, dar a cada um o que é seu<sup>147</sup>.

As partes envolvidas possivelmente não se conhecem pessoalmente, mas são afetadas por fatos que de alguma forma as conectam.

Nem sempre é fácil provar fatos. Alguns se provam, outros se presumem. Algumas situações são resolvidas pelo legislador, que cria ficções visando amparar a pessoa que foi lesada e que não tem meios hábeis de comprovar um dano, por exemplo<sup>148</sup>.

Nesse método se trabalha com os fatos e com o direito. Aprende-se que questões de direito serão decididas pelo juiz, o que lhe dá inclusive poderes para abreviar o curso do processo, para proferir de pronto sentença, caso a questão de mérito seja unicamente de direito (art. 330, inciso I do CPC), mas o que acontece quando os fatos se confundem com o

<sup>147</sup> O ideal seria dar a cada um o que é seu, mas como bem aponta a melhor doutrina “Uma das maiores ilusões que a consciência democrática contemporânea difunde na sociedade é a de que todo aquele que tiver um direito lesado ou ameaçado vai receber do Estado a mais ampla e eficaz tutela jurisdicional, o que lhe assegurará o pleno gozo desse direito”. Vide GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 83.

<sup>148</sup> BRASIL. *Lei da Propriedade Industrial 9.279/96*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm)>. Acesso em 15/07/2011. Prevê, por exemplo, que atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, ou entre produtos e serviços ensejam ressarcimento. A indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido e os lucros cessantes são determinados pelo critério mais benéfico ao prejudicado entre três (arts. 209, 208 e 210). Como a prova do prejuízo é de difícil apuração, caso o ilícito seja provado independentemente da comprovação do dano pecuniário, isto é, reconhecida a violação da propriedade industrial, a compensação é devida com base nos critérios estabelecidos pelo legislador. Nesse mesmo sentido é o julgado do E. Superior Tribunal de Justiça. “O art. 209 da Lei 9.279/96 autoriza a reparação do dano material decorrente do ato de violação do direito de propriedade industrial, não condicionando essa reparação à efetiva demonstração do prejuízo pelo titular do referido direito, até porque, na grande maioria dos casos em que há violação do direito marcário, essa prova é difícil de ser feita. Assim, o prejuízo é decorrente do próprio uso indevido da marca porque esse uso implica desvio de clientela e confusão entre as empresas. (...)E, considerando a especialidade do tema, entendo que esse dano é presumido pelo potencial desvio de clientela e confusão que pode ser gerada entre as empresas envolvidas pelo uso indevido da marca de titularidade de uma delas - na hipótese, da recorrente.(...) Presumida a existência do dano material na hipótese, em decorrência do uso indevido da marca Alumex pela recorrente, a recorrente tem direito à reparação. A quantificação do dano, entretanto, será feita em sede de liquidação de sentença, de acordo com um dos critérios estabelecidos pelo art. 210 da Lei 9.279/96, cumprindo ao juiz de primeira instância verificar qual deles mais se adequa à hipótese dos autos”. 3a. Turma Número Registro: 2009/0248556-6 Processo Eletrônico REsp 1.174.098/MG. Julgado: 04/08/2011. Relat. Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Alumex Ind. e Com. Ltda. Recorrido: Alcicla Ind. e Com. S.A. A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Dje 15/08/2011. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em 26/03/2013.

próprio direito? Pessoas estranhas à lide podem passar a decidir o direito, como os peritos, por exemplo, que se transformam em verdadeiros juízes do caso<sup>149</sup>.

A separação do fato e do direito pode não ser clara no caso concreto. Ocasionalmente, o legislador define em lei especial situação aparentemente de fato, que por sua vontade se torna jurídica. Quando isso acontece é muito importante que as partes fiquem atentas para os possíveis erros e para seu controle efetivo.

Essa é uma das questões presentes em conflitos de marcas, na área da propriedade industrial. O legislador, na lei 9.279/96, usou de termos como “imitação e reprodução” para definir o que não seria registrável como marca e o que constituiria o crime contra registro de marca ou de concorrência desleal. Há o uso desses substantivos ou verbos equivalentes em vários incisos (art. 124, incisos V, XI, XII, XIV, XIX, XXIII, art. 189, inciso I, art. 190, inciso I, art. 195, inciso IV). O artigo 124, inciso XIX, da citada lei, expressa em síntese a intenção do legislador no sistema de proteção às marcas. Conforme o artigo, não é registrável como marca o sinal que reproduza ou imite marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia. O mesmo entendimento se adequa quando se trata de coibir o uso indevido de marca, que sequer foi submetida ao registro no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), Autarquia competente a analisar pedidos e conceder registros de marca.

O conceito de marcas, sua origem, natureza jurídica, o registro público etc. são apresentados nas cadeiras de direito empresarial, nos cursos de direito<sup>150</sup>. Hoje já existem faculdades que oferecem como disciplina eletiva o curso de Propriedade Industrial, especialização e mestrado na matéria.

Isso significa que Propriedade Industrial é um tópico em direito empresarial, em cujos cursos especializados aprende-se a aplicar o conceito de imitação ou reprodução. Ainda, como visto acima, a lei não exige a prova da confusão ou associação com marcas alheias anteriores, basta haver a suscetibilidade de que isso aconteça. A lei visa proteger tanto o consumidor da compra do produto ou contratação do serviço errado, como o empresário que investiu na marca.

---

<sup>149</sup> Ver ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. MENEZES, Paula Bezerra de. *Perícia em Conflitos de Marcas e Trade-Dress: Transferência da Decisão de Mérito para um Terceiro não Togado?* Revista da ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. No. 103. Nov/Dez. 2009. P. 46-50 e MENEZES, Paula Bezerra de. *O papel dos operadores do direito na produção da prova pericial visando à obtenção da verdade*. Revista Eletrônica de Direito Processual. Ano 5. Vol. VIII. Jul. Dez. 2011. Disponível em <[www.redp.com.br](http://www.redp.com.br)>. Acesso em 01/01/2013.

<sup>150</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 1º. Vol. 30ª ed. rev. e atualizada por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 178.

Esses conceitos, ainda que alegadamente subjetivos, já estão sedimentados no conhecimento do homem adulto. Afinal, a criança aprende a falar e a se expressar imitando aqueles que a cercam. A reprodução é multiplicar qualquer unidade, conceito matemático<sup>151</sup>.

Seguindo esse raciocínio lógico, seria possível afirmar que os casos que envolvem conflitos de marcas, podem ser decididos pelo juiz, não havendo necessidade de um perito.

Aliás, já existem varas especializadas em direito empresarial em algumas comarcas, como, por exemplo, no Rio de Janeiro. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo conta agora com uma Câmara especializada em direito empresarial, competente para julgar os casos de Propriedade Industrial. A Justiça Federal do Rio de Janeiro, bem como o Tribunal Regional da 2<sup>a</sup>. Região também têm varas e turmas especializadas em conflitos de marcas.

A questão com a perícia em conflitos de marca chama atenção pela variedade de procedimentos adotados nas diferentes comarcas.

Ora se entende que não é cabível a realização da prova pericial, ora se entende que a produção da prova não pode ser negada por ferir o direito à ampla defesa. Essa variação de entendimento sobre o mesmo tema acaba gerando sentenças totalmente díspares para situações semelhantes.

Aqui se depara com o eterno dilema no direito e na justiça. O legislador busca criar regras que sejam capazes de manter o comportamento em sociedade uniforme e prever que atos semelhantes gerem uma consequência específica, mas a realidade é que o direito implica o julgamento por homens, que produzem uma série de atos irregulares e arbitrários, sendo a falta de uniformidade inerentes ao sistema<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> IDS - INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN DE ESTUDOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Comentários à Lei da Propriedade Industrial*. Ed. Revista e Atualizada. Renovar, 2005. P. 124. “A reprodução, antes de ser conceito jurídico, específico do direito de propriedade industrial, é conceito matemático e é conceito semiológico. Reproduzir, em matemática, é duplicar a quantidade”.

<sup>152</sup> Sobre o tema ler: WIGMORE, John Henry. *Problems of law, its past, present, and future. Three lectures*. New York: Charles Scribner's Sons, 1920. P. 5 e ss.

Isso se verifica claramente no processo civil em matéria de conflitos de marcas, quando é produzida a prova pericial, cujo laudo pode dirigir os julgadores para sentidos diametralmente opostos<sup>153</sup>.

Qual seria então um método racional aceitável que permitisse a redução da incidência de tantas variáveis em casos de conflitos de marcas, por exemplo, visando a uniformidade de decisões judiciais?

Entende-se que um deles seria pela distinção entre matéria de fato e de direito. Se houvesse um consenso de que a questão de reprodução ou imitação de marcas fosse jurídica, o juízo deveria, ao fixar os pontos controvertidos, ressaltar a posição da norma jurídica e se posicionar pela inutilidade da prova pericial, para casos do mesmo gênero.

E se a situação jurídica assume uma complexidade tal em que a perícia seja inevitável? Seria o direito periciável? Caso positivo, como controlar o resultado da perícia?

Pode acontecer de o direito ser objeto de prova como acontece na prova do direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário (art. 337 do CPC). Há ainda os casos em que as questões de fato e de direito se misturam tornando difícil a distinção tradicional, seja pelas circunstâncias de fato ou por aquelas criadas pela norma. Já é sabido que existem leis internacionais que, prevendo incertezas científicas, acabam regulando questões que misturam fato científico e direito, como por exemplo, aquelas que determinam que as partes adotem

---

<sup>153</sup> Vide Apelação Cível 9094325.33.2008.8.26.0000, 8a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, processo originário de São Bernardo do Campo, 4a. VC. Apelante EMS S.A., Apelado ER Squibb e Sons LLC e outra. Concorrência desleal caracterizada em primeiro grau por imitação de embalagem de medicamento de referência pela empresa de medicamento genérico. O laudo do perito concluiu que havia imitação de marca, mas esta não causaria confusão. A sentença julgou parcialmente procedente o pedido e condenou a ré a se abster do uso das embalagens imitativas do “Dermodex”. O Relator da Apelação Ribeiro da Silva deu provimento ao recurso porque a sentença estaria em dissonância com o laudo pericial. O mesmo ocorreu na Apelação Cível 9089125.11.2009.8.26.0000, 8a. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, processo originário de São Bernardo do Campo. Apelante EMS S.A., Apelado Bristol Myers Squibb Farma Ltda. que envolvia o medicamento de referência “Luftal”. A sentença reformada não foi adstrita ao laudo. Em segundo grau a fundamentação do acórdão de relatoria de Ribeiro da Silva foi pelo provimento da apelação porque a sentença estava em dissonância com o laudo. Apelação Cível 990.10.382348-6. 6a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo originário de São Bernardo do Campo. Apelante EMS S.A. e outro Apelado Schering Corp e outro. Concorrência desleal caracterizada pela imitação de embalagens de produto de referência pela empresa de genérico. A sentença julgou parcialmente procedente a demanda de obrigação de não fazer, mas para isso o juiz desconsiderou o laudo pericial. O juiz entendeu que havia violação de conjunto imagem pela reprodução de esquema de cores das embalagens e possibilidade de confusão pelo público das embalagens. O Relator Vito Guglielmi negou provimento ao recurso do laboratório de genéricos confirmando a contrafação e decidindo que o perito se baseou em premissa equivocada. Apelação Cível 9144206.13.2007.8.26.0000. Processo originário de São Bernardo do Campo. Apelante Boehringer Ingelheim do Brasil Quím. Farma. Ltda. e outras, Apelado EMS S.A. Caso de Concorrência desleal e infração de marcas. Cópia de embalagens pela empresa de genéricos dos medicamentos de referência. O perito reconheceu a imitação, mas concluiu que inexistia confusão. A sentença revogou a antecipação dos efeitos da tutela e acolheu o laudo para julgar improcedentes os pedidos autorais. O Relator Ênio Zuliani reformou a decisão e desconsiderou o laudo, dando parcial provimento ao recurso de apelação, porque o perito estava equivocado. Como se vê a questão de fundo em todos os casos era a mesma, mas o arranjo de decisões, bastante diferentes. Isso para não falar dos diversos casos semelhantes em que sequer há prova pericial, porque a questão de imitação é considerada de matéria de direito, como visto na nota n°. 40.

certas medidas para preservar o meio ambiente, em que será necessário recorrer a auxílio técnico para esclarecer o teor daquelas medidas <sup>154</sup>.

Nos casos em que for questionada a posição da norma jurídica, pouco importa o processo que o juiz utiliza para conhecê-la<sup>155</sup>, seja através do trabalho do perito, das provas fornecidas pelas partes ou por sua investigação pessoal, o que se deve ter em mente é que o juiz tem ampla capacidade e dever técnico de controlar rigorosamente o trabalho do perito, as premissas do laudo e suas bases. Ele não pode ser um juiz passivo.

A prova pericial é um meio de prova indireta<sup>156</sup>, produzida por um perito e introduzida por meio deste no processo. É um procedimento probatório que possibilita chegar ao fato que se prova a partir de outro participante ou outros mediante um processo inferencial<sup>157</sup>.

O perito pode realizar toda sorte de exame pericial, que inclui o exame propriamente dito, a vistoria, o arbitramento e a avaliação. Ele será responsável por constatar, perceber e certificar-se dos fatos, levando-os ao conhecimento do juiz.

No entanto, não são quaisquer fatos que ficarão a cargo de exame pelo perito, mas sim aqueles que são objeto da perícia e que fogem do conhecimento comum esperado do juiz.

Em certas situações que não exigem conhecimento especial, o juiz pode realizar constatações diretamente, sem a intervenção de terceiros, o que se dará por meio da inspeção judicial<sup>158</sup>.

A função do perito é da máxima importância e, como regra, ele deve processualizar em linguagem mais simples, questões complexas que fogem do conhecimento comum. Essa linguagem não dispensa a fundamentação lógica e nem a demonstração de como ele chegou àquela determinada conclusão.

---

<sup>154</sup> FOSTER, Caroline E. *Science and the precautionary principle in international courts and tribunals: Expert evidence, burden of proof and finality*. New York: Cambridge University Press, 2011. P. 6

<sup>155</sup> CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Apéndice de Giacomo P. Augenti. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1982. P. 5

<sup>156</sup> CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Apéndice de Giacomo P. Augenti. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1982. P. 75: “*En realidad, prescindiendo de la relación entre quien percibe el hecho y el juez, concurren aquí todos los caracteres de la prueba indirecta: el juez no percibe el hecho, sino un hecho diverso, a saber: la descripción oral o escrita ajena acerca del hecho mismo, de la cual deduce el hecho a probar*”.

<sup>157</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*. 3a. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010. P. 79. A autora conclui também que na verdade, sob esse ponto de vista, todas as provas sobre fatos passados seriam indiretas, a menos que o julgador os tivesse observado à época do acontecimento.

<sup>158</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15ª. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 227. “O juiz irá ao local quando julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar, quando a coisa não puder ser apresentada em juízo sem consideráveis despesas ou graves dificuldades ou quando determinar a reconstituição dos fatos”.

O perito tem amplos poderes de investigação, conforme dispõe o art. 429 do Código de Processo Civil, o que, aliado aos conhecimentos especiais que possui, tende, no inconsciente coletivo, a fazer com que a prova receba peso maior do que aquele dado às outras provas produzidas e carreadas aos autos.

A atuação do perito, que é auxiliar da justiça, cuja legitimidade se presume a partir de critérios muito simples, não é infalível, por isso, é tão importante o estudo desse meio de prova e a conscientização das falhas que ele pode apresentar.

Quem vai a juízo espera que seus pedidos sejam analisados por um juiz, que dialogue com todas as partes interessadas, que escute todas as queixas e que motive suas decisões. Esse processo concretiza a legitimidade do juiz. Por isso, é indispensável também que se desenvolva o diálogo do juiz com o perito, assistentes técnicos e partes, seja através da elaboração de quesitos, ou com realização de audiências para esclarecimentos orais (art. 435 do CPC) e não apenas com a adoção burocrática do resultado do laudo, sem uma motivação racional para as partes<sup>159</sup>.

São muitas questões em aberto que devem ser solucionadas, sendo a principal, que orienta este trabalho, saber qual o método racional efetivo apto a controlar o rumo da prova pericial. Alguns ordenamentos jurídicos ainda buscam o aprimoramento do instituto, incluindo o brasileiro, para garantir a legitimidade da prova e para que ela represente mais do que um procedimento burocrático no curso do processo.

### 3.1 Função e forma da prova pericial

A função da prova pericial, produzida pelo perito, é suprimir a deficiência do juiz ou dos jurados, que não detenham os conhecimentos científicos, técnicos ou especializados, que se esperam no homem de educação média, para a delimitação e avaliação de certos fatos que produzam consequência jurídica.

---

<sup>159</sup> Sobre burocratização da justiça interessante destacar trechos do artigo de FISS, Owen. *The Bureaucratization of the Judiciary*. In: *The law as it could be*. New York: New York University Press, 2003. p. 66/7 “*The history of the twentieth century life has come to be dominated by large-scale, complex organizations – the corporation, the labor union, the university, the public hospital, and even our national political agencies. (...) We have come to accept this and often refer to the executive branch as “The Bureaucracy”, but a similar development has occurred within the legislature. (...) Today the judiciary must be seen as a large-scale, complex organization, responding to the growing size and complexity of American society*”. (...) “*Bureaucratization tends to corrode the individualistic processes that are the source of judicial legitimacy. The foundation of judicial power is process. (...) I am referring to the obligation of judges to engage in a special dialogue – to listen to all grievances, hear from all interests affected, and give reasons for their decisions. Signing his or her name to a judgment or opinion assures the parties that the judge has thoroughly participated in that process and assumes individual responsibility for the decision*”.

Michele Taruffo lembra bem que nem os juízes, nem os jurados, são oniscientes e que todos os sistemas processuais se utilizam de alguma forma do perito<sup>160</sup>. Neil Andrews<sup>161</sup> também se refere à necessidade da perícia no processo civil, porque “nenhum juiz é onisciente” e “não podemos exigir dos juízes que tenham conhecimento de cada ramo da ciência, das artes e dos mistérios de todas as profissões”, atribuindo esses termos a J.A. Jolowicz. (Tradução livre).

Os juízes precisarão, dependendo do objeto em litígio e do fato controverso, buscar complementar o seu conhecimento através da ajuda de outras pessoas. Nada mais natural do que confiar naqueles que tenham estudado o assunto, especializando-se, ou que tenham adquirido experiência ao longo dos anos, trabalhando com o mesmo tipo de fato no dia a dia.

Os países da *common law*, tradicionalmente, consideram o perito uma testemunha qualificada por seu conhecimento, aptidão, experiência, treinamento ou educação, para apresentar uma opinião, desde que esta ajude o julgador a entender a prova ou o fato em discussão<sup>162</sup>.

A doutrina americana aponta que os *experts* apresentam seus testemunhos apenas em forma de opinião, mas esta não é a única forma existente. O *expert* pode fazer uma dissertação ou exposição de princípios científicos relevantes para o caso, deixando a cargo do julgador a aplicação desses princípios ao caso concreto. No entanto, é comum que esse *expert*, no direito americano, vá além e promova inferências a partir da aplicação do conhecimento especializado aos fatos em exame<sup>163</sup>.

Lá a necessidade da perícia é baseada no senso comum e será realizada dependendo da resposta ao seguinte questionamento: seria o homem leigo, não treinado, qualificado para, fazendo uso de sua inteligência, entender minuciosamente, e sem os esclarecimentos daqueles

<sup>160</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008. P. 90.

<sup>161</sup> ANDREWS, Neil. *The three paths of justice: Court proceedings, arbitration, and mediation in England*. Springer Dordrecht. Heidelberg London New York. 2012. Versão Kindle.

<sup>162</sup> *Rule 702. Testimony by Expert Witnesses. A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if: (a) the expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue; (b) the testimony is based on sufficient facts or data; (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.* ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Rules of Evidence*, [http://www.law.cornell.edu/rules/fire/rule\\_702](http://www.law.cornell.edu/rules/fire/rule_702), Acesso em 11/09/2012. 35.3 (1) It is the duty of experts to help the court on matters within their expertise. (2) This duty overrides any obligation to the person from whom experts have received instructions or by whom they are paid. <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part35>. Acesso em 11/09/2012.

<sup>163</sup> Ver *Notes of Advisory Committee on Proposed Rules*. [www.law.cornell.edu/rules/fire/rule\\_702](http://www.law.cornell.edu/rules/fire/rule_702). Acesso em 1/9/2012.

que detêm conhecimento especializado, os fatos envolvidos na disputa? O ramo de conhecimento não é limitado ao científico ou técnico, mas estendido aquele especializado. Sob esse enfoque podem ser peritos desde os médicos, arquitetos, mas também aqueles que têm habilidades específicas como o banqueiro, ou até o fazendeiro, para atestar o valor da terra<sup>164</sup>.

Entre nós Pontes de Miranda já alertava para esse fato quando disse que a especialidade do perito poderia dispensar cultura e até instrução, aludindo ao analfabeto entendido em extração de borracha no Amazonas; ou exigir alto nível de ambas, quando necessário ouvir o cientista de conhecimentos técnicos raros<sup>165</sup>.

### 3.2 Breve história da perícia

Nas civilizações mais antigas a colheita das provas era realizada diretamente pelo juiz. Quando os conflitos eram decididos pelo árbitro, escolhido pelas partes, esse tinha o poder de verificar direta e pessoalmente os fatos, incluindo lugares e pessoas. Isso indica que a inspeção judicial tenha precedido à perícia<sup>166</sup>.

É possível, no entanto, encontrar vestígios da perícia na velha civilização do Egito pré-faraônico, realizada por um juiz-médico<sup>167</sup>.

Foi em Roma que o exame ocular de pessoas e coisas se estabeleceu como meio de prova judiciária.

Com o crescimento daquela cidade e, conseqüentemente dos conflitos, os imperadores, que originalmente distribuía a justiça soberanamente, ainda que de forma arbitrária, começaram a delegar a tarefa a outras pessoas.

A partir dessa prática o processo acabou sendo dividido em duas fases: *In iure* e *in iudicio*. A fase *in iure* consistia na análise, pelo magistrado, das questões de direito. Nesta etapa não se apreciava nada referente à instrução da causa. A instrução e a decisão ocorriam

<sup>164</sup> Ver *Notes of Advisory Committee on Proposed Rules*. [www.law.cornell.edu/rules/fire/rule\\_702](http://www.law.cornell.edu/rules/fire/rule_702). Acesso em 1/9/2012.

<sup>165</sup> Apud GRINOVER, Ada Pellegrini. *Prova Pericial: Conhecimento técnico especializado e perícia complexa*. In: Revista da ABPI Associação Brasileira da Propriedade Industrial 89. Rio de Janeiro: Jul. Ago. 2007. P. 4.

<sup>166</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial. Exames periciais e presunções*. V. 2<sup>a</sup>. ed. correta e atualizada. São Paulo: Max Limonad, 1955. P. 8.

<sup>167</sup> MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova Pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. Ed. Atlas. São Paulo, 2011. P. 174.



na fase *in iudicio*, perante o *iudex* ou *arbiter*<sup>168</sup>, momento em que as provas eram produzidas. Quando as provas consistiam no exame ou inspeção ocular de pessoas ou coisas, era o *iudex* quem realizava a verificação pessoalmente.

As partes começaram então a escolher como *iudex*, pessoas entendidas na matéria sempre que a compreensão dos fatos dependesse de conhecimentos especiais. Inicialmente, cabia às partes a escolha do *iudex*, e, havendo discordância, cabia ao magistrado a escolha.

O *iudex* desempenhava ao mesmo tempo a função de perito e de juiz adstrito à apreciação dos fatos.

Essas duas fases do processo *in iure* e *in iudicio* foram suprimidas na era cristã, no ano de 294, com Diocleciano, quando se concentrou em uma mesma pessoa, na figura do magistrado, as funções de julgar os fatos e de declarar o direito. Ali o juiz não era mais escolhido pelas partes, mas era funcionário do Estado e nem sempre detinha os conhecimentos técnicos especiais para examinar pessoas e coisas. Por isso, a figura do perito começa a aparecer frequentemente.

Com o direito dos povos bárbaros que dominou a Europa após a derrubada do império romano a prova pericial caiu em desuso. Durante a Idade Média, no período das ordálias, ou juízos de Deus, esses meios de prova, de comprovação da verdade instituídos de acordo com fórmulas arbitrárias prefixadas, eram incompatíveis com a prova pericial e insubstituíveis<sup>169</sup>.

A perícia volta à cena judiciária a partir do século XI, com o ressurgimento do direito romano e influência da Igreja, período em que houve a sistematização do direito probatório de maneira em geral e o estabelecimento das provas legais.

O desenvolvimento da prova pericial foi significativo no direito canônico, especialmente, em decorrência da cultura dos homens da igreja, que condenavam as ordálias.

Com os estudos da medicina, estimulou-se a intervenção do médico no processo. A primeira necrópsia teria sido realizada em 1302, em Bolonha, pelo anatomista Bartolomeu Varignano, em cadáver por suspeita de envenenamento<sup>170</sup>.

Os italianos tiveram participação notável no uso da perícia para estabelecer a causa da morte e o corpo do delito. Eles desenvolveram uma espécie de juízo de fato do objeto

---

<sup>168</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial. Exames periciais e presunções*. V. 2ª. ed. correta e atualizada. São Paulo: Max Limonad, 1955. P. 9.

<sup>169</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 5a. ed. Bogotá: Temis. Tomo II, 2006. P. 281

<sup>170</sup> MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova Pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. Ed. Atlas. São Paulo, 2011. P. 175

submetido a sua análise, como um tipo de testemunha. O direito canônico não distinguia a prova pericial da testemunhal<sup>171</sup>.

As legislações modernas incluíram a previsão da realização das provas periciais. Não era mais possível exigir dos juízes conhecimentos especiais, o que autorizava as partes a recorrerem a pessoas que entendiam de fatos na área das artes e ciências, para o exame de coisas ou pessoas objetos da causa.

No direito português a perícia estava prevista nas Ordenações Afonsinas (arbitramento nome genérico de exames periciais), nas Ordenações Manuelinas (1521) e nas Ordenações Filipinas (1603), modo como se fixou no direito brasileiro.

A Ordenança de Blois, de 1579, (art. 162) na França, previa expressamente a realização de perícia para questões relativas ao valor de coisas. Houve popularidade desse meio probatório, que acabou por demandar a criação de uma corporação de peritos, para auxílio dos juízes na apreciação de assuntos técnicos.

Quase um século depois na Ordenança de 1667 de Louis XIV, após a verificação de que a escolha obrigatória daqueles peritos da corporação gerava perigos, retomou-se a tradição romana e se concedeu às partes a possibilidade de escolha livre de pessoas de qualquer classe. O uso desse meio de prova foi exacerbado e abusivo e acabou sendo suprimido em 1677<sup>172</sup>.

Depois da Revolução Francesa, instituída a liberdade de trabalho, os peritos oficiais não detinham mais privilégios profissionais, passando a escolha do perito pelas partes a ser livre, de acordo com o conhecimento que a pessoa detivesse sobre a matéria, retomado o sistema romano<sup>173</sup>.

A legislação brasileira, concretizada no Decreto no. 737/1850, foi influenciada pelas Ordenações Filipinas e pelo Código Francês de 1806.

As Ordenações Filipinas definiam tanto a figura do juiz árbitro, como dos arbitradores. Estes tinham competência para avaliar apenas os fatos, enquanto aqueles não apenas conheciam de coisas e razões de fato, mas também de questões de direito<sup>174</sup>.

---

<sup>171</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 5a. ed. Bogotá: Temis. Tomo II, 2006. P. 281/2

<sup>172</sup> Material extraído de SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial. Exames periciais e presunções*. V. 2ª. ed. correta e atualizada. São Paulo: Max Limonad, 1955. P. 14 e ss.

<sup>173</sup> A informação se confirma em RANGEON, François. *Sociologie des Experts Judiciaires: nouveaux éclairages sur un milieu mal connu*. In: RUDE-ANTOINE, Edwige. *Le procès. Enjeu de droit, enjeu de vérité*. Paris: Presses universitaires de France, 2007. P. 324

<sup>174</sup> PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Livro 3 Tit. 16: Dos juízes árbitros (Conc.). Livro 3 Tit. 17: Dos Arbitradores. Título XVII. Disponível em <[www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p580.htm](http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p580.htm)>. Acesso em 8/6/2012.

O Decreto no. 737/1850 previa expressamente entre as provas admissíveis o arbitramento, que seria realizado quando a compreensão do fato controverso pelo juízo dependesse de informação ou avaliação dos homens da arte ou peritos. O juiz deveria negar o arbitramento quando o fato a ser apreciado dependesse de testemunho comum e não dos conhecimentos especiais de peritos para a decisão da causa<sup>175</sup>.

A partir daí houve uma série de reformas no ordenamento brasileiro, como será visto a seguir.

### 3.3 Prova pericial no Brasil

Ao pesquisar o assunto “prova pericial” nos livros de processo civil no Brasil, depara-se comumente com definições de perícia, do escopo da prova, com comentários sobre os artigos da lei, que prevêm a prova pericial, ou aqueles que regulam as qualidades do perito. Ao final, termina-se com a máxima: “O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos” (art. 436 do CPC)<sup>176</sup>.

<sup>175</sup> Decreto nº 737 de 25/11/1850. Art. 1º. Todo o Tribunal ou Juiz que conhecer dos negócios e causas commerciaes, todo o arbitro ou arbitrador, experto ou perito que tiver de decidir sobre objectos, actos, ou obrigações commerciaes, é obrigado a fazer applicação da legislação commercial aos casos occurrentes (art. 21 Tit. unico do Código Commercial). Art. 138. São admissíveis no Juizo Commercial as provas seguintes: § 9º O arbitramento. § 11 As vistorias. Art. 189. O arbitramento terá logar ou nos casos expressos no Código (arts. 80, 82, 95, 194, 201, 209, 215, 749, 776 e outros), ou quando o facto do qual depende a decisão final carece do juizo, informação, ou avaliação dos homens da arte, ou peritos. Art. 205. O Juiz deve denegar o arbitramento, quando o facto depende sómente do testemunho commum, e não do juizo especial de peritos, ou quando delle não depende a decisão da causa. Art. 209. A vistoria tem logar ou sendo requerida pelas partes, como no arbitramento (art. 190), ou ex officio, ou nos casos prescriptos no Código. Art. 210. Si a vistoria depender de arbitramento proceder-se-ha a elle na fórma indicada nos arts. 189 até 205, com as dilferenças seguintes: Art. 213. A vistoria não tem logar: § 1º Quando o facto fôr sómente susceptível do juizo de peritos. § 2.º Quando a inspecção ocular fôr impraticavel em razão da natureza transeunte do facto. § 3.º Quando ella fôr desnecessaria á vista das provas. § 4.º Quando fôr inutil em relação á questão. Art. 362. Os officiaes e pessoas que fazem parle da junta para a deliberação (art. 509 Código) são os pilotos, contramestres, peritos e marinheiros mais intelligentes e velhos no serviço do mar. (sic).[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm) Acesso em 23/09/2012.

<sup>176</sup> Assim o assunto é apresentado por: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro. Exposição sistemática do procedimento*. 29ª ed. Rev. atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2012; CARREIRA ALVIM, J.E. *Código de Processo Civil Reformado*. 4ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1999 p. 88 (77/92); CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.. P. 461-465; Fux, Luiz. *Curso de direito processual civil: Processo de conhecimento*. 4a. ed. Ed. Forense, 2008. P.616-624.; NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. Da. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 44ª Ed. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 502-511; ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 14 a. ed. São Paulo: ed. Rev. dos tribunais, 2011. P. 1035-1048; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. 1. 49ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 481-489.

Compreende-se que a vontade do legislador no art. 436 do CPC foi garantir que o juiz togado mantivesse consigo o poder de afastar o resultado da prova pericial, caso fosse necessário, tendo em vista seu conteúdo e outras provas produzidas. Sob outro ângulo a regra legal deixa claro que a prova pericial não deve ter um valor probante maior do que as outras provas carreadas aos autos, devendo ser valorada pelo júízo<sup>177</sup>.

A doutrina sempre teve a preocupação de destacar que o perito é um auxiliar da justiça e não um substituto do juiz, ressaltando que o laudo não deveria ser uma sentença, mas fonte de informação para o juiz<sup>178</sup>.

Arruda Alvim reforça o coro e defende que há de se ter em mente que o juiz sendo o *peritus peritorum*, mesmo carecendo de conhecimentos científicos, poderá, ainda assim, sobrepor sua decisão ao laudo e pareceres, de acordo com a liberdade inerente à função jurisdicional, de que o juiz não pode abdicar<sup>179</sup>.

Em que pese o entendimento majoritário doutrinário de que o juiz não fica vinculado ao laudo pericial, devendo formar sua convicção com base no conjunto probatório constante nos autos, poucos analisam crítica e profundamente as mazelas da prova pericial, como evita-las ou até mesmo como controlar os equívocos gerados.

O panorama começa a mudar, no entanto, a partir da decisão de 1993 da Suprema Corte Americana, no famoso caso *Daubert*, que será abordado adiante.

Taruffo<sup>180</sup> aponta que os problemas enfrentados no caso *Daubert* são extremamente importantes em todos os sistemas processuais.

Na doutrina local os debates mais profundos com relação à prova pericial são enriquecidos com as reflexões de Leonardo Greco, Flavio Mirza, Diogo Assumpção Rezende de Almeida, Samir José Caetano Martins, Luis Fernando Manzano.

Conforme Greco observa em suas Instituições<sup>181</sup>, na busca da verdade objetiva, devem-se aproximar os métodos de investigação científica, dos métodos da ciência, que deve

---

<sup>177</sup> “O código não contempla regra prévia de valoração da perícia, porque isso equivaleria o sistema da prova legal. O prestígio é do convencimento racional do juiz. A lei libera o magistrado do absolutismo da perícia, proclamando-o *peritus peritorum*”. Fux, Luiz. *Curso de direito processual civil: Processo de conhecimento*. 4a. ed. Ed. Forense, 2008. P.623.

<sup>178</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. 1. 49ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 488.

<sup>179</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 14 a. ed. São Paulo: ed. Rev. dos tribunais, 2011.. P. 1038/9.

<sup>180</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008. P. 99.

ser tão confiável quanto aquela investigada nas universidades, laboratórios e centros de pesquisa. Aliás, se tratarmos o direito como ciência o uso do método científico é indispensável. Wigmore já identificava isso até mesmo no plano das reformas processuais. As soluções adequadas demandam a adoção da rígida análise científica<sup>182</sup>. Por outro lado, não se olvida de que o processo tem um conteúdo prático, que envolve o gerenciamento da resolução do conflito, em prazo razoável, que acabam afastando um pouco o método processual do científico no conflito concreto.

Na linha da jurisprudência americana, Greco também defende o aperfeiçoamento do sistema pátrio da prova pericial para que o perito demonstre a sua aptidão para revelar o conhecimento científico, técnico ou especializado, necessário para a decisão judicial; para que ao juiz sejam oferecidas as informações a verificar se o método empregado na perícia é acatado pela ciência, pelas regras geralmente aceitas na especialidade técnica ou profissional e, em sendo o caso polêmico na ciência, as alternativas científicas ou técnicas sugeridas e o seu grau de confiabilidade. Por fim as partes devem atuar para o esclarecimento da verdade, obrigando o juiz a utilizar meios e critérios reconhecidos pela ciência para resolver as dúvidas e divergências entre as opiniões apresentadas.

No Brasil, a prova pericial pode consistir em exame, vistoria e avaliação (art. 420 do CPC) .

O exame é o tipo de perícia em que o perito, após avaliar os fatos, deles extrai uma conclusão por inferência, ainda que para isso tenha de fazer um juízo de probabilidade. A vistoria seria aquela perícia simples em que o perito observa e descreve os fatos, realizando nada mais do que uma constatação. Na avaliação existe a estimativa de valor para determinados bens, direitos ou obrigações tomando-se por base a comparação com outros equivalentes disponíveis. A avaliação por arbitramento para atribuição de valor à coisa exige do perito a experiência pessoal adquirida em situações análogas<sup>183</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart informam que não há uniformidade na doutrina, quanto ao significado dos vocábulos “exame” e “vistoria”, a afirmativa é com base nas definições de Frederico Marques e Moniz de Aragão. Para este, o exame seria a própria prova pericial ou determinada atividade pericial. A vistoria seria a palavra para indicar

---

<sup>181</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 231.

<sup>182</sup> WIGMORE, John Henry. *Problems of law, its past, present, and future. Three lectures*. New York: Charles Scribner's Sons, 1920. P. 61

<sup>183</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15ª. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 223-4

a atividade de quem vê, reservada para denominar a atividade de observação de coisas, sejam móveis ou imóveis. Para aquele, o exame seria inspeção para fins de cientificação da existência de algum fato ou circunstância relevantes para a solução da lide, podendo recair sobre móveis, semoventes, livros comerciais, documentos, papéis em geral e pessoas. Já a vistoria recairia sobre bem imóvel.

Os autores atribuem ao Código de Processo Civil a origem da discordância do significado dessas palavras, que seriam usadas de forma inadequada, e dizem não haver base para a distinção dos vocábulos supondo o seu objeto. Ademais criticam a afirmação de que a vistoria recairia sobre o imóvel e o exame não, já que não há norma legal. Também criticam a definição de que a vistoria seria a atividade de quem vê, pois no exame haveria essa atividade igualmente<sup>184</sup>.

Leonardo Greco<sup>185</sup> diferencia o emprego das palavras exame e vistoria de acordo com seu objeto. Para ele, a vistoria é a observação extrínseca de objetos inanimados, que podem ser melhor percebidos, porque seu observador foi formado tecnicamente, cientificamente ou adquiriu conhecimentos especializados para entendê-los. O exame seria a observação em objetos vivos ou a observação intrínseca em objetos inanimados.

De Plácido e Silva define a vistoria como o exame, que trata da verificação ou inspeção ocular, realizada em alguma coisa, a fim de que se verifique sua existência, sua realidade, a situação, ou estado em que se encontra. Na técnica jurídica, segundo ele, particularmente, a vistoria seria a diligência de inspeção, ou o exame ocular, necessário à comprovação de certos fatos relativos ao estado, ou situação das coisas. A vistoria implica a fixação descritiva da coisa<sup>186</sup> e se fundamenta na realidade material dos fatos. Já o exame, na técnica forense, seria todo ato ou diligência determinada para apurar a verdade sobre o fato alegado<sup>187</sup>, incidindo sobre coisas, fatos, animais ou pessoas. O exame pericial entraria em classificação genérica atribuída a toda e qualquer espécie de exame ou perícia autorizada judicialmente

---

<sup>184</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2a. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 796

<sup>185</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011 P. 221.

<sup>186</sup> SILVA, de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 28ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. P. 1482.

<sup>187</sup> SILVA, de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 28ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. P. 573/4

Moacyr Amaral Santos<sup>188</sup> defendia que a vistoria se dava nas causas relativas a imóveis, ou direitos e obrigações que tivessem por objeto imóveis.

Parece que a vistoria no CPC está bem próxima à constatação prevista no Código de Processo Civil francês, no entanto, lá ela é prevista em seção própria da constatação e não no mesmo artigo de prova pericial técnica, como no nosso caso. Na verdade, como a prova pericial demanda tempo no processo, tempo este que o legislador e sociedade, custe o que custar, exigem reduzir, os franceses desmembraram a perícia tradicional em três técnicas diferentes (constatações, consulta e perícia técnica) de acordo com a complexidade o objeto. Assim, perde-se tempo somente com pesquisas ou análises realmente complexas<sup>189</sup>.

O ordenamento francês se preocupou em estabelecer os limites de verificação da constatação. No art. 249 o legislador proíbe o constatador de opinar sobre as consequências do fato ou sobre o direito que dele possa resultar<sup>190</sup>.

Sob esse enfoque conclui-se que a vistoria depende da percepção ocular e seria mais simples do que o exame na medida em que, aparentemente, o perito não interage com a coisa.

Já nos exames, há uma interação do perito com a coisa e a aplicação possível de outros sentidos como o tato num exame médico, o olfato, a audição, para a compreensão do fato. Para realizar uma investigação, como pressupõe o exame, existe um grau de complexidade maior. O uso de outros sentidos além da visão, parece imprescindível.

A vistoria seria um tipo de perícia mais simples, informativa e não opinativa, o que permitiria até mesmo uma flexibilidade no grau de exigência dos conhecimentos que o perito deva deter. Por isso, a diferenciação do tipo de perícia pelo objeto, como o faz Leonardo Greco, é tão importante.

---

<sup>188</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial. Exames periciais e presunções*. V. 2ª. ed. correta e atualizada. São Paulo: Max Limonad, 1955. P. 208

<sup>189</sup> GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure civile: Droit interne et droit de l'Union européenne*. 31ª ed. Paris: Dalloz, 2012. P. 484. A constatação prevista no art. 249 do CPC francês é cabível para a análise de fatos simples e cabível a qualquer momento. O constatador é pessoa experiente e competente. P. 489. A consulta exige um procedimento mais complexo do que a constatação e menos do que a perícia. É adequada quando o especialista não precisa se dedicar à pesquisa complexa. Pode ser apresentada por escrito ou oralmente. A “*expertise*”, ou prova pericial, é reservada aos casos complexos, em que não cabem simples constatação ou rápida consulta. O juiz não tem liberdade total para pedir uma prova complexa custosa e demorada e só pode fazê-lo nos casos em que não consegue esclarecer suficientemente os fatos por constatação ou consulta. P. 490/1. A consulta segue o ritual da constatação com algumas diferenças. A constatação é consignada por escrito a menos que juiz determine que seja oralmente. A consulta é apresentada oralmente a menos que o juiz determine que seja por escrito. Constatação e consulta tem prioridade no sistema. A perícia (*expertise*) é uma medida extrema que requer do juiz fundamentação que tenha motivado a escolha e razões para a sua realização. Em princípio é facultativa, mas por exceção pode ser obrigatória.

<sup>190</sup> FRANÇA. *Code De Procédure Civile*. Section II : Les constatations. Article 249 Le juge peut charger la personne qu'il commet de procéder à des constatations. Le constatant ne doit porter aucun avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter.

A solução dada por Marinoni e Arenhart, foi prática. Como a lei não distingue o tipo de perícia, eles aconselham o requerimento simplesmente de prova pericial<sup>191</sup>, sem a denominação vistoria ou exame. Essa parece uma opção fácil para evitar a surpresa da parte de, de repente, ter o direito à produção da prova limitado, por mero formalismo.

Sob um outro ângulo, se a distinção fosse exigida na prática, seria possível melhor definir quais os conhecimentos o perito deva ter, o prazo de entrega do laudo, controlar os gastos com a perícia e eventual abuso do perito.

Não se trata de propor formalismo excessivo, de modo a inibir o direito de defesa do jurisdicionado, como repudia Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>192</sup>, mas de estimular que as partes e juízo delimitem o objeto da prova pericial e especifiquem a sua função no processo.

Na prática, verifica-se que as partes acabam muitas vezes por pedir a produção genérica da prova, sem sequer indicar o especialista que deva produzi-la. Caso a parte requerente da perícia deixe de definir seu objeto, por exemplo, e sendo a prova deferida, cabe ao juiz esse papel de limitar a sua extensão.

Nesse sentido, a limitação do objeto da perícia assume importância como ferramenta de controle do trabalho a ser realizado.

### 3.4 Força Probante do Laudo Pericial no Brasil

O legislador, com base no art. 436 do CPC, expressamente, não quis conferir ao laudo um valor probante maior do que o das outras provas produzidas.

O sistema das provas legais, adotado a partir do século XIV, em que as provas tinham um valor pré-fixado em lei, a que o juiz ficava atrelado, foi superado<sup>193</sup>.

Nosso sistema, de acordo com leitura do art. 131 do Código de Processo Civil, é o da persuasão racional em que o juiz aprecia “livremente” a prova, o que significa que ele

---

<sup>191</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2a. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 796 “Como o CPC utiliza, sem significação precisa, as duas expressões, é melhor requerer simplesmente prova pericial, precisando-se o objeto sobre o qual deve recair e a sua finalidade”.

<sup>192</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. São Paulo: Revista de Processo 137. 2006. P. 7 e ss. O autor propõe no estudo soluções para combater o formalismo excessivo, já que no Brasil esse formalismo é usado para facilitar o trabalho do órgão judicial, em detrimento do direito material.

<sup>193</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 27ª. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 422.



sopesará as provas colhidas, apreciá-las-á, demonstrará o desenvolvimento de seu raciocínio para dali extrair a verdade e ao final indicará na sentença os motivos que lhe levaram a formar seu convencimento<sup>194</sup>. Ele não seguirá regras que atribuam valor qualitativo às provas.

Conforme Manzano<sup>195</sup> “o laudo pericial é um dos elementos de prova que o juiz valora para atingir o resultado da prova. Não tem valor definitivo, mas relativo”.

Na prática, no entanto, o panorama muda. A valoração do conjunto probatório quando um dos meios de prova é a perícia, tende a fazer a balança pesar mais para esta.

Greco<sup>196</sup> destaca a grande força persuasiva da prova pericial no direito brasileiro, amparada no seu presumível caráter científico, técnico e especializado, cujo valor é muito difundido nas sociedades ocidentais, sob influência do iluminismo. A ideia dos iluministas era suprimir a liberdade do juiz na valoração da prova e reduzi-la a quase uma operação matemática como forma de evitar arbítrios.

Segundo o professor “difícilmente o juiz deixa de reconhecer a verdade revelada pela prova pericial, porque ele, magistrado, não é – ou não se presume ser – portador dos conhecimentos próprios do perito. Neste ponto, reside o maior risco da prova pericial, que é justamente o de transformar o perito em juiz”<sup>197</sup>.

Diogo Assumpção Rezende de Almeida<sup>198</sup>, na mesma linha, fundamenta a tendência de maior valoração da prova pericial com base na confiança que o juiz deposita no perito, indicado por ele, e na falta de requisitos objetivos a serem preenchidos durante a produção da prova pericial para verificação da qualidade científica e técnica do resultado.

Flávio Mirza entende que o ofício judicante é transferido para o perito, porque seu laudo, consequência da prova pericial/científica é ininteligível. O resultado é que o juiz acaba acatando a opinião do perito integralmente<sup>199</sup>.

---

<sup>194</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 27ª. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 425.

<sup>195</sup> MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova Pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. Ed. Atlas. São Paulo, 2011. P. 6

<sup>196</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 233.

<sup>197</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 233.

<sup>198</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. Pág. 69.

<sup>199</sup> MIRZA MADURO, Flávio. *Reflexões sobre a avaliação da prova pericial*. In: Marcelo Lessa Bastos; Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim. (Org.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. 1ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 205-223.

A jurisprudência confirma um certo comodismo do juiz frente ao resultado da prova pericial, mas há alguns casos em que os tribunais corrigiram o erro provocado por tal comodismo (ver notas 35 e 331). Entre vários casos, chama-se atenção também para o Recurso Especial nº 97148, cuja matéria era bem controvertida<sup>200</sup>.

No caso examinado, menor impúbere, representada pela mãe, ajuizou ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de herança contra todos os filhos e herdeiros do falecido, suposto pai. Durante a instrução probatória foram colhidas provas documentais, testemunhal, inclusive a pericial.

A perícia negou a paternidade, no entanto, o laudo destacou que o tipo de material colhido para a prova não oferecia certeza, porque estando o suposto pai falecido, a perícia se tornava bastante mais complexa.

O pedido foi julgado improcedente. Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, deu provimento ao recurso e reconheceu a paternidade com base nas outras provas produzidas, justificando que a prova pericial era desprovida de certeza absoluta ou credibilidade. Os réus interpuseram recurso especial.

O voto do Relator Ministro Waldemar Zveiter foi no sentido de não conhecer do recurso por esbarrar na Súmula 7ª do Superior Tribunal de Justiça -STJ, já no voto vista do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, ele superou a barreira da súmula, entendendo que haviam sido violados os artigos 131 e 145 do CPC. Conforme seu voto, o acórdão recorrido estava em contradição com os elementos dos autos, visto que o perito em nenhum momento se afastou da firme posição de excluir a paternidade por método sofisticado e reconhecido. Entretanto, em se tratando de investigação da paternidade, que requer cautela especial, o Ministro optou por conhecer do recurso e lhe dar provimento em parte para realização de novo exame pericial pelo mesmo método do DNA, mas se possível colhendo material do próprio investigado falecido.

---

<sup>200</sup> REsp 97148 / MG, 1996/0034439-6, Relator Ministro Waldemar Zveiter, 3ª Turma, publicado no DJ 08/09/1997, Ação de investigação de paternidade. Perícia Técnica: Exame de DNA.

1. A falibilidade humana não pode justificar o desprezo pela afirmação científica. A independência do juiz e a liberdade de apreciação da prova exigem que os motivos que apoiaram a decisão sejam compatíveis com a realidade dos autos, sendo impossível desqualificar esta ou aquela prova sem o devido lastro para tanto. Assim, se os motivos apresentados não estão compatíveis com a realidade dos autos há violação ao art. 131 do CPC. 2. Modernamente, a ciência tornou acessível meios próprios, com elevado grau de confiabilidade, para a busca da verdade real, com o que o art. 145 do CPC está violado quando tais meios são desprezados com supedâneo em compreensão equivocada da prova científica. 3. Recurso conhecido e provido, em parte, por voto da maioria.

Importante destacar a preocupação no acórdão de se empregar todos os meios disponíveis para a busca da verdade, nos dizeres do Min. Carlos Alberto Direito:

Sem dúvida alguma, a independência do juiz na apreciação da prova produzida nos autos, ou seja, aquela prova que forma o convencimento da verdade formal, que pode ser, também a verdade real, subordina-se ao interesse maior de prestar a jurisdição com o máximo de confiabilidade humana, ou seja, com a utilização de todos os meios disponíveis para buscar a verdade real.

Apesar de a solução dada exigir mais tempo dos jurisdicionados, parece justa a ponderação de se privilegiar a distribuição da justiça com base em dados mais concretos em detrimento do princípio da razoável duração do processo.

### 3.5 O caso *Daubert*, o que mudou em 20 anos?

A prova pericial sempre foi objeto de discussão na doutrina estrangeira e na pátria. No Brasil o regime mudou 4 vezes durante período de pouco mais de 50 anos no século passado.

No entanto, após o julgamento do caso *Daubert x Merrel Daw*<sup>201</sup> nos Estados Unidos, os debates em torno desse meio de prova se reacenderam novamente com muita intensidade, não só nos países que adotam o sistema da *common law*, mas também nos da *civil law*.

Em que pesem algumas diferenças em ambos os sistemas isso não exclui a possibilidade do estudo da *common law* para o aperfeiçoamento da *civil law* e vice versa, como muitos processualistas renomados vislumbraram, por isso, adotou-se um sistema inclusivo<sup>202</sup> nesta pesquisa.

O sistema de justiça americano, baseado na *common law*, segue o formato adversarial, herdado do direito inglês, que tem como ápice o *trial* (julgamento), característica que hoje vai

<sup>201</sup> U.S. SUPREME COURT. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 u.s. 579 (1993) 509 u.s. 579 *William Daubert, et ux., etc., et al., petitioners v. Merrell Dow Pharmaceuticals, inc. certiorari to the United States Court of Appeals for the ninth circuit no. 92-102 argued March 30, 1993 decided June 28, 1993*. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/92-102.ZS.html>>. Acesso em 07/09/2012.

<sup>202</sup> TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo. *Opening remarks*. In: TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo. (Edts). *The reforms of civil procedure in comparative perspective: An international conference dedicated to Mauro Cappelletti, Florence, 12-13 December, 2003*. Torino: G. Giappichelli, 2005. P. 3 Nicolò Trocker e Vincenzo Varano comentam que Mauro Cappelletti e Vittorio Denti lhes ensinaram ampliar os horizontes com os estudos de outros ordenamentos jurídicos ainda que em territórios distantes e não explorados. Afinal eles poderiam ser conceitual e metodologicamente diferentes da tradição ou da linha de conhecimento dos pesquisadores, mas compartilham dos mesmos problemas para os quais buscam soluções adequadas. “Through comparison we gain knowledge. This explains why we look at the common law world and consider the many important transformations taking place there and the ongoing dialogue between those legal systems and the civil law world”.

desaparecendo pelo encerramento dos casos antes dessa fase, que põe fim à disputa entre pelo menos duas partes<sup>203</sup>.

Nesse sistema as partes tradicionalmente controlam a produção e apresentação das evidências em juízo, para decisão por um sujeito relativamente passivo e neutro. Considera-se que o sistema seja suficientemente bom para manter a ordem na sociedade e para impedir que as pessoas resolvam suas diferenças por métodos menos sistemáticos, menos previsíveis, menos confiáveis e, acima de tudo, menos pacíficos<sup>204</sup>. Em uma visão “caricata”, os integrantes desse sistema acreditam que o sistema do perito do juízo é muito menos eficiente no alcance da verdade<sup>205</sup>, devido a um possível enfraquecimento no contraditório.

Outros sistemas com características mais acentuadas do modelo inquisitorial, criticam o modelo adversarial, porque entregar às partes envolvidas no litígio o controle da produção e apresentação da prova não seria um método confiável<sup>206</sup>.

Apesar do controle pelas partes é da tradição da *common law* prezar para que se mantenha a confiabilidade dos dados apresentados como prova.

Essa característica fica evidente no tratamento que se dá ao depoimento de testemunha, nos Estados Unidos, por exemplo. Segundo a regra 602<sup>207</sup> das *Federal Rules of Evidence* (FRE), uma testemunha não poderá depor sobre um assunto, a não ser que se apresentem provas de que ela tem conhecimento pessoal no assunto sobre o qual vai testemunhar.

---

<sup>203</sup> Especialmente na Inglaterra o “trial” que era a figura central nos litígios é espécie em extinção. Os juízes com seu poder de direção fazem de tudo para evitá-lo. Ver ANDREWS, Neil. *Relations between the court and the parties in the managerial age*. 2012, material disponibilizado pelo professor em sala de aula e traduzido no Brasil. *Relações entre a corte e as partes na era do case management*. Tradução de Marcela Kohlbach Faria, Fernanda Pantoja e Paula Bezerra de Menezes. *Revista de Processo*. Repro. Ano 38. 217, Março 2013.

<sup>204</sup> PARK, Roger; LEONARD, David P.; GOLDBERG, Steven H. *Evidence law. A student's guide to the law of evidence as applied to American trials*. 2nd. St. Paul, MN: Thomson/West, 2004. P. 1-2. Cabe ressaltar que os autores informam que nem todas as disputas chegam ao judiciário e que das que chegam menos de 10% são de fato julgadas.

<sup>205</sup> DWYER, Déirdre. *The judicial assessment of expert evidence*. Cambridge, UK, New York: Cambridge University Press, 2008. P. 236

<sup>206</sup> PARK, Roger; LEONARD, David P.; GOLDBERG, Steven H. *Evidence law. A student's guide to the law of evidence as applied to American trials*. 2nd. St. Paul, MN: Thomson/West, 2004. P. 2

<sup>207</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Rules of Evidence*. Rule 602. Lack of Personal Knowledge. A Witness may not testify to a matter unless evidence is introduced sufficient to support a finding that the witness has personal knowledge of the matter. Evidence to prove personal knowledge may, but need not, consist of witness' own testimony. This rule is subject to the provisions of the rule 703, relating to opinion testimony by expert witness. <http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/2010%20Rules/Evidence.pdf>

Embora as testemunhas possam relatar observações, elas não podem emitir opinião sobre o fato observado. A opinião fica a cargo dos jurados<sup>208</sup>. A regra 701 das FRE também proíbe o testemunho meramente especulativo de eventos dos quais a testemunha não tenha conhecimento pessoal.

A exceção à regra está no testemunho do perito (*expert witness*). Nos Estados Unidos o perito é equiparado a uma testemunha com conhecimentos científicos, técnicos ou especializados apta, desde que atendidos aos requisitos legais, a testemunhar em forma de opinião.

O capítulo VII das *Federal Rules of Evidence* provocou uma reviravolta nas cortes americanas no que diz respeito à opinião sobre evidências (ao que chamamos de prova pericial), a partir das regras 702 a 706, consideradas uma influência liberal, porque admitiam mais tolerância na colheita de depoimento de testemunhas especializadas.

A regra de que o testemunho deveria fornecer informações acima do conhecimento médio do jurado, foi substituída simplesmente pela capacidade de a informação assistir os jurados. Essa mudança provocou uma verdadeira epidemia no que pertine à produção de prova pericial.

No sistema adversarial americano os peritos são presumidamente parciais, porque contratados pelas partes, mas a utilização deles era bem mais limitada antes da entrada em vigor das *Federal Rules of Evidence* em 1975<sup>209</sup>, devido às barreiras tradicionais ao testemunho técnico/científico, consistentes na limitação à informação “acima do nível médio dos jurados”. Hoje o critério é mais flexível e basta que a informação ajude o jurado na compreensão do fato.

As *Federal Rules* mudaram a “cara” do contencioso americano e o uso de testemunha especializada se tornou “produto” principal nas cortes. A reforma de caráter liberal acabou motivando o uso descontrolado da prova pericial.

---

<sup>208</sup> PARK, Roger; LEONARD, David P.; GOLDBERG, Steven H. *Evidence law. A student's guide to the law of evidence as applied to American trials*. 2nd. St. Paul, MN: Thomson/West, 2004. *Witness who have observed events are supposed to relate the observations to the juror, whose task it is to interpret the observations, reach conclusions about what happened, and come to a decision between the contending presenters, in light of law.*

<sup>209</sup> The Federal Rules of Evidence were adopted by order of the Supreme Court on Nov. 20, 1972, transmitted to Congress by the Chief Justice on Feb. 5, 1973, and to have become effective on July 1, 1973. Pub. L. 93-12, Mar. 30, 1973, 87 Stat. 9, provided that the proposed rules "shall have no force or effect except to the extent, and with such amendments, as they may be expressly approved by Act of Congress". Pub. L. 93-595, Jan. 2, 1975, 88 Stat. 1926, enacted the Federal Rules of Evidence proposed by the Supreme Court, with amendments made by Congress, to take effect on July 1, 1975. [http://law.justia.com/codes/us/title28a/28a\\_5\\_.html](http://law.justia.com/codes/us/title28a/28a_5_.html)

Para conter os abusos cometidos, houve nova reforma em 2000, com a inclusão no artigo VII das FRE de comandos específicos que derivaram do julgamento do caso *Daubert* e demais subsequentes<sup>210</sup>.

Para o completo entendimento do desenvolvimento dos critérios de admissibilidade da prova pericial nos Estados Unidos é preciso entender o caso *Daubert* e alguns outros paradigmáticos anteriores e posteriores a esse marco na jurisprudência daquele país.

A grande questão no caso *Daubert* foi tentar uniformizar o teste de admissibilidade da prova científica adotado no país, através de critérios objetivos, que deveriam incluir a confiabilidade e a credibilidade da prova. Esses fatores deveriam ser aplicados à metodologia usada pelo perito e não à sua opinião, que não deveria ser levada em consideração para fins de admissibilidade.

Nesse caso, os autores foram duas crianças menores, que nasceram com má-formação e seus pais, que alegaram na ação judicial que a má-formação havia sido causada pela ingestão pelas mães, durante a gravidez, do medicamento antináusea e vômito *Bendectin*, comercializado pelo Réu desde 1956, nos Estados Unidos<sup>211</sup>. A literatura médica sobre o *Bendectin* era até então substancial e consistente, embora Sana Loue aponte que a possibilidade da má-formação no feto tenha sido questionada por um clínico canadense em 1969 e que na metade da década de 70 do século passado a *Food and Drug Administration* (FDA), um correspondente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, recebera pelo menos 90 relatórios de clínicos que observaram defeitos nos recém nascidos, cujas mães tomaram o *Bendectin*. Esse órgão concluiu que a associação da má-formação e da administração do *Bendectin* não havia sido demonstrada<sup>212</sup>, mas em 1983 o laboratório optou por tirar o medicamento do mercado devido à grande quantidade de ações judiciais ajuizadas contra ele. O medicamento foi objeto de mais de trinta estudos epidemiológicos, que cobriram mais de cem mil pacientes. Nenhum dos estudos concluía que o *Bendectin* poderia causar defeito no feto, mesmo assim, os estudos estavam

---

<sup>210</sup> As alíneas a, b, c, e d em: A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if: (a) the expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue; (b) the testimony is based on sufficient facts or data; (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case. [http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule\\_702](http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_702) Acessado em 24/03/2013

<sup>211</sup> LOUE, Sana. *Forensic epidemiology*. A comprehensive guide for legal and epidemiology professionals. Carbondale and Edwardsville: Southern Illinois University Press, 1999. P. 116

<sup>212</sup> LOUE, Sana. *Forensic epidemiology*. A comprehensive guide for legal and epidemiology professionals. Carbondale and Edwardsville: Southern Illinois University Press, 1999. P. 116/7

incompletos e inconsistentes. Havia apenas poucos experimentos *in vitro* para analisar a exposição e interação de células individuais, órgãos e embriões com o *Bendectin*. Os poucos experimentos com coelhos mostraram que doses altas do remédio podiam provocar a má-formação. Administrada em macacas a droga causava defeitos no coração do feto.

A corte distrital concedeu ao réu julgamento sumário baseado em uma declaração do perito Steven H. Lamm, médico clínico e epidemiologista, devidamente qualificado, especialista em riscos à exposição a substâncias químicas, contratado pelo Réu, que após a revisão extensiva de literatura científica publicada sobre o assunto, concluiu que o uso por gestantes do *Bendectin* não representava fator de risco para a má-formação do feto.

Os autores impugnaram o laudo pericial através da apresentação do testemunho de oito *experts*, igualmente qualificados, que entenderam que o *Bendectin* poderia causar má-formação, baseados em estudos conduzidos em animais, na análise de estruturas químicas dos medicamentos, e reanálise não publicada de estudos epidemiológicos previamente publicados. Os peritos estavam prontos para testemunhar que o medicamento continha substância que, ao ser ingerida pelas mães durante a gravidez, causava redução de membros que acometeu as crianças.

No entanto, o juízo entendeu que a prova produzida pelos autores não atendia ao critério de “aceitação geral”, pela comunidade especializada, consagrado no precedente “*Frye*”, setenta anos antes em 1923<sup>213</sup>. Na verdade, a prova que contava com essa aceitação geral era aquela apresentada pelo réu, que consistia nos estudos epidemiológicos. Outras provas que não estes estudos não seriam aptas a demonstrar causalidade.

A corte recursal concordou com o entendimento e o manteve para afastar a prova dos autores, com base no citado precedente *Frye v. United States*, 54 App. D.C. 46, 47, 293 F. 1013, 1014, que permitia a admissão da prova pericial, desde que a técnica científica empregada fosse reconhecidamente confiável e aceita pela comunidade científica relevante.

Levado o caso à Suprema Corte Americana, esta estabeleceu que os critérios de admissão da prova pericial deveriam ser aqueles definidos nas *Federal Rules of Evidence* (FRE), supervenientes ao caso *Frye*. Com base nessa interpretação, a própria corte expressou de forma mais objetiva quais seriam esses critérios.

Segundo a Suprema Corte não havia nada no texto legal, ou na justificativa do artigo 702 das FRE, que indicasse que o critério de “aceitação geral” era requisito único de admissibilidade

---

<sup>213</sup> A essa altura, após a promulgação das Federal Rules of Evidence (FRE), alguns juízos de primeiro grau usavam o teste de aceitação geral, enquanto outros seguiam as regras das FRE, não havia um entendimento uniformizado de qual teste deveria ser aplicado, conforme relatou POLENTZ, Michael C. *Post-Daubert Confusion with Expert Testimony*. Santa Clara Law Review. 1995/6. Vol 36. Disponível em <<http://heinonline.org>>. Acesso em 08/03/2013. P.1187.

da prova científica. Ao contrário, o critério era considerado rígido demais e seria incompatível com a postura mais liberal visada pela reforma que implementou as FRE, almejando a flexibilização da admissão de testemunho especializado (leia-se, de prova pericial).

Nessa ocasião, a Suprema Corte julgou que o artigo 702 previa os limites apropriados para a admissibilidade da prova científica e que aos juízes de primeiro grau cabia a tarefa de assegurar que a prova pericial se baseasse não só em informação confiável, como relevante para o caso em análise.

No entanto, com esse posicionamento, de repente, foi negada aos juízes a possibilidade de delegar a confirmação da confiabilidade da prova científica à comunidade científica, como era de costume, o que consistia em um “filtro” relativamente simples de usar.

Além disso, a antiga regra de que o perito deveria fornecer o conhecimento não dominado pelo jurado de nível médio foi substituído. A flexibilidade na admissão da prova se caracterizou a partir do momento em que o requisito passou a ser a possibilidade de o perito auxiliar o jurado a entender a prova ou determinar a existência do fato em discussão, desde que relevante.

O juiz antes de deferir a apresentação do laudo pericial deve verificar se o perito usou a metodologia cientificamente válida e se esta pode ser apropriadamente aplicada ao caso. O juiz deve se certificar de que a teoria ou técnica são testáveis, ou se foram testadas; se já foram objeto de *peer review* e publicação, a probabilidade de erro do método, se método usado é controlado e se os critérios empregados são aceitos amplamente na comunidade científica relevante.

Esses pontos que orientam o juiz não devem ser rígidos, mas servir apenas para auxiliá-lo a focar nos princípios e na metodologia usados pelo perito e não na conclusão que eles geraram.

A Suprema Corte expressamente reprovou a exclusão de provas meramente com base no critério da aceitação geral, esclarecendo que o controle da prova é feito através do contraditório e da observância das regras de ônus da prova.

Durante os anos subsequentes o mérito do padrão *Frye*, utilizado até então, foi debatido. Justamente o que os autores questionaram no caso *Daubert* foi a autoridade do precedente *Frye* perante as *Federal Rules of Evidence* (FRE).

Foi nesse ponto que os autores conseguiram convencer a Suprema Corte de que a decisão do Tribunal *a quo* deveria ser reformada. Citando o artigo 402 a Corte afirmou que toda prova relevante deve ser admitida, a não ser que expressamente proibida pela Constituição, pelas FRE, ou outras leis.



Prova relevante é aquela que potencialmente faz a existência de um fato, consequência de determinada ação, mais provável ou menos provável do que o seria sem a prova.

Até o julgamento *Daubert*, o artigo 702<sup>214</sup>, relevante para a decisão sobre admissibilidade de prova, rezava que o testemunho do perito seria admitido desde que o conhecimento científico, técnico ou especializado ajudasse o julgador dos fatos a entender a evidência ou aferir a existência de um fato. O perito seria qualificado para o testemunho opinativo se possuísse conhecimento, habilidade, experiência, treinamento ou educação naquele assunto.

A aplicabilidade do teste *Frye*, considerado muito rígido, foi considerada incompatível com a flexibilidade implementada pelas FRE. Deixou-se claro que a flexibilidade não implica a admissão livre de qualquer tipo de prova pericial, mas somente daquela considerada relevante e confiável.

Importante destacar que, de fato, houve uma ressalva da corte sobre a prova pericial científica. Não se exigia dela um grau de certeza absoluto, simplesmente, porque não existem certezas na ciência.

A qualificação da inferência ou do conhecimento científico ocorre em exame preliminar, em que se verifica se o método e o raciocínio científico são válidos e se eles podem ser aplicados apropriadamente aos fatos.

Aos juízes foi imposta a função de “*gatekeepers*”, que deveriam passar a atuar como guardiões da confiabilidade da prova a ser apresentada aos jurados. Eles passaram a ser responsáveis pelo julgamento do que é a boa ciência e da confiabilidade dos testemunhos especializados, mas, ao mesmo tempo, eles receberam mais poderes, já que não precisam limitar sua decisão ao consenso científico.

Entendeu-se que os juízes federais seriam capazes de filtrar a admissibilidade com base nos fatores já mencionados acima, que não seriam exaustivos, como 1) se a teoria, ou técnica, que ajudará ao examinador dos fatos, pode ser ou foi testada para fins de verificação de sua falseabilidade, como pregado por Karl Popper, ou se o teste pode ser reproduzido para fins empíricos, como defendido por Carl Hempel; 2) se foi submetida ao *peer review* e publicação. A publicação não é condição *sine qua non* para a admissibilidade, porque não

---

<sup>214</sup> Versão original do artigo 702 da *Federal Rule of Evidence*: *If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise.* ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Committee Notes on Rules—2000 Amendment*. Disponível em <[http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule\\_702](http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_702)>. Acesso em 1/9/2012.

necessariamente se correlaciona com a confiabilidade, já que pode haver novas teorias inovadoras ainda não publicadas. O franqueamento da teoria ao *peer review* é um componente do que se considera “boa ciência”, porque é nesse processo que possíveis falhas na metodologia serão detectadas; 3) a indicação de índices de erro, ou erro em potencial; 4) aceitação geral.

De fato a prova pericial pode ser ao mesmo tempo poderosa e um tanto capciosa por causa da dificuldade em avaliá-la<sup>215</sup>. A partir do momento em que o padrão científico consensual deixa de ser exigido, qualquer um que porte um diploma pode defender qualquer ponto de vista.

Há de se lembrar, para fins de controle da prova, que o artigo 706 prevê ainda que a corte possa nomear perito de sua escolha, caso necessário, para a elucidação dos fatos e a regra 403 permite o afastamento de prova relevante se houver possibilidade de indução dos jurados a erro.

A Suprema Corte foi além e ainda incluiu na decisão que o debate franco e aberto são essenciais para a análise legal e científica, mas que entre direito e ciência há uma diferença. A busca da verdade no processo é limitada por uma série de fatores, incluindo o tempo, enquanto a busca pela verdade no laboratório pode ser submetida constantemente ao processo revisional<sup>216</sup>.

Embora o exame de admissibilidade das provas possa limitar a busca da verdade, a corte acabou assumindo a posição de que a busca da verdade se restringe ao suficiente para por fim a batalhas judiciais.

De fato, diferentemente do que acontece nos laboratórios, em que as teorias podem ser indefinidamente revistas, as decisões judiciais precisam por fim ao conflito de forma definitiva, para assegurar a preservação da segurança jurídica.

---

<sup>215</sup> A afirmação é do Juiz Weinstein, citado no precedente *Daubert*: "Expert evidence can be both powerful and quite misleading because of the difficulty in evaluating it. Because of this risk, the judge, in weighing possible prejudice against probative force under Rule 403 of the present rules, exercises more control over experts than over lay witnesses." Weinstein, 138 F.R.D., at 632.

<sup>216</sup> CHASE, Oscar G. *Reflections on Civil Procedure Reform in the United States : What has been learned? What has been Accomplished?* In: TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo (edit.): *The reforms of civil procedure in comparative perspective: An international conference dedicated to Mauro Cappelletti, Florence, 12-13 December, 2003*. Torino: G. Giappichelli, 2005. P. 166. Como o método científico se baseia na replicação e no teste e como os eventos passados da vida real não podem ser replicados não se tem como saber se um julgamento em particular reflete com acuidade a realidade. Não se tem como testar a acuidade do sistema judiciário. A ciência se sente confortável com a revisão perpétua do conhecimento, ou melhor, daquilo em que se acredita, mas a lei não. Uma diferença é essencial entre a ciência e o direito. Aquela depende da repetição de experimentos enquanto o direito envolve fatos passados que não podem ser reproduzidos. "The disputed past will forever remain unknowable and the probable accuracy of the contentions cannot be tested by the classic scientific method".

Nitidamente a conclusão da Suprema Corte deixa transparecer que o julgamento inevitavelmente apresentará falhas. Como aceitar tal nível de insegurança nas decisões pelo indeferimento ou deferimento de admissibilidade de provas científicas? Como garantir aos jurisdicionados um padrão constante que lhes garanta o mesmo tratamento?

Ao que parece a sociedade americana aceita esse grau de incerteza. Roger Park et alii<sup>217</sup> explicam que se aceitam resultados individuais imperfeitos, porque se sabe que a perfeita reconstituição do que aconteceu é impossível e porque existem outros valores importantes em jogo em disputas judiciais. Os mesmos autores exemplificam que o interesse em estabelecer o que realmente aconteceu, quando a contenda é criminal, deve coexistir com o entendimento de que é melhor manter equivocadamente alguém que deveria estar preso em liberdade, do que prender erroneamente quem deveria estar livre. No caso de ações cíveis o interesse em descobrir a verdade coexiste com regras que preservam o direito à privacidade e à confidencialidade.

Esses exemplos deixam claro que aquela sociedade opta por fazer prevalecer certos valores, que, eventualmente, encubram a descortinação completa da verdade, o que não impede a crítica aos critérios estabelecidos.

Ronald Allen et alii<sup>218</sup> não têm ideia do que significa dizer que o estado científico de uma teoria depende de sua falseabilidade e acreditam que assim como eles, os juízes também pensem a mesma coisa. Embora acreditem que o juiz tem o papel de zelar pelo controle de admissibilidade da prova, não lhes deveria ser imposto obrigação de se tornar cientista amador para fins de cumprimento do seu papel. Para eles a Suprema Corte deveria ter se limitado a resolver as questões apresentadas no caso e deixar o desenvolvimento do tema para os casos futuros.

Além disso, o advogado agora precisa se inteirar do assunto sobre o qual o perito vai testemunhar, porque é ele quem tem autoridade para impugnar a informação prestada pelo perito. Em outras palavras, o advogado também precisa ser um perito naquele assunto.

Um dos objetivos da Suprema Corte foi tentar uniformizar o teste de admissibilidade da prova científica naquele país, com um viés mais liberal em conformidade com as FRE, mas poucos anos após o julgamento, Michael C. Polentz afirmou que o objetivo não teria sido concretizado e que outras quatro interpretações surgiram a partir do *Daubert*. O oitavo circuito em *United States v. Martinez* teria interpretado que o *Daubert* elevou o rigor na admissibilidade

---

<sup>217</sup> PARK, Roger; LEONARD, David P.; GOLDBERG, Steven H. *Evidence law. A student's guide to the law of evidence as applied to American trials*. 2nd. St. Paul, MN: Thomson/West, 2004. P. 2.

<sup>218</sup> ALLEN, Ronald J.; KUHNS, Richard B.; SWIFT, Eleanor; SCHWARTZ, David S. *Evidence, Text, Problems and Cases*. 4<sup>th</sup>. New York, NY: Aspen Publishers, 2006. P. 641.

de novas provas científicas; o nono circuito em *Hopkins v Dow Corning Corp* teria seguido o *standard* estabelecido pela Suprema Corte, não sem reclamar da responsabilidade imposta aos juízes, que não teriam conhecimentos científicos; o décimo circuito em *Davis v Reed* amenizou o *standard* de admissibilidade tendo em vista a postura liberal da Suprema Corte.

Segundo esse mesmo autor essa confusão era esperada porque a decisão *Daubert* estava repleta de entendimentos contraditórios. A uma porque a Suprema Corte se pronunciou no sentido de que as FRE prevaleciam com seu caráter liberal frente ao teste de admissibilidade do *Frye*, mas ao mesmo tempo acrescentou requisitos de admissibilidade que deixaram o teste mais rigoroso ainda, sem qualquer fundamentação plausível. Finalmente, ele conclui que a decisão do *Daubert* acabou sendo manipulada ao bem querer de cada juiz, conforme a justificativa que queiram dar<sup>219</sup>.

Embora a fundamentação do *Daubert* possa soar contraditória para alguns, é possível compreendê-la. A doutrina relata a ocorrência de fraude no teste da “aceitação geral” e os critérios estabelecidos no *Daubert* servem também, sem dúvida, para testar a “aceitação geral”. Os critérios são flexíveis, mas não para aceitar qualquer prova, apenas aquelas confiáveis.

### 3.6 O teste *Frye*

No caso *Frye*<sup>220</sup> de 1923, William Marston, procurador e pesquisador na área da psicologia, em situação normal, seria considerado uma daquelas pessoas que poderiam trazer informações a juízo, que estão além dos conhecimentos que se espera de um jurado de nível médio, critério imposto na época para a aceitação da prova pericial, no entanto, ele foi chamado a testemunhar sobre algo que não só envolvia conhecimento acima da média dos jurados, mas acima da média de todas as outras pessoas no mundo.

Ele foi convocado para testemunhar que James Frye, réu acusado de crime de homicídio, tinha passado no teste de pressão sistólica sanguínea, uma espécie de aparato para detecção de mentira, precursor do polígrafo.

---

<sup>219</sup> POLENTZ, Michael C. *Post-Daubert Confusion with Expert Testimony*. Santa Clara Law Review. 1995/6. Vol 36. Disponível em <<http://heinonline.org>>. Acesso em 08/03/2013. P. 1208.

<sup>220</sup> Este trecho do trabalho foi baseado em ALLEN, Ronald J.; KUHNS, Richard B.; SWIFT, Eleanor; SCHWARTZ, David S. *Evidence, Text, Problems and Cases*. 4<sup>th</sup>. New York, NY: Aspen Publishers, 2006.

O juiz não admitiu o testemunho de Marston, ou a realização do mesmo teste na presença dos jurados, porque não se reconheceu que o método usado era confiável ou que estivesse suficientemente estabelecido para ganhar a aceitação geral necessária no seu ramo particular.

Esse caso, em poucas linhas, estabeleceu o “teste de aceitação geral” como *standard* nos Estados Unidos, por mais de meio século, para admissibilidade de testemunho especializado. Em casos em que os princípios científicos invocados fossem considerados novos e não reconhecidos pela comunidade especializada, a prova pericial não seria aceita.

Embora o método *Frye*, que deu origem às discussões sobre confiabilidade da prova pericial nos Estados Unidos, tenha sido superado por algumas cortes<sup>221</sup>, é de se notar seu mérito quando enfrentou a questão da admissibilidade e confiabilidade. Buscou-se na comunidade especializada um meio de legitimar a validade da prova.

Os doutrinadores ressaltam que o teste *Frye* não era utilizado em todas as jurisdições, mas dominou os critérios de admissibilidade da prova científica por mais de meio século, incluindo as duas primeiras décadas desde a entrada em vigor das *Federal Rules of Evidence*.

Os críticos que se opunham ao teste *Frye* argumentavam que, com base nesse teste, não estavam sendo admitidas provas decorrentes de tecnologias novas que, de fato, eram confiáveis, mas que ainda eram objeto de avaliação da comunidade científica, e que, ao contrário, outras provas não confiáveis estavam sendo admitidas, sob o crivo da “aceitação geral”, ainda que se tratasse de “*junk science*” ou lixo científico (tradução livre).

Com o passar dos anos o perito americano (*expert witness*), tecnicamente uma testemunha com saber científico, técnico ou especializado, e o sistema da prova pericial naquele país foi alvo de muitas críticas, porque os peritos são sujeitos parciais, escolhidos e pagos pelas partes para emitir uma opinião que lhes seja favorável.

Observou-se que além de os peritos não apresentarem qualificação desejável, sua opinião com frequência não era dotada de credibilidade.

Taruffo<sup>222</sup> relata uma espécie de “mercado de peritos”, com qualificação não muito boa, que ficam a espera de seus clientes, prontos e disponíveis a defender tese que favoreça uma ou outra parte.

---

<sup>221</sup> Ver MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova Pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. Ed. Atlas. São Paulo, 2011. Pág. 200. *Daubert* decorreu de uma interpretação das *Federal Rules of Evidence* (especificamente a Rule 702). Tratando-se de lei federal – e não de norma constitucional – *Daubert* não vincula os Estados, que são, portanto, livres para continuarem a adotar o *Frye*.

<sup>222</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008. P. 92.

As críticas tiveram efeito e com a jurisprudência firmada pós caso *Daubert*, as Federal Rules of Evidences sofreram emendas no ano de 2000, para determinar critérios objetivos para fins de admissibilidade de provas científicas.

Embora a Suprema Corte Americana tenha fomentado a liberalidade da admissibilidade de provas no *Daubert*, causando crítica por afastar um padrão tradicional de admissibilidade de prova aferível facilmente, a prática demonstrou que a jurisprudência foi no sentido oposto de impor mais requisitos para a admissibilidade das provas e menos flexibilidade, como aconteceu no caso *Joiner*, para manter fora da corte a chamada *junk science*. Apesar de o teste *Frye* ter sido considerado mais rigoroso, os juízes estavam reconhecendo a aceitação geral de matérias que não refletiam ciência confiável.

### 3.7 O caso Joiner

No caso *General Electric Co. vs Joiner*<sup>223</sup> decidido quatro anos após o *Daubert*, em 1997, a Suprema Corte manteve a decisão do juiz de primeiro grau que impediu o perito do autor de testemunhar sobre as características carcinogênicas de PCBs (Bifenilos Policlorados) com base em estudos em animais. Apesar de a metodologia científica do perito parecer confiável, a Corte afirmou que o juiz de primeiro grau pode excluir a prova se a conclusão do perito for diferente daquela aceita majoritariamente na área científica investigada, que, ironicamente, parece uma reafirmação do teste *Frye*<sup>224</sup>. A interpretação dos requisitos sugeridos no *Daubert* passou a ser restritiva. O que antes parecia um aceno da corte à permissão de prova pericial emitida com base em tese minoritária, provou o contrário. A doutrina comenta que a visão restritiva fatalmente prejudicará as vítimas de danos por exposição a substâncias tóxicas, como abordado no capítulo 5 deste trabalho.

Ademais se afirmou que o juiz de primeiro grau não só exerceria o filtro da admissibilidade da prova pericial, como teria praticamente a última palavra, porque cabia a ele, segundo o comando do *Daubert*, assegurar que qualquer testemunho científico ou prova examinada fosse não só relevante, mas confiável.

---

<sup>223</sup> General Electric Co. Et Al. v. Joiner Et Ux. No. 96—188. Argued October 14, 1997—Decided December 15, 1997. <http://www.law.cornell.edu/supct/html/96-188.ZS.html>. Acesso em 14/05/13.

<sup>224</sup> GARRETT, Nathaniel. *Life is the Risk we Cannot Refuse: A Precautionary Approach to the Toxic Risks We can*. The Georgetown International Environmental Law Review. Vol. 17:517. 2004/2005. Disponível em <<http://heinonline.org>>. Acesso em 08/03/2013. P. 526 e ss.

### 3.8 O caso *Kumho*<sup>225</sup>

O caso *Daubert* enfrentou expressamente somente a questão da prova científica. Em 1999, no caso *Kumho*, surgiu a dúvida: os critérios *Daubert* se aplicam para a prova técnica, ou qualquer outra que envolva conhecimento especializado?

A resposta da Suprema Corte foi positiva e ela ainda esclareceu que o juiz deve considerar um ou mais requisitos mencionados no *Daubert*. No entanto, como foi decidido antes, a Suprema Corte afirmou que o teste de confiabilidade deve ser flexível e a lista dos requisitos do *Daubert* não necessariamente ou exclusivamente será aplicada para todos os peritos ou em todos os casos. Consequentemente, esse entendimento converte os “critérios” *Daubert* em lista de possíveis fatores relevantes “não necessários ou exaustivos”.

No caso *Kumho* o objeto da prova pericial foi a apuração de responsabilidade de fabricante de pneus, como consequência de um acidente provocado pelo estouro do pneu. O perito defendia que a causa do estouro havia sido um defeito de fabricação no pneu. No entanto, o perito se amparou em metodologia muito subjetiva, que não possuía a credibilidade necessária.

Embora não se possam impor os mesmos requisitos exigidos em uma perícia científica à perícia técnica, esta precisa demonstrar a validade da metodologia usada.

No julgamento a Suprema Corte também consignou que é impossível adotar uma mesma regra para todos os casos e que muito vai depender das circunstâncias particulares de cada caso em concreto. A lista dos requisitos adotados no *Daubert* deveria então ser um guia e não uma lista definitiva.

Certo é que para a admissão de provas periciais o *expert* deve se basear em fatos e dados suficientes, utilizar e demonstrar que os métodos e princípios são confiáveis e válidos e estes devem se adequar perfeitamente aos fatos do caso concreto.

---

<sup>225</sup> *Kumho Tire Company, Ltd. v. Carmichael*. 526 US 137, 1999. <http://www.law.cornell.edu/supct/html/97-1709.ZS.html>. Acesso em 14/05/2013.

### 3.9 Críticas aos precedentes emblemáticos americanos

De acordo com a doutrina americana os precedentes emblemáticos americanos são esses apontados acima: *Frye*, *Daubert*, *Joiner* e *Kumho*, por ordem cronológica de julgamento.

É interessante observar as críticas apontadas em “*Evidence, Text, Problems and Cases*.”<sup>226</sup>.

Parece que não há discordância de que os juízes devam excluir da apreciação a ciência desprovida de relevância e de confiabilidade. Não é porque o *expert* é renomado que ele pode defender qualquer tipo de tese sem fundamentos racionais.

Isso não quer dizer, no entanto, que deveria se exigir do juiz a aptidão de cientista amador. Parte da doutrina entende que os cientistas seriam muito mais habilitados a julgar se determinados princípios científicos são válidos do que o juiz, e que o mais adequado seria o juiz delegar esse julgamento a quem tem o conhecimento.

Alguns críticos sustentam que o teste *Frye* seria muito vago, porque é difícil estabelecer o que significa “geralmente aceito”, mas qualquer tentativa de solução desse problema apresentará também certo grau de subjetividade.

O teste *Frye* seria lento e fechado para novas tecnologias. Nada impede que uma tecnologia nova para a verificação de um fato seja confiável, ainda que não tenha sido testada pela comunidade científica. Sendo assim, por que não criar uma solução que excepcione casos em que se discuta nova ciência? Por que não submeter a prova à avaliação de um *expert* neutro? Por outro lado, uma das críticas que se faz também ao teste *Frye* é que ele prevê a expressa delegação aos cientistas de uma tarefa que competiria aos juízes e tribunais. De outra banda, afirma-se que a intenção do teste não foi livrar os juízes e tribunais da sua responsabilidade, mas assumi-la com prudência ao buscar um argumento na autoridade especializada com capacidade de avaliar a validade da prova científica.

O resultado de *Daubert*, embora elogiado pela doutrina, também não deixou de ser alvo de críticas. Foi chamado de presunçoso, inconsistente e teria imposto padrão de requisitos de admissibilidade muito elevados.

---

<sup>226</sup> ALLEN, Ronald J.; KUHNS, Richard B.; SWIFT, Eleanor; SCHWARTZ, David S. *Evidence, Text, Problems and Cases*. 4<sup>th</sup>. New York, NY: Aspen Publishers, 2006. P. 609-696.



Mesmo que os juízes sejam capazes de executar a tarefa que lhes foi incumbida no caso *Daubert*, alguns se perguntam se aprender o básico do método científico não demandaria um tempo injustificado do juiz. Para os defensores da técnica adotada em *Daubert* o entendimento sobre a literatura científica é uma necessidade na vida contemporânea.

Os critérios estabelecidos no *Daubert* expressam a intenção em se promover a racionalização do processo de valoração da prova pericial. Não soa contraditório exigir que os peritos sejam claros no seu laudo, definindo a credibilidade da prova, a posição da doutrina especializada sobre o tema, as taxas possíveis de erro etc.

Flávio Mirza<sup>227</sup> extrai do paradigma *Daubert* que a prova científica deve se pautar em critérios aferíveis, porque “o perito não é um ser dotado de um saber divino que vem iluminar a prova. Suas premissas e conclusões devem ser postas à prova”.

No entanto, não é assim que pensam outros doutrinadores. Ronald Allen et alii.<sup>228</sup> foram bem críticos nesse aspecto. Argumentam que o modelo vigente ainda estimula muito a deferência ao laudo pericial. Os jurados não são educados para entender a prova pericial, logo, não são capazes de raciocinar sobre ela. Apenas a rejeitam ou a aceitam<sup>229</sup>.

Eles defendem, e têm razão nisso, que a opinião precisa ser detalhada e razoavelmente fundamentada, caso contrário, a justiça se torna lotérica, a partir do momento em que um juiz qualifica uma testemunha como perito. Segundo eles, ainda que de maneira mais sutil, os critérios *Daubert* não deixam de ser uma aplicação do teste *Frye* para a validação da perícia.

A crítica dá a entender que a lista de critérios *Daubert* seria apenas uma medida burocrática para o julgador poder fazer deferência à prova pericial, sem a exigência de

---

<sup>227</sup> Ver MIRZA MADURO, Flávio. *Prova pericial: Em busca de um novo paradigma*. 01/05/2007. Tese de Doutorado. Universidade Gama Filho. Orientador Leonardo Greco. Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da UFG. 1v. 177p. Banco de teses. <<http://capesdw.capes.gov.br/capesdw/resumo.html?idtese=20073631006019003P9>>. Acesso à obra na biblioteca da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ.

<sup>228</sup> ALLEN, Ronald J.; KUHNS, Richard B.; SWIFT, Eleanor; SCHWARTZ, David S. *Evidence, Text, Problems and Cases*. 4<sup>th</sup>. New York, NY: Aspen Publishers, 2006. P. 659 e ss.

<sup>229</sup> MIRZA MADURO, Flávio. *Prova pericial: Em busca de um novo paradigma*. 01/05/2007. Tese de Doutorado. Universidade Gama Filho. Orientador Leonardo Greco. Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da UFG. 1v. 177p. Banco de teses. <<http://capesdw.capes.gov.br/capesdw/resumo.html?idtese=20073631006019003P9>>. Acesso à obra na biblioteca da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ., p. 135, pondera que o Código de Processo Penal brasileiro é cínico, porque permite ao juiz discordar do laudo pericial, mas porque não detém os conhecimentos necessários, a tarefa se torna praticamente impossível. De acordo com ele, justamente o standard do julgamento *Daubert* não deixa de ser um meio de exigir que o perito a demonstre a credibilidade do seu laudo, incluindo a sua conclusão, a partir do momento em que ele mostre que possui a capacidade técnica para desempenhar a função e que deva expor suas conclusões de maneira clara, motivando e explicando o método utilizado, demonstrando sua adequação à espécie, sua margem de erro, enfim, tudo o que possa sustentar a confiabilidade do seu trabalho.

demonstração dos dados lá reivindicados, como que autorizando uma decisão irracional e não deliberativa.

Um dos itens da lista “*Daubert*” é o *peer review* da teoria apresentada, cuja impressão de Manzano<sup>230</sup>, decorrente de sua pesquisa no tema, não se pode deixar de mencionar. Ele afirma: “O significado da expressão *peer review* é pouco entendido pela própria doutrina estadunidense. *Peer review* nada mais é do que a publicação em periódicos de referência, como, nos Estados Unidos, as revistas *Science*, *Nature* e o *Journal of the American Medical Association*. Não significa que um segundo examinador revisou o trabalho do primeiro. Além do mais, a publicação, por si, não é o mesmo que publicação em jornal de referência. Ademais, publicações como o *Journal of Forensic Sciences*, embora sejam objeto do processo de revisão científica, não são lidas fora da comunidade científica forense e, portanto, não se submetem à revisão da comunidade científica acadêmica” (sic).

*Peer review*, ou como o nome diz revisão por pares, é o processo instituído no meio científico de revisão prévia à publicação de um artigo. O autor submete seu artigo a um editor, que o entrega, normalmente, a dois cientistas da área de mesmo nível intelectual ou superior ao do autor. Os revisores têm a função de analisar criticamente a hipótese e de aprová-la, ou não, quando as críticas serão enviadas ao autor para aprimoramento da pesquisa ou para retificação de dados, por exemplo. Considerando o resultado do *peer review* e tendo sido aprovado o artigo, ele será publicado, e, dependendo do meio em que for publicado, aquele conhecimento tem a sua credibilidade parcialmente chancelada. Após a publicação, a comunidade científica poderá aproveitar para criticar e verificar o conteúdo da pesquisa eternamente. O artigo também poderá ser recusado e ter sua publicação negada.

Flávio Mirza<sup>231</sup> vê no *peer review* um importante instrumento legitimador do conhecimento científico, porque submete o estudo e seu resultado à crítica por pares, que devem compartilhar, no mínimo, do mesmo nível de conhecimento do pesquisador que submeteu o seu trabalho à análise da comunidade especializada. A consequente publicação do estudo nos meios adequados lhe daria credibilidade.

---

<sup>230</sup> MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova Pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. Ed. Atlas. São Paulo, 2011. P. 202 e 203.

<sup>231</sup> MIRZA MADURO, Flávio. *Prova pericial: Em busca de um novo paradigma*. 01/05/2007. Tese de Doutorado. Universidade Gama Filho. Orientador Leonardo Greco. Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da UFG. 1v. 177p. Banco de teses. <<http://capesdw.capes.gov.br/capesdw/resumo.html?idtese=20073631006019003P9>>. Acesso à obra na biblioteca da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ. P. 134

Parece que Manzano quis ressaltar que nem sempre o *peer review* em si é confiável, ou porque de fato o editor não submete o artigo aos pares, ou porque os pares não estão intelectualmente aptos a fazer a revisão, ou porque não têm tempo de reproduzir a experiência para aprovação, entre outros. É bom ter em mente que ninguém até hoje conseguiu desenvolver um método melhor do que o *peer review*. Se adequadamente realizado ele deve se prestar a cumprir o seu objetivo, mas é um critério falível, que pode ser contestado<sup>232</sup>.

A jurisprudência americana buscou solucionar suas dúvidas pelas diretrizes do *Daubert*. Com o julgamento subsequente dos casos *Joiner*, *Kumho* e a emenda às *Federal Rules of Evidence* a Suprema Corte se posicionou no sentido de que a prova pericial devidamente justificada merece ser deferida, mas ainda assim eles enfrentam problemas.

Mesmo com a adoção de mecanismos de controle de admissibilidade e valoração da prova, sempre haverá os sujeitos que não colaborarão com a busca da verdade e potencialmente burlarão o sistema.

A revelação de que até mesmo o teste da “aceitação geral” sofreu com burlas é prova disso. Havia casos em que a prova pericial era admitida sempre que os peritos apontavam um consenso, num campo estreito do conhecimento que eles próprios tinham estabelecido. Manzano<sup>233</sup> em seu livro aponta um caso em que um grupo de advogados descobriu que havia uma “gang” de peritos que atuava sempre nos mesmos casos para afirmar a “aceitação geral” em perícia de impressões de voz.

---

<sup>232</sup> Infelizmente a baixa qualidade do *peer review* está associada ao cumprimento de metas quantitativas. É difícil o controle da qualidade quando a prioridade é administrar tempo e recursos financeiros. A comunidade científica está atenta ao fato. Ver LAWRENCE, Peter A. *The politics of publication: Authors, reviewers and editors must act to protect the quality of research*. Nature. Vol.422. 20/3/2003. P. 259 e ss. O artigo deu margem a debates, que confirmam a tirania dos números e a acomodação por parte dos cientistas *seniors*. Comentários publicados na mesma revista nos volumes 423. 29/05/2003. P. 479 e ss (Challenging the tyranny of impact factors/Editors are meant to be judges, not postmen/ The system rewards a dishonest approach), Vol. 423. 05/06/2003. P. 585 (Impact factors: target the funding bodies). LOANNIDIS, John P.A. *Why most published research findings are false*. PLoS Medicine. Aug. 2005, volume 2, Issue 8 e 124. Disponível em <www.plosmedicine.org> . Acesso em 02/08/2011. P. 696-701. Ver também pequeno comentário sobre isso em O papel dos operadores do direito na produção da prova pericial visando à obtenção da verdade. Revista Eletrônica de Direito Processual. Vol. VIII. P. 845. www.redp.com.br. O *peer review* é capaz de filtrar os erros crassos, mas é praticamente inútil para apontar fraudes e não é o método ideal para testar ideias novas conforme FEDERAL JUDICIAL CENTER. NATIONAL RESEARCH COUNCIL OF THE NATIONAL ACADEMIES. *Reference manual on scientific evidence*. 3<sup>rd</sup> ed. Washington, D.C: National Academies Press, 2011. P. 48

<sup>233</sup> MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova Pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. Ed. Atlas. São Paulo, 2011. P. 226

No próprio julgamento *Kumho Tires*<sup>234</sup> a Suprema Corte sinalizou que é difícil utilizar-se de uma regra hermética para todos os casos, o que parece razoável:

A conclusão ao nosso ver, é que não podemos nem incluir, nem excluir, em todos os casos, todas as vezes, a aplicabilidade dos fatores mencionados em *Daubert*, ou optar por fazê-lo para casos categorizados por categoria de expert ou tipo de evidências. Muito depende das circunstâncias do caso em análise em concreto. (Tradução livre).

Embora o sistema da prova pericial seja inegavelmente uma boa solução para a falta de conhecimentos específicos do juiz, tanto nos países que adotam o *civil law* como *common law*, é um sistema suscetível de erros, afinal o ser humano é falível.

Várias podem ser as causas dos erros em perícia. Tanto os erros podem ser decorrentes da falta de qualificação adequada do perito, do juízo por má interpretação do laudo, pela atitude preconceituosa do juiz diante de pareceres técnicos dos assistentes das partes etc. Parece impossível a criação de um sistema perfeito, mas os erros podem ser amenizados a partir do exercício efetivo do contraditório.

Em que pese a crítica de Taruffo sobre o juiz como *peritus peritorum*<sup>235</sup> na teoria e sua incapacidade de sê-lo na prática, parece saudável exigir que os magistrados adotem uma visão crítica sobre a admissibilidade e o resultado da prova, considerando que a prova científica também é produzida por humanos suscetíveis de falhas.

As falhas nas premissas que levaram à proposição da prova pericial ou no resultado do laudo, considerando um processo de qualidade, serão demonstradas pelos assistentes técnicos das partes, que não deixam de ser peritos aptos a contestar o conhecimento do perito do juízo, desde que fundamentadamente. Como bem apontado por Mirza, o assistente técnico, embora esteja defendendo a tese de uma das partes, tem a função de emprestar um novo olhar ao laudo, seguindo preceito científico, e sua opinião também

---

<sup>234</sup> *Kumho Tire Company, Ltd. v. Carmichael*. 526 US 137, 1999. "The conclusion in our view, is that we can neither rule out, nor rule in, for all cases and for all time the applicability of the factors mentioned in *Daubert*, nor can we do so for subsets of cases categorized by category of expert or by kind of evidence. Too much depends upon the particular circumstances of the particular case at issue". Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/97-1709.ZS.html>>. Acesso em 14/05/2013..

<sup>235</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008. P. 96. O juiz como *peritus peritorum*: "Como se dice tradicionalmente, el juez es un peritus peritorum y, por lo tanto, debe ser capaz de valorar y controlar las bases y las conclusiones de la opinión del perito. No obstante, ésta es sólo la teoría; em la práctica, el juez o el jurado no tienen a menudo el entrenamiento técnico ni científico necesario para controlar de manera efectiva el trabajo del perito. Por ello, la libre valoración de las pruebas periciales por parte del tribunal puede no ser nada más que una ficción, ya que el tribunal puede estar condicionado por una <deferencia epistémica> hacia el experto y, entonces, puede ser el perito quien determine realmente el contenido del veredicto judicial".

estará sujeita à verificação<sup>236</sup>, tanto pelo assistente técnico da parte contrária, como do próprio perito.

A possibilidade de influir eficazmente na decisão do juiz é uma prerrogativa do contraditório indiscutível e reconhecida pelo meio acadêmico<sup>237</sup>, que parece estar adormecida, dada a crítica uniforme na doutrina ao juiz burocrático, que toma o laudo confortavelmente como verdade absoluta.

Obviamente, o problema no Brasil não é garantir instrumentos legais que possibilitem o exercício do contraditório, porque eles existem, mas fazê-los valer. O princípio do contraditório vale para a produção de qualquer prova, inclusive para a pericial.

Uma forma de medir a efetiva influência do contraditório nas decisões judiciais que envolvam prova pericial, seria efetuar levantamento de decisões em que houve a produção dessa prova e verificar se o juiz se posicionou sobre o conhecimento trazido aos autos pelos assistentes técnicos e se demonstrou como aquele influenciou, ainda que negativamente, em sua decisão. Aliás, as decisões deveriam obrigatoriamente incluir o nome dos peritos e assistentes técnicos das partes, atendendo ao princípio da publicidade, para fins de controle da atuação dessas personagens, não só pelos tribunais *ad quem*, mas pela comunidade científica no direito, visando a melhora qualitativa da prestação jurisdicional.

### 3.10 Influência na doutrina

No direito americano as reformas aconteceram como consequência natural das decisões da Suprema Corte Americana, que, a partir do caso *Daubert vs. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, questionou a credibilidade da prova pericial e o papel dos juízes na admissibilidade desse tipo de prova.

---

<sup>236</sup>MIRZA MADURO, Flavio. *Prova Pericial. Em busca de um novo paradigma*. Tese apresentada como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito. Rio de Janeiro. Fev. 2007. P. 143/4

<sup>237</sup>FERRAND, Frédérique. *The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France*. P. 29. A expressão que define a prova pericial é “princípio adversarial”. No Japão o sistema adversarial também transparece quando se presencia a batalha dos peritos nas Cortes, o que tende a prolongar o término das ações impedindo o cumprimento de metas temporais. P. 91-113. Vide TANIGUCHI, Yasuhei. *Japan's Recent Civil Procedure Reform: Its seeming success and left problems*. Ambos in TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo. (Edts). *The reforms of civil procedure in comparative perspective: An international conference dedicated to Mauro Cappelletti, Florence, 12-13 December, 2003*. Torino: G. Giappichelli, 2005.

Já na Inglaterra, a reforma da prova pericial foi levada a cabo após a elaboração de um relatório feito por *Lord Woolf* sobre o acesso à justiça, baseado no exame do sistema judiciário civil da Inglaterra e do país de Gales<sup>238</sup>.

Para *Lord Woolf* a admissão livre de produção da prova pericial em processo civil era um mal que acabou por fomentar uma indústria cara de peritos, que tendiam a emitir seus laudos para favorecer a parte contratante. Os elevados custos com a prova pericial acabaram por formar uma barreira ao acesso à justiça<sup>239</sup>.

Como resultado das recomendações no relatório, entraram em vigor em 1999 as *Civil Procedure Rules*, ou Regras de Processo Civil de 1998, equivalente a Código de Processo Civil. Entre outros, a vontade do legislador foi evitar os excessos que eram causados pelas “batalhas” promovidas entre os peritos indicados pelas partes<sup>240</sup>.

Previamente à reforma foram identificados três problemas relacionados à prova pericial: 1) a tendência dos peritos das partes de perder a objetividade e de preparar o seu parecer para se adequar à defesa da parte contratante; 2) a necessidade de controlar o número de peritos envolvidos em determinado caso proporcionalmente ao seu valor e importância e 3) necessidade de garantir a paridade de armas entre partes ricas e pobres.

Atualmente, na Inglaterra, só é possível a apresentação de prova pericial com autorização expressa do juízo<sup>241</sup>, o que decorre do seu poder de gestão do processo. A perícia pode ser recebida de três formas: através de um único perito comum às duas partes, através de peritos das partes e por meio de assessores do tribunal<sup>242</sup>.

A regra é de que o perito seja independente e tenha o compromisso de auxiliar o tribunal nas matérias do seu conhecimento, que supera qualquer obrigação com a parte contratante. Caso falte com seu dever e seu laudo esteja errado ou apresente um resultado falho em consequência da sua negligência, o perito pode ser obrigado a arcar com as despesas da parte prejudicada.

---

<sup>238</sup> <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm> . Acesso em 23/09/2012

<sup>239</sup> MURPHY, Peter; GLOVER, Richard. *Murphy on evidence*. 12<sup>th</sup> ed., New York: Oxford University Press, 2011. P. 396/7

<sup>240</sup> ANDREWS, Neil. *The three paths of justice: Court proceedings, arbitration, and mediation in England*. Springer Dordrecht. Heidelberg London New York. 2012. Versão Kindle.

<sup>241</sup> REINO UNIDO. *Civil Procedure Rules*. Disponível em <[http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/contents/form\\_section\\_images/practice\\_directions/pd35\\_pdf\\_eps/pd35\\_prot.pdf](http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/contents/form_section_images/practice_directions/pd35_pdf_eps/pd35_prot.pdf)> . Acesso em 28/08/2012: Rules 35.4—(1) No party may call an expert or put in evidence an expert’s report without the court’s permission.

<sup>242</sup> ANDREWS, Neil. *The three paths of justice: Court proceedings, arbitration, and mediation in England*. Springer Dordrecht. Heidelberg London New York. 2012. Versão Kindle.

Neil Andrews<sup>243</sup> aponta que a doutrina distingue quatro categorias principais de perícia na Inglaterra: a) opinativa sobre fatos aduzidos em juízo, b) explicativa sobre objetos ou termos técnicos, c) a constatação, d) a que admite o testemunho do “ouviu dizer” (*hearsay*) de natureza especializada.

O Protocolo de Instrução aos Peritos<sup>244</sup> estabelece em que situações o perito deva atuar, a saber, 1) quando a sua atuação for relevante, 2) quando razoavelmente pertinente para resolver o conflito, 3) quando tem conhecimento no assunto em que a opinião é reivindicada, experiência e treinamento apropriado, cuja aceitação dependerá do valor, complexidade e importância do caso.

A propósito Jacob Robin<sup>245</sup> reporta, após 10 anos da reforma *Woolf*, que embora a reforma tenha implementado muitos avanços no trato da prova pericial, o progresso já havia começado anos antes, por meio de regras e legislação anteriores. Mesmo antes da reforma as cortes começaram a controlar a prova pericial e testemunhal e os peritos sentiam necessidade de profissionalizar o ofício, o que foi feito através da fundação, em 1980, da Academia de Peritos e, em 1990, do Instituto de Perícia. Houve necessidade de obter uma prova de qualidade. Esse *standard* qualitativo, segundo o autor, foi atingido. Aparentemente, o número de divergência entre os peritos decresceu e em sua opinião a reforma com relação à prova pericial foi um dos poucos pontos de sucesso da reforma, conquistado devido à verdadeira mudança cultural.

Entre nós o *Daubert* foi um marco que propiciou a reflexão sobre o funcionamento da prova pericial, sobre a qualidade da verdade buscada, sobre a efetividade do contraditório e permitiu sugestões de critérios objetivos para a valoração da prova e também para sua admissibilidade, que constitui a ênfase deste trabalho<sup>246</sup>.

---

<sup>243</sup> ANDREWS, Neil. *The three paths of justice: Court proceedings, arbitration, and mediation in England*. Springer Dordrecht. Heidelberg London New York. 2012. Versão Kindle.

<sup>244</sup> CIVIL JUSTICE COUNCIL. *Protocol for the instructions of experts to give evidence in civil claims*.. Junho de 2005. Atualizado em Outubro de 2009. [http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/contents/form\\_section\\_images/practice\\_directions/pd35\\_pdf\\_eps/pd35\\_prot.pdf](http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/contents/form_section_images/practice_directions/pd35_pdf_eps/pd35_prot.pdf). Acesso em 28/08/2012. P. 7

<sup>245</sup> JACOB, Robin. *Experts and Woolf: Have things got better?* In: DWYER, Déirdre (ed). *The civil procedure rules ten years on*. Oxford, UK. Oxford University Press, 2009. 293-297.

<sup>246</sup> Ver notas 139, 215, 306, indicando alguns trabalhos selecionados.

#### 4 O PERITO

Perito, segundo Moacyr Amaral Santos<sup>247</sup>, no seu sentido amplo, seria o douto, instruído, versado, sabedor, experimentado, prático. Num sentido estrito, seria aquele que é douto ou entendido em uma determinada ciência, arte ou ofício, chamado a atuar em determinado processo, a quem é atribuída a função de examinar, observar, verificar e perceber determinados fatos que serão fornecidos ao juiz, como elementos de prova.

O perito produz a prova pericial. Dentro do universo de verificação estão pessoas, coisas móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis.

Além da verificação, o perito, no nosso sistema, pode certificar a existência ou não de fatos e também interpretá-los, pronunciando-se sobre suas possíveis causas ou consequências.

Devis Echandía<sup>248</sup> distingue as perícias e os peritos em duas classes. A primeira consiste na perícia de verificação da existência ou de características de fatos técnicos, científicos ou artísticos, cujo perito seria o *percipiendi*.

Na outra categoria estão as perícias que têm por finalidade a aplicação de regras técnicas, artísticas ou científicas aos fatos verificados no processo, por quaisquer outros meios, para deles deduzir causas, consequências, qualidades ou valores que se investiguem. A um só tempo o perito enuncia as regras de experiência técnica pertinentes e as aplica aos fatos provados nos autos, para a formulação de deduções concretas. Nesse caso o perito corresponde ao *deducendi*. Marco Rossetti identifica o “*perito deducente*” como aquele que valora um fato, ou a prova, a partir das máximas da experiência e de regras científicas, com base em critério lógico racional, sujeito à verificação do juízo<sup>249</sup>.

O trabalho escrito do perito resultará num parecer, chamado tecnicamente de laudo, em que ele fornecerá ao juiz dados e, justificadamente, oferecerá sua constatação, ou opinião,

---

<sup>247</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial. Exames periciais e presunções*. V. 2ª. ed. correta e atualizada. São Paulo: Max Limonad, 1955. P. 37

<sup>248</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 5a. ed. Bogotá: Temis. Tomo II, 2006. P. 294 e ss

<sup>249</sup> ROSSETTI, Marco. *IL C.T.U. (l'occhiale del giudice): Consulente tecnico e ausiliari del giudice Formazione e Gestione Dell'Albo Consulente di Parte Svolgimento Della Consulenza Compenso Responsabilità*. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2012. P. 8



com base em regras técnicas, científicas ou de experiência, compreendidas e aceitas como verdadeiras pela comunidade especializada.

Como o perito atua nas áreas do saber fora do campo do conhecimento dominado pelo juiz, sua função é da mais alta relevância. Não por outro motivo, seus juízos e opiniões poderão decidir os litígios.

O perito é chamado a atuar no processo quando a prova do fato depende de conhecimento técnico ou científico e sua missão é ajudar o juiz a compreender o fato (art. 145, CPC).

O Código de Processo Francês, no seu artigo 232, é no mesmo sentido. O juiz pode chamar qualquer pessoa de sua escolha para esclarecer através de constatações, consulta ou perícia questão de fato que requer a luz de um técnico.

Serge Guinchard extrai do texto legal francês dois critérios que orientam as atividades do perito: 1) que haja uma questão de fato, 2) que o fato deva ser iluminado pelo perito. Esses dois critérios permitiriam controlar a atuação do perito, porque através deles pode-se saber o que o perito deve fazer e se realmente cumpriu a sua missão<sup>250</sup>.

O perito no ordenamento brasileiro deve aceitar o encargo, proceder com a investigação necessária, elaborar o seu laudo, estar disposto ao esclarecimento de dúvidas e ser comprometido com a verdade e regras da sua ciência<sup>251</sup>.

O perito deveria se ater à questão de fato, porque a questão de direito fica a cargo do juízo, especialista em direito. Observada essa fórmula, não se delegariam os poderes jurisdicionais do juízo ao perito<sup>252</sup>.

O perito não pode extrair consequências jurídicas dos fatos, missão esta que compete exclusivamente ao juiz, exceto se determinada eventualmente a realização de prova pericial jurídica, sujeita a um grau muito mais rigoroso de controle por parte do juiz do que a prova pericial de questão fática.

---

<sup>250</sup> GUINCHARD, Serge. *L'Expertise Judiciaire Civile: L'Expert, Le Juge et Les Parties*. In: Frison-Roche, Marie-Anne; Mazeaud, Denis (coord): *L'expertise*. Paris: Dalloz, 1995. P. 71

<sup>251</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 227.

<sup>252</sup> O Código de Processo Civil francês proíbe expressamente que o perito aprecie questão de direito. Art. 238 CPC Il ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique. Guinchard, Serge; Ferrand, Frédérique; Chainais, Cécile (DL 2011): *Procédure civile*. 2<sup>nd</sup> ed. Paris: Dalloz. P. 439 O perito deve responder às questões de fato colocadas pelo juízo, mas pode responder a outras se as partes concordarem. Não obstante, nunca pode responder a questões de direito, embora as respostas nesse sentido não estejam sujeitas à pena de nulidade. Ele não pode conciliar as partes, deve respeitar prazos, ser objetivo e imparcial. Parece que a motivação para a realização da perícia deve ser muito mais detalhada, porque o juiz precisa fundamentar porque não se aplica a consulta nem constatação. O objetivo é evitar a realização da perícia que retarda o curso do processo.

Vicente Greco Filho<sup>253</sup> afirma que os quesitos que levem o perito a conclusões jurídicas devam ser indeferidos. Não tendo sido indeferidos, não podem ser respondidos pelo perito. Caso sejam respondidos, não podem ser levados em consideração pelo juiz.

Por isso a definição do objeto da perícia assume tanta importância. É ela que indica a complexidade do fato, orienta a escolha do perito, permite que este estime seus honorários de forma controlável, limita a área de investigação a fim de evitar que o perito extrapole em sua análise. É com base nessa prévia definição que se pode exercer o controle do resultado e avaliar a qualidade do trabalho. Verifica-se se o perito atingiu o seu objetivo e serve de base para possíveis impugnações caso o objetivo não tenha sido cumprido.

O juízo e o perito não compartilham do mesmo *status*, mas um depende do outro. O juízo detém autoridade para efetuar a nomeação e o perito supre a deficiência do juízo nas questões técnicas e científicas. Embora essa relação apresente traços de subordinação, afinal o perito tem deveres a cumprir, Serge Guinchard<sup>254</sup> alerta que o Código de Processo Civil francês optou por fazer prevalecer a ideia de cooperação sobre a de subordinação. A ideia de cooperação se exprime na possibilidade de negociar prazos, do diálogo e da perícia oral. Não obstante, o perito não pode substituir o juízo. Isso é o que acontece também no direito brasileiro. A relação de subordinação está bem clara nos artigos 147 e 424 do CPC, que prevêem sanções ao perito que presta informações inverídicas e que não cumpre com o seu encargo, e a cooperação está presente na possibilidade de negociação de prazos para a entrega de laudo (art. 432 do CPC), no diálogo formal previsto, seja por escrito (art. 433 do CPC) ou oral (art. 435 do CPC), e o juiz também não fica vinculado ao laudo (art. 436 do CPC)<sup>255</sup>.

---

<sup>253</sup> GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. 15ª. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 224

<sup>254</sup> GUINCHARD, Serge. *L'Expertise Judiciaire Civile: L'Expert, Le Juge et Les Parties*. In: Frison-Roche, Marie-Anne; Mazeaud, Denis (coord): *L'expertise*. Paris: Dalloz, 1995. P.72

<sup>255</sup> Há decisões isoladas que efetivamente penalizam o perito (Ap. Cível 50.000-4/6. Processo originário da Comarca de São Paulo. Apelante Olga Ramirez Llopis. Apelado Fausto Valetim Braidatto e outros. 10a. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Ruy Camilo. Pela manutenção de multa por imprestabilidade do laudo. 1/09/98). Se há tanta reclamação sobre a prova pericial, é importante a realização de pesquisa de campo para identificar o porquê de ausência de jurisprudência robusta no assunto. Para se ter uma ideia, em pesquisa de jurisprudência no STJ, com as palavras-chave “perito” e “afastamento” e “multa” só foram encontradas 3 decisões. [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) acesso em 25/03/2013, isso para não se falar nos obstáculos aos recursos especiais que envolvem o tema por esbarrarem na súmula 7 do STJ.

Embora essas duas personagens – perito e juiz - estejam ligadas por um elo de confiança, isso não pode servir de desculpa para a delegação às cegas do poder de julgar, que é um problema real que enfrentamos<sup>256</sup>.

No trato com as partes, o perito deve preservar o direito ao contraditório. Isto é, deve franquear às partes o conhecimento sobre suas atividades e justificá-las para que as partes possam se defender na forma do art. 431-A do CPC.

#### 4.1 Função, dever e responsabilidades

Os autores modernos consideram o perito um auxiliar do juiz e da justiça<sup>257</sup>, seja na *common* ou *civil law*. Calamandrei<sup>258</sup> chegou à definição por exclusão: “auxiliares são aquelas pessoas ou oficiais que, não sendo nem componentes dos órgãos judiciais, nem partes na causa, colaboram com os órgãos judiciais (em regra com o juiz, mas também, em certos casos, com o secretário ou com os oficiais de Justiça, art. 68) para cumprimento das funções da justiça” (tradução livre), já que o código não os definiu, mas os elencou.

O Código Italiano de 1940, diferentemente do de 1865, substituiu a denominação “perito”, por “consultor técnico”. A mudança em si, para Calamandrei, não era de muita importância, porque a função essencial desse auxiliar permaneceu a mesma como prevista no Código anterior. A modificação serviu para a compreensão clara de duas características fundamentais desse auxiliar, que deve ser um consultor do juiz, e não um substituto deste, cujo laudo também não vincula o juiz, e o de ser um técnico, isso é, pessoa dotada de particular competência, em áreas do saber que fogem do âmbito do domínio para o qual o juiz normalmente se prepara para o exercício de suas funções<sup>259</sup>.

As Disposições de Aplicação do Código de Processo Civil Italiano, com atualização de 28 de novembro de 2011, prevêem que o consultor técnico deva estar entre pessoas que

<sup>256</sup> Ver MIRZA MADURO, Flavio. *Prova Pericial. Em busca de um novo paradigma*. Tese apresentada como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito. Rio de Janeiro. Fev. 2007 e CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova Científica: Exame Pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>257</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 5a. ed. Bogotá: Temis. Tomo II, 2006. P. 299

<sup>258</sup> CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. A cura di Mauro Cappelletti. Vol. IV con presentazione di Enrico Tullio Liebman. Napoli: Morano Editore, 1970. P. 398/399.

<sup>259</sup> CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. A cura di Mauro Cappelletti. Vol. IV con presentazione di Enrico Tullio Liebman. Napoli: Morano Editore. 1970. P. 400/401.

estejam inscritas em registros profissionais<sup>260</sup>, divididos entre as áreas médico-cirúrgica, industrial, comercial, agrícola, bancária e de segurança.

Para Michele Taruffo o perito é um assistente do tribunal, cuja tarefa é oferecer a informação especializada necessária de forma objetiva, independente e imparcial<sup>261</sup>.

No ordenamento brasileiro o perito também é um auxiliar do juízo (art.139 do CPC) e ao lado das testemunhas, é um sujeito probatório, que não tem interesse direto no processo e por isso é imparcial. Extraem-se do código os princípios de imparcialidade e independência, uma vez que os peritos também estão sujeitos aos motivos de impedimento e suspeição (art. 138, inciso III, CPC).

Nos países de *civil law*, em geral, o perito não é juridicamente qualificado como testemunha. Enquanto a testemunha fornece ao tribunal os dados referentes aos fatos com base em seu conhecimento pessoal, o perito fornece informação científica ou técnica geral, em tese, reconhecida pelo meio científico ou técnico da matéria em exame, para que o tribunal possa avaliar os fatos em litígio. Traduz enfim um conhecimento comum e não pessoal.

Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra<sup>262</sup> as distinções entre testemunha e perito ficariam bem claras se pensássemos que a testemunha tem conhecimento dos fatos casualmente e seu depoimento é infungível, já que deporá sobre os fatos que deva ter

---

<sup>260</sup> Disposizioni di attuazione del C.p.c. Codice di procedura civile agg. al 20.03.2013. Art. 13. (Albo dei consulenti tecnici) Presso ogni tribunale è istituito un albo dei consulenti tecnici. L'albo è diviso in categorie. Debbono essere sempre comprese nell'albo le categorie: 1. medico-chirurgica; 2. industriale; 3. commerciale; 4. agricola; 5. bancaria; 6. assicurativa. Art. 14. (Formazione dell'albo) L'albo è tenuto dal presidente del tribunale ed è formato da un comitato da lui presieduto e composto dal procuratore della Repubblica e da un professionista iscritto nell'albo professionale, designato dal consiglio dell'ordine, o dal collegio della categoria, cui appartiene il richiedente l'iscrizione nell'albo dei consulenti tecnici. Il consiglio predetto ha facoltà di designare, quando lo ritenga opportuno, un professionista iscritto nell'albo di altro ordine o collegio, previa comunicazione al consiglio che tiene l'albo a cui appartiene il professionista stesso. Quando trattasi di domande presentate da periti estimatori, la designazione è fatta dalla camera di commercio, industria e agricoltura. Le funzioni di segretario del comitato sono esercitate dal cancelliere del tribunale. Art. 15. (Iscrizione nell'albo. Possono ottenere l'iscrizione nell'albo coloro che sono forniti di speciale competenza tecnica in una determinata materia, sono di condotta morale specchiata e sono iscritti nelle rispettive associazioni professionali. Nessuno può essere iscritto in più di un albo. Sulle domande di iscrizione decide il comitato indicato nell'articolo precedente. Contro il provvedimento del comitato è ammesso reclamo, entro quindici giorni dalla notificazione, al comitato previsto nell'articolo. Art. 16. (Domande d'iscrizione). Coloro che aspirano all'iscrizione nell'albo debbono farne domanda al presidente del tribunale. La domanda deve essere corredata dai seguenti documenti: 1. estratto dell'atto di nascita; 2. certificato generale del casellario giudiziario di data non anteriore a tre mesi dalla presentazione; 3. certificato di residenza nella circoscrizione del tribunale; 4. certificato di iscrizione all'associazione professionale; 5. i titoli e i documenti che l'aspirante crede di esibire per dimostrare la sua speciale capacità tecnica. Art. 17. (Informazioni) A cura del presidente del tribunale debbono essere assunte presso le autorità di polizia specifiche informazioni sulla condotta pubblica e privata dell'aspirante. <http://www.altalex.com/index.php?idnot=33898>. Accesso em 18/05/2013.

<sup>261</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008. P. 93

<sup>262</sup> ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. IV: arts.332 a 475. 2ª ed. Rev. Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 207.

presenciado, enquanto que o perito é encarregado pelo juiz de verificar os fatos, mas sua atividade é fungível, já que a escolha do perito fica a critério do juiz, atendidos, claro, os requisitos que o habilitam a figurar como perito na forma da lei.

O dever do perito é com a justiça, ainda que ele seja pago pelas partes interessadas em determinado resultado, e seu comprometimento supera qualquer relação contratual, a exemplo das reformas levadas a cabo por *Lord Woolf* na Inglaterra. Seus deveres são esclarecer questões específicas para a obtenção de uma decisão justa, através de desempenho correto do encargo (art. 422 do CPC) e cumprir os prazos estabelecidos pelo juiz (art. 146 e 421 do CPC)<sup>263</sup>.

É essencial que o perito seja independente. Sua opinião deve ser objetiva e deve estar de acordo com o discurso científico, com técnicas aceitas como corretas e com as máximas de experiência quando for o caso. Quando se identificar qualquer conflito ético ou interesse do perito na causa, ele deverá ser desqualificado para atuar.

Na Inglaterra o requisito da objetividade sugere que o perito evite assumir uma posição de advogado da parte contratante e ele deve acenar quando alguma questão fuja da sua área de expertise. Estimula-se também que o perito chegue a uma conclusão em comum com o perito da outra parte, o que não significa dizer que um perito não possa expressar opinião em favor de uma parte em detrimento de outra. Seu papel é oferecer instrumentos ao tribunal para entender os fatos corretamente. Se após o exame objetivo de fatos científicos o perito concluir que eles favorecem a parte que lhe contratou, ele deve dizer<sup>264</sup>. Lá o perito tem a obrigação de declarar no laudo que compreende o seu dever e que o cumpriu<sup>265</sup>, o equivalente a um termo de compromisso, que existiu no ordenamento brasileiro até 1992, quando o dispositivo foi revogado (art. 422 do CPC com redação da lei 8.455/92).

Taruffo aponta que a testemunha *expert*<sup>266</sup> (figura da *common law*) se diferencia do perito (da *civil law*), na medida em que a testemunha *expert* apresenta ao tribunal sua opinião pessoal sobre os fatos relevantes. Em contrapartida, o perito vai fornecer ao tribunal dados e

---

<sup>263</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed., rev. e atual. I. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2009. P. 682 e ss.

<sup>264</sup> MURPHY, Peter; GLOVER, Richard. *Murphy on evidence*. 12<sup>th</sup> ed., New York: Oxford University Press, 2011. P. 395

<sup>265</sup> CIVIL PROCEDURE RULES. 35.10 (2): *At the end of an expert's report there must be a statement that the expert understands and has complied with their duty to the court*. Disponível em <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part35>. Acesso em 20/05/2013.

<sup>266</sup> A expressão “expert” é equivalente a “perito”.

informação científica ou técnica geral necessária para a valoração dos fatos objeto de litígio. Fornece o conhecimento especializado que serve de instrumento para a ponderação do direito.

Vale destacar que na Inglaterra, em consequência da reforma, optou-se por suprimir a expressão *witness* em *witness testimony* exatamente para tirar o cunho de pessoalidade da prova pericial, o que mostra que a diferenciação apresentada por Taruffo tende a desaparecer .

O campo de aplicação da prova pericial é extenso e essa abordará uma gama de assuntos, sejam gerais, específicos, científicos ou técnicos. É próprio da prova pericial que ela seja flexível e versátil para que se adeque a cada tipo de situação, que pode variar muito.

Para Taruffo<sup>267</sup> embora os sistemas de produção e valoração da prova pericial sejam diferentes, todos eles apresentam problemas que são comuns a todos. Os problemas vão desde aqueles que envolvem a qualificação do perito, como o método usado para aferição do fato, a confiabilidade da prova, a credibilidade etc.

O dever e responsabilidade do perito, em assuntos cíveis, de acordo com o direito inglês, vêm prescritos no seu Código de Processo Civil (Civil Procedure Rules-CPR), no artigo 35, complementado pelo Protocolo de Instrução dos Peritos para o Oferecimento de Evidências em Processos Cíveis, elaborado para auxiliar os peritos e as partes que os instruem em todos os casos em que o Código de Processo Civil se aplica<sup>268</sup>.

O Protocolo funciona como um guia para a interpretação e cumprimento do artigo 35 das (CPR) e das Diretrizes Práticas, bem como alerta para os objetivos das CPR. O Protocolo ainda estabelece padrões de boas práticas para o uso de perícia e para o comportamento dos peritos.

O dever do perito é para com a corte e de responder às perguntas a ele feitas nos limites estabelecidos no processo. Ele deve ajudar à justiça em assuntos que sejam de sua experiência, independentemente de quem quer que o tenha contratado, ou de quem pague por seus serviços.

O perito deve fornecer para o juiz ou para os jurados os critérios científicos que possam comprovar que as conclusões a que chegou são acuradas. Com base nos dados

---

<sup>267</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008. P. 96.

<sup>268</sup> INGLATERRA. *Protocol for the Instruction of Experts to give Evidence in Civil Claims* [http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/contents/form\\_section\\_images/practice\\_directions/pd35\\_pdf\\_eps/pd35\\_prot.pdf](http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/contents/form_section_images/practice_directions/pd35_pdf_eps/pd35_prot.pdf) O conteúdo do protocolo teve influência de documentos prévios produzidos pela Academia de Peritos e pelo Instituto de Peritos, além de receber sugestões da Organização de Disputas Clínicas e foi aprovado pelo *Master of Rolls*. Acesso em 01/08/2012.

demonstrados o juiz ou jurados devem ser capazes de formar sua própria opinião ao aplicar os dados para a situação concreta.

No processo civil brasileiro é o juiz quem nomeia o perito, pessoa de sua confiança (art. 421 do CPC).

#### 4.2 Qualificação e confiança

Pressupõe-se que o fato objeto do exame, da avaliação ou da vistoria só possa ser compreendido por quem detenha conhecimentos científicos, técnicos ou especializados (art. 145 c/c 420 do CPC). Mas o que são esses conhecimentos?

Técnica vem do grego *technikos*, de *techné* (arte), é o processo ou procedimento, que é seguido segundo as regras da arte, ou consoante os preceitos emanados da ciência. A técnica resulta num sistema, que serve de forma ao procedimento, ou estrutura à parte material de uma arte, indicando a perícia ou a habilidade, que se deve empregar na execução de certo mister. Cada arte, ou cada ciência, possui a sua técnica, a ser aplicada na realização de quaisquer fatos, que lhes sejam pertinentes<sup>269</sup>.

Técnica é o processo aplicado para se obter a melhor performance em uma determinada atividade, seja ela científica, ou prática<sup>270</sup>.

Conhecimentos científicos, conforme Greco, são aqueles elaborados pela ciência, no grau mais alto de profundidade do raciocínio humano, aceitos como corretos em certa área do conhecimento e aos quais se chega através de estudos sistematizados, de pesquisas, da observação conforme padrões técnicos previamente estabelecidos, de avaliação crítica, seguindo métodos rigorosos capazes de lhe conferir segurança e credibilidade<sup>271</sup>.

O mesmo autor define os conhecimentos especializados como aqueles “empíricos privativos de pessoas que exercem certa atividade específica ou certa profissão, que

---

<sup>269</sup> SILVA, de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 28ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. P. 1358

<sup>270</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 222. O autor é muito preciso na sua definição: “O conhecimento técnico é aquele aplicado ao desempenho de uma atividade prática, é o conjunto de regras, originadas do conhecimento científico ou da experiência prática, que disciplina o exercício de determinada atividade humana. Existe, por exemplo, uma técnica para dirigir automóveis e outra para pilotar aviões; uma para fazer bolo de fubá e outra para fazer pão, e assim por diante”.

<sup>271</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 222.

transmitem as suas experiências no seu desempenho”<sup>272</sup>. Não se haveria de confundir conhecimento técnico com especializado, porque aquele estaria razoavelmente sistematizado e poderia ser transmitido por meio de cursos de formação, enquanto este seria adquirido pela experiência de cada um no cotidiano.

No sistema pátrio, de acordo com o artigo 145, parágrafos 1º. e 2º do Código de Processo Civil, os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, e comprovarão sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos, exceto nas localidades onde não houver profissionais qualificados.

As áreas que demandam conhecimento especializado estão em constante expansão e envolvem assuntos que variam desde acidentes de carro, como de comportamento do condutor, idade da pessoa, testes sanguíneos, nível de álcool no organismo, identificação de voz, impressão digital, originalidade de obras de arte etc. Poder-se-ia classificar os setores de conhecimento como o da medicina, ciência, arquitetura, engenharia, tecnologia, análise de mercado etc.

Uma das grandes questões na área da perícia é a qualificação do profissional. Murphy e Glover<sup>273</sup> destacam que a qualificação para atuar como perito é uma questão técnica de competência e que o tribunal deve investigar as credenciais desse perito em potencial, antes de permitir que ele inicie seus trabalhos. Um perito que não preencha a qualificação exigida não deve ser ouvido, no entanto, esses autores informam que a prática moderna na Inglaterra, tem sido de aceitar a perícia quando o perito reivindica ter o conhecimento necessário. Não obstante, caso o laudo pericial não traduza em realidade aquele conhecimento reivindicado, o peso atribuído ao laudo poderá ficar seriamente comprometido.

Na Inglaterra o perito só poderá atuar se, na opinião do juiz, ele for considerado qualificado na matéria que demanda a produção da prova. Na maioria dos casos o juiz decide sobre a qualificação com base em material escrito, mas eventualmente pode demandar o *voir dire*, que é o teste realizado para confirmação de que o perito tem ou não a qualificação para ser aceito. Dependendo da situação o juiz, durante o julgamento, pode “cassar” a qualificação do perito e rebaixá-lo à qualidade de testemunha ordinária<sup>274</sup>.

---

<sup>272</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 223.

<sup>273</sup> MURPHY, Peter; GLOVER, Richard. *Murphy on evidence*. 12<sup>th</sup> ed., New York: Oxford University Press, 2011. P. 393

<sup>274</sup> KEANE, Adrian; GRIFFITHS, James; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. 8th ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2010. P. 532



Um dos antigos critérios da *common law* é admitir o testemunho de pessoa que adquiriu, por estudo ou prática, o expertise necessário em determinado assunto, objeto da ação<sup>275</sup>. O perito pode ter adquirido seus conhecimentos através do estudo, treinamento ou experiência.

Os tribunais ingleses estão interessados em assegurar que realmente o perito seja experiente e não com a forma como obteve seus conhecimentos, por isso, é possível que a demonstração de experiência adquirida em casos relevantes, seja mais importante no direito inglês do que a comprovação dos meios de aquisição de conhecimentos por documentos impressos<sup>276</sup>. Tampouco existe o requerimento de que o perito tenha adquirido sua experiência profissionalmente. A doutrina aponta uma decisão judicial em que um advogado que estudou grafologia por 10 anos, de forma amadora, foi aceito para opinar se determinada grafia pertencia ou não a um acusado<sup>277</sup>.

Um policial com qualificação e experiência em investigação de acidentes pode oferecer opinião sobre como um acidente de trânsito pode ter ocorrido. Uma pessoa sem qualificação médica, mas com experiência e conhecimento adquirido em trabalhos voluntários, ou até projetos de pesquisa sobre os danos causados por abuso de drogas pode opinar sobre qual a quantidade de *ecstasy* é considerada para uso para fins pessoais e como os usuários desenvolvem tolerância à droga<sup>278</sup>.

Não existe um teste formal de verificação da confiabilidade do método utilizado pelo perito ou de sua validade científica como requisito para a admissibilidade, embora isso seja da maior importância para o peso que se atribuirá à prova. Isso se deve ao fato de ser difícil definir no que consiste a confiabilidade, por ausência de uma direção dos tribunais superiores. A metodologia acaba sendo controlada na valoração da prova, mas diante de um júri, o controle tardio pode ser comprometedor. Hodgkinson e James não acreditam que seja necessário definir em pormenores o que é confiabilidade, mas a corte poderia fornecer um guia aos juízes de como testar a confiabilidade, na linha do que fez a Suprema Corte Americana, ou na linha dos testes de aceitação geral da Austrália<sup>279</sup>.

---

<sup>275</sup> MURPHY, Peter; GLOVER, Richard. *Murphy on evidence*. 12<sup>th</sup> ed., New York: Oxford University Press, 2011. P. 393

<sup>276</sup> MURPHY, Peter; GLOVER, Richard. *Murphy on evidence*. 12<sup>th</sup> ed., New York: Oxford University Press, 2011. P. 393

<sup>277</sup> KEANE, Adrian; GRIFFITHS, James; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. 8th ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2010. P. 533. R v Silverlock. 1894 2 QB 766.

<sup>278</sup> KEANE, Adrian; GRIFFITHS, James; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. 8th ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2010. P. 532

<sup>279</sup> HODGKINSON, Tristram; JAMES, Mark. *Expert evidence*. Law and practice. 3<sup>rd</sup> ed. London: Thomson Reuters (Legal), 2010. P.696 e ss

Os juízes ingleses costumam citar, para fins de teste de admissibilidade da prova pericial, o julgado *R v Bonython* em que além de questionar se o assunto demandava a prova pericial em si, e se o perito preenchia os requisitos para assumir a posição de perito, questionaram se o objeto da perícia formava parte de um corpo de conhecimento e experiência que estivesse suficientemente organizado ou que fosse reconhecido para ser aceito como um corpo de conhecimento e experiência confiável, cujo conhecimento pelo perito lhe colocasse em uma posição de oferecer assistência à corte.

Adrian Keane et alii<sup>280</sup> informam que geralmente, salvo algumas exceções, as cortes inglesas são relutantes em aplicar esse tipo de teste de admissibilidade, o que seria perigoso, porque permitiria que os jurados, principalmente, em matéria criminal confiassem em peritos de idoneidade questionável.

De fato, a Comissão para Assuntos Legais patrocinada pelo Ministério da Justiça inglês fez recomendações para implementar um teste de confiabilidade para as provas periciais<sup>281</sup>. A intenção é aplicar um *standard* mais rígido para a admissibilidade da prova, admitindo-a quando for suficientemente confiável para ser considerada pelos julgadores do fato<sup>282</sup>.

Propõe-se que a parte que reivindica a prova pericial prove que a prova produzida é confiável. Verificar-se-ia se a evidência é baseada em princípios e técnicas sensatos e se as suposições foram adequadamente aplicadas aos fatos do caso. Ademais, sugere-se que em casos de prova científica, a corte verifique se os princípios foram testados apropriadamente, se incluem dados sobre a probabilidade de erro e se são aceitos pela comunidade científica. Aventou-se ainda a possibilidade de permitir, em casos difíceis, que o juiz tivesse o auxílio de um assessor para fins de apreciação da confiabilidade da prova.

No Brasil o caminho é inverso. Como o perito é de confiança do juízo, este age como se não devesse nada às partes e como se não precisasse demonstrar a elas o motivo da confiança. O despacho em que há nomeação do perito nada diz sobre sua qualificação e às vezes o ônus de identificá-la fica pesado para as partes, que devem desempenhar verdadeiro papel de detetive. Essa falta de transparência e de praticidade seriam facilmente resolvidos se os currículos dos peritos estivessem à disposição imediata das partes no respectivo cartório,

---

<sup>280</sup> KEANE, Adrian; GRIFFITHS, James; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. 8th ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2010. P.534.

<sup>281</sup> <http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/expert-evidence-in-criminal-trials.htm> Acesso em 23/09/2012

<sup>282</sup> MURPHY, Peter; GLOVER, Richard. *Murphy on evidence*. 12<sup>th</sup> ed., New York: Oxford University Press, 2011. P. 396

ou mesmo em uma divisão de perícia judicial, para que as partes pudessem, no prazo judicial, eventualmente, exercer seu direito de impugnar o perito que se mostre inadequado ao caso<sup>283</sup>.

### 4.3 Escolha do perito

#### 4.3.1 O perito do juízo

O perito que atuará no caso pode ser escolhido pelas partes, pelo juízo, ou em conjunto pelas partes, dependendo do sistema processual. Quando se fala em perito das partes, de forma geral, quer-se dizer que cada uma delas escolherá o seu perito. Esse sistema é o tradicional nos países da *common law*.

É possível encontrar sistemas que aceitem que as partes possam escolher em conjunto o perito. Essa é uma das opções oferecidas no sistema inglês de acordo com as Civil Procedure Rules<sup>284</sup>, bem como no Código de Processo Civil Português<sup>285</sup>.

Assim como vários questionamentos envolvem a prova pericial, outros tantos atacam o perito. Essas perguntas variam dependendo de quem indicou o perito.

Neste subitem, focaremos no perito do juízo. Quem é esse estranho que aporta no processo<sup>286</sup>? Quem controla a sua atuação? Ele deve ser de confiança apenas do juízo? É

<sup>283</sup>“O perito é da confiança do juízo, e não das partes, não cabendo ao *expert*, a comprovação de sua experiência àquelas, as quais, em querendo, podem se valer do assistente técnico, este sim, de sua confiança”. Agravo de Instrumento no. 2008.002.26416. Agte. Clínica de Fisioterapia Grafia do Corpo S/C Ltda. Agda. Nilza Elayne de Castro e outro. Rel. Des. Marco Aurélio Bezerra de Mello. 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Decisão unânime. 11/11/2008. Acessível em [www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br). Acesso em 13/5/2013. Ver também DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO. Disponibilização de 8/8/2011. Caderno Judicial- 1ª Instância – Capital. São Paulo, Ano IV, Edição 1011. P. 160. Processo 583.00.2010.205500-2/000000-000. No. de ordem 2312. Chocolates Garoto S.A. v Pompeia S.A. Indústria e Comércio. “Vistos. A douta perita trabalha neste foro há mais de quinze anos e tem conhecimento necessário para realização do múnus. À perícia. Int.” Essa foi a justificativa do juízo ao questionamento do autor sobre a qualificação da perita nomeada.

<sup>284</sup>REINO UNIDO. *Civil Procedure Rules*. Disponível em <[http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/contents/form\\_images/practice\\_directions/pd35\\_pdf\\_eps/pd35\\_prot.pdf](http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/contents/form_images/practice_directions/pd35_pdf_eps/pd35_prot.pdf)>. Acesso em 28/08/2012: Court’s power to direct that evidence is to be given by a single joint expert 35.7.—(1) Where two or more parties wish to submit expert evidence on a particular issue, the court may direct that the evidence on that issue is to be given by one expert only. 113 (2) The parties wishing to submit the expert evidence are called “the instructing parties”. (3) Where the instructing parties cannot agree who should be the expert, the court may— (a) select the expert from a list prepared or identified by the instructing parties; or (b) direct that the expert be selected in such other manner as the court may direct.

<sup>285</sup>Código de Processo Civil Português. Artigo 568.º Quem realiza a perícia 1 - A perícia é requisitada pelo tribunal a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado ou, quando tal não seja possível ou conveniente, realizada por um único perito, nomeado pelo juiz de entre pessoas de reconhecida idoneidade e competência na matéria em causa, sem prejuízo do disposto no artigo seguinte. 2 - As partes são ouvidas sobre a nomeação do perito, podendo sugerir quem deve realizar a diligência; havendo acordo das partes sobre a identidade do perito a designar, deve o juiz nomeá-lo, salvo se fundamentadamente tiver razões para pôr em causa a sua idoneidade ou competência.

possível ainda contar com o critério confiança levando em consideração os diversos ramos de especialidade?

O perito do juízo é aquele nomeado por este e a base da escolha, além dos conhecimentos especializados, é a confiança que o juízo deposita nele.

O Código de Processo Civil pátrio estabelece que o perito será indicado pelo juízo (art. 421) entre aqueles profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente. Exceto nas localidades onde não houver profissionais qualificados que preencham os requisitos indicados, a indicação dos peritos será de livre escolha do juiz (art. 145, § 1o. 2o. 3o. do CPC)<sup>287</sup>.

Além dos critérios legais, é assentado na doutrina que o perito deva ser de confiança do juiz<sup>288</sup>, embora esse critério, na prática, em função da massificação dos conflitos e grande diversidade de ramos em que são realizadas as perícias, deva se relativizar.

Ainda que a lei estabeleça critérios objetivos mínimos que o profissional deva atender para exercer o encargo, eles são muito baixos no Brasil, porque exige apenas grau superior e inscrição no órgão de classe. Nada garante que o perito terá os conhecimentos necessários para realizar o *munus* com qualidade. Sabe-se que é relativamente fácil obter um diploma e realizar a inscrição no órgão de classe<sup>289</sup>. Não existe um padrão qualitativo de ensino nas

<sup>286</sup> Na França houve pesquisa para saber quem eram literalmente os peritos. Revelou-se que a maioria dos peritos (85% dos que responderam à pesquisa) eram homens de 50 a 60 anos, diplomados, especialistas em algum ramo da medicina. A idade tenra é um obstáculo à carreira, mas o decreto de 23/12/2004 limita a idade do perito à 70 anos e 90,8% portavam diploma universitário. No ramo de seguros os profissionais preferem trabalhar em empresas ou organizações privadas onde são melhores remunerados. A pesquisa envolveu outros dados como o número de perícias realizadas por cada perito por ano etc. Ver RANGEON, François. *Sociologie des Experts Judiciaires: nouveaux éclairages sur un milieu mal connu*. In: RUDE-ANTOINE, Edwige. *Le procès. Enjeu de droit, enjeu de vérité*. Paris: Presses universitaires de France, 2007. P. 326.

<sup>287</sup> Este estudo foca no direito processual civil. No processo penal o perito é funcionário público. CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova Científica: Exame Pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 42. “No processo penal, de igual forma, o perito também é nomeado pelo juiz. Todavia, devido à existência de uma série de peritos oficiais, na condição de funcionários públicos, o magistrado normalmente encaminha o objeto ou a pessoa a serem periciados ao órgão competente. Aqui, não há a mesma relação pessoal de confiança que acompanha as perícias cíveis, mas sim a presunção de legitimidade dos atos emanados do Estado”.

<sup>288</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Introdução ao direito processual civil*. 3ª ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 221.

<sup>289</sup> Para registro no Crefito (Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional) o único documento de mérito necessário é o diploma de graduação original assinado. CONSELHO REGIONAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL. Disponível em <<http://www.crefito2.gov.br/servicos-online/profissionais/registro-definitivo--222.html>>. Acesso em 25/03/2013. O mesmo vale para o CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DO RIO DE JANEIRO (CRA-RJ). Disponível em <<http://www.cra-rj.adm.br/>>. Acesso em 25/03/2013, informação obtida por telefone 3872-9562; idem para o CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (CRC-RJ). Disponível em <<http://webserver.crcrj.org.br/spw/fichacadastral/crc/>>. Acesso em 25/03/2013.

universidades, por isso, portar um diploma no Brasil pode não ser suficiente para o exercício do encargo. O perito deveria demonstrar a notoriedade dos seus conhecimentos para legitimar a sua atuação perante as partes, que devem, além do juiz, confiar na sua capacidade<sup>290</sup>.

O problema da falta de critérios mais rígidos aptos a atestar a qualidade técnica e científica dos conhecimentos dos peritos é gerar a falta de transparência para as partes sobre os motivos da escolha, que geralmente não são justificados pelo juiz. Ademais, se o critério determinante passa a ser a confiança, ele não pode ser contestado. Se o perito é pessoa da confiança do júízo, é instintivo afirmar que seu poder de controle sobre a atuação de mérito do perito será reduzido.

No estágio avançado do nosso direito processual preocupado em assegurar o contraditório e a ampla defesa, visando um resultado justo, não se aceitam mais decisões arbitrárias sem justificação<sup>291</sup>.

Do ponto de vista lógico se o juiz não justifica a escolha do perito para servir às circunstâncias do caso, as partes podem impugnar a nomeação com dados que tenham obtido do perito.

Na prática, é possível que as partes optem por não exercer o direito de questionar a nomeação por medo de reprimendas tanto do juiz, afinal se impugna uma pessoa de sua confiança, como do próprio perito, que, se mantido, pode usar da antipatia inicial para prejudicar a parte que o questionou. Em outras palavras, a impugnação pode acabar favorecendo a parcialidade que se almeja evitar no processo.

---

O Registro Definitivo Originário é o concedido pelo CRC aos portadores de diploma de Bacharel em Ciências Contábeis ou diploma/certificado de Técnico em Contabilidade, devidamente registrado, fornecido por estabelecimento de ensino, ou certidão de inteiro teor expedida por órgão competente. <http://webservice.crcrj.org.br/spw/fichacadastral/crc/> Acesso em 25/03/2013; Idem para o CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO RIO DE JANEIRO (CREA-RJ) Disponível em <<http://www.crea-rj.org.br/documentos-e-formularios/registro-de-profissional-diplomado-no-pais-primeiro-registro/>>. Acesso em 25/03/2013.

. Idem para CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DO RIO DE JANEIRO. Disponível em <<http://www.cro-rj.org.br/atendimento/index.asp#03>>. Acesso em 25/03/2013.

Conselho Regional de Odontologia do Rio de Janeiro . <http://www.cro-rj.org.br/atendimento/index.asp#03>, no CRO é possível a inscrição também como especialista mediante entrega de diploma do respectivo curso . Acesso em 25/03/2013.

<sup>290</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 224: “Mais importante do que o diploma é a notoriedade dos conhecimentos do perito, principalmente num país de bacharéis como o nosso”.

<sup>291</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba. 3a. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010. P. 171. “Y es que en una sociedad moderna, donde los individuos no se conforman con una apelación a la autoridad sino que exigen razones, la justificación o motivación de las decisiones tiende a verse, no ya como una exigencia técnica, sino como el fundamento mismo de la legitimidad de los jueces”.

Tendo as partes dúvidas da competência do perito devem exercer o seu direito de impugnação e exigir que se comprove o contrário, porque elas também precisam ter confiança no profissional. O preenchimento do requisito de confiança não cabe mais somente ao juiz, porque ele não é mais o único destinatário das provas, como se entendia quando da promulgação do Código de Processo Civil de 1973<sup>292</sup>.

O juiz, por outro lado, deve ser mais responsável por dirigir a produção da prova, definindo a missão do perito e fixando as perguntas que serão feitas para o esclarecimento devido, para futura avaliação e para que o recurso à perícia não se torne delegação da função jurisdicional<sup>293</sup>.

É inegável que o laudo empreste uma aura de cientificidade à perícia, mas não necessariamente o seu conteúdo será aceito pelos pares dos peritos, que são os assistentes técnicos das partes.

É, portanto, dever das partes como elemento de defesa que processualizem a sua insatisfação com a nomeação daquele perito, que, obviamente, também precisa estar fundamentada racionalmente, sob pena de configurar abuso processual. A impugnação será imprescindível para o conhecimento dos tribunais para uma possível reforma de decisão futura.

O juiz profissional é treinado para ouvir as partes e sua imparcialidade é necessária. Ele conhece os fundamentos do processo e da atividade jurisdicional o suficiente para não se deixar contaminar com o exercício da ampla defesa<sup>294</sup>.

Nesta pesquisa não se entrou no mérito da remuneração do perito e adequação dos seus honorários à qualidade do serviço prestado, mas são fatores igualmente importantes para a legitimidade que decorrerá do resultado final.

O perito deveria ser um profissional conhecido na sua área de especialização e escolhido para atuar por essa razão.

---

<sup>292</sup> Ver GRECO, Leonardo. *A prova no processo Civil: Do código de 1973 ao novo código civil*. In: Greco, Leonardo e Miranda Netto, Fernando Gama de (Org.) *Direito processual e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. P. 100

<sup>293</sup> GÉNIQUE, Gwénaëlle. *Décision de Justice et Expertise*. P. 310. In: Rude-Antoine, Edwige. *Le procès. Enjeu de droit, enjeu de vérité*. Paris: Presses universitaires de France, 2007.P. 310.

<sup>294</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. Reimpressão 1999. Ps. 75 e 76. Sobre as chamadas regras fundamentais da justiça natural da *common law* ou do saber latino *nemo iudex in causa propria* e *audiatur et altera pars*. “Essas regras exigem que o juiz seja *super partes* e, portanto, que não decida sobre qualquer relação ou “*status*” do qual seja ele mesmo partícipe, livre das pressões das partes. Elas impõem, ainda, o caráter contraditório do processo, isto é, que todas as partes da relação ou estado do objeto do juízo, pessoalmente ou por meio de seus representantes, tenham efetiva oportunidade de se defender e, assim, uma adequada oportunidade de serem ouvidas por um juiz imparcial”.

Na verdade, com a nomeação acaba havendo uma presunção da notoriedade dos conhecimentos do perito e, conseqüentemente, o juiz pressionado por critérios quantitativos instituídos pelos tribunais, tendem a confiar cegamente no laudo<sup>295</sup> deixando de valorar devidamente a prova em conjunto com todas as outras produzidas.

Por outro lado, com a diversidade de áreas em que a prova pericial pode ser aplicada, é difícil crer que os juízes conheçam efetivamente pessoas especializadas em todas essas áreas, o que vai inevitavelmente afastar a confiança como critério de escolha.

Como auxiliar o juiz que não conhece representantes da área específica e garantir um padrão mínimo de qualidade técnica dos peritos para todos os jurisdicionados?

Na França, há pelo menos um século<sup>296</sup> existem listas<sup>297</sup> de peritos, hoje em nível nacional e para os tribunais recursais. Não obstante, elas têm um caráter meramente indicativo e não vinculativo<sup>298</sup>, servindo muito mais como uma espécie de “caderno de telefones” em matéria cível para evitar o monopólio do ofício. Aliás, cabe observar que a *Chancellerie* opõe-se fortemente à criação de um corpo de peritos profissionais<sup>299</sup>, como forma de reirrerar o entendimento de que o recurso à perícia deve ser ocasional<sup>300</sup> e pontual. A inscrição na lista garante apenas a possibilidade de reivindicar o uso do título de perito.

<sup>295</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. P. 68

<sup>296</sup> DUMOULIN, Laurence. *Les Experts Judiciaires ont-ils encore du pouvoir? Des effets de la professionnalisation des experts sur la justice*. In: Rude-Antoine, Edwige. *Le procès. Enjeu de droit, enjeu de vérité*. Paris: Presses universitaires de France, 2007. P. 293-294. O trabalho aborda com dados estatísticos o crescimento do número absoluto de peritos inscritos nas listas, a incidência de realização de perícias no universo de processos etc. e da banalização do uso de perícia quase que como uma passage obrigatória para apuração de fatos, responsabilidades etc.

<sup>297</sup> Regulamentadas hoje vide FRANÇA. *Décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires*. Disponível em <[http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=E2B0E0B18DD2BD3AB959172E0B25B8E8.tpdjo03v\\_2?cidTexte=LEGITEXT000005983254&dateTexte=20130201](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=E2B0E0B18DD2BD3AB959172E0B25B8E8.tpdjo03v_2?cidTexte=LEGITEXT000005983254&dateTexte=20130201)>. Acesso em 10/09/2012. Os requisitos para a inscrição não são rigorosos, sequer é necessário portar diploma, e não é demais afirmar que qualquer pessoa com suficiente formação e experiência, com menos de 70 anos, pode ser elegível para o cargo. Não se exige comprovação de mérito dos conhecimentos dos peritos. Esses requisitos não são aptos a assegurar a credibilidade do perito. Para entrar na lista nacional o perito deve ao menos figurar durante 3 anos em lista do tribunal.

<sup>298</sup> GUINCHARD, Serge. *L'Expertise Judiciaire Civile: L'Expert, Le Juge et Les Parties*. In: Frison-Roche, Marie-Anne; Mazeaud, Denis (coord): *L'expertise*. Paris: Dalloz, 1995. P. 73.

<sup>299</sup> Profissionais no sentido de dedicarem 100% de seu tempo à perícia como fonte principal de recursos.

<sup>300</sup> DUMOULIN, Laurence. *Les Experts Judiciaires ont-ils encore du pouvoir? Des effets de la professionnalisation des experts sur la justice*. In: Rude-Antoine, Edwige. *Le procès. Enjeu de droit, enjeu de vérité*. Paris: Presses universitaires de France, 2007. P. 299. Apesar disso a presença de peritos no espaço judicial é massiva. De acordo com pesquisa realizada em 1992 o número de peritos inscritos em 33 Cortes de Apelação chegava a cerca de 20250, enquanto o número de magistrados era de 6250, 20000 servidores, 31000 advogados e 3200 huissiers de justice – oficiais de justiça. P. 294. Em 2004 o número de inscritos era 16000, de magistrados 8000 e de advogados 40000. Ver RANGEON, François. *Sociologie des Experts Judiciaires: nouveaux éclairages sur un milieu mal connu*. In: RUDE-ANTOINE, Edwige. *Le procès. Enjeu de droit, enjeu de vérité*. Paris: Presses universitaires de France, 2007. P. 323.

A Itália também adota o sistema das listas de peritos, ou para usar a expressão empregada pelos italianos – consultores técnicos - sem o caráter obrigatório da indicação. No entanto, a nomeação de pessoa não inscrita, ou inscrita em lista de outro tribunal será justificada e comunicada ao presidente do tribunal<sup>301</sup>. O objetivo da lista é garantir o correto desenvolvimento da função jurisdicional e assegurar que o melhor profissional para desempenhar o trabalho é quem vai auxiliar o juízo. O cadastro presume um padrão mínimo de competência do consultor, no entanto, a presunção não pode ser absoluta, porque os requisitos para a inscrição são objetivos, baseados em títulos. Não levam em consideração a pessoa e não se exige comprovação de competência especialíssima, o que pode gerar erro na avaliação do profissional. Consequentemente, ao jurisdicionado é garantido um consultor de competência média, mas não especial<sup>302</sup>. Apesar disso, a instrução do Tribunal de Roma é no sentido de que o exame da verificação da competência especial deva ser rigoroso<sup>303</sup>.

Para fins de inscrição na lista, ao contrário do previsto no Código de Processo Civil francês, entre outras exigências como inscrição na associação da profissão e comprovante de residência na circunscrição do tribunal, o candidato deve provar, por documentos e títulos, a capacidade técnica especial<sup>304</sup>.

No código de processo civil italiano de 1895 o perito equivalia à testemunha particular, era uma figura que aparecia à frente do juízo. Com a reforma de 1940 o perito passou a ser um auxiliar do juízo e está presente ao seu lado, fornecendo conhecimento que o juiz não possui, seja para verificar a existência de um fato ou para valorá-lo<sup>305</sup>. A denominação “perito” foi substituída por “consultor técnico”, como visto.

<sup>301</sup> Art. 22 de Disposizioni di attuazione al codice di procedura civile. <http://www.altalex.com/index.php?idnot=33898>.

<sup>302</sup> ROSSETTI, Marco. *IL C.T.U. (l'occhiale del giudice): Consulente tecnico e ausiliari del giudice Formazione e Gestione Dell'Albo Consulente di Parte Svolgimento Della Consulenza Compenso Responsabilità*. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2012.P. 27 e 28

<sup>303</sup> Istruzioni per il funzionamento dell'Ufficio c.t.u. presso il Tribunale di Roma. ROSSETTI, Marco. *IL C.T.U. (l'occhiale del giudice): Consulente tecnico e ausiliari del giudice Formazione e Gestione Dell'Albo Consulente di Parte Svolgimento Della Consulenza Compenso Responsabilità*. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2012. P. 47 e 48. A prova do conhecimento pode se dar através de prestação anterior de serviço complexo, publicação de monografia, artigo, comprovação de que o profissional foi docente em universidade, curso de especialização ou de atualização, pelo tempo de atividade profissional considerando o seu desenvolvimento contínuo. A valoração da capacidade é tarifada. Cada atividade é relacionada a um esquema de pontuação e a especialidade é presumida caso o candidato adquira uma pontuação mínima de 30 pontos.

<sup>304</sup> Art. 15 Disposizioni di attuazione al codice di procedura civile. <http://www.altalex.com/index.php?idnot=33898>. O ato de disposição é bastante detalhado, prevê critérios de inscrição na lista, o poder de investigar a conduta pública e privada do candidato, regula o procedimento disciplinar e a sanção aplicável.

<sup>305</sup> ROSSETTI, Marco. *IL C.T.U. (l'occhiale del giudice): Consulente tecnico e ausiliari del giudice Formazione e Gestione Dell'Albo Consulente di Parte Svolgimento Della Consulenza Compenso Responsabilità*. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2012.P. 6



De acordo com a Corte de Cassação Italiana<sup>306</sup> a antiga perícia realizada até 1940 era um meio de prova, enquanto que o atual código considera o trabalho do consultor um instrumento de auxílio. A consulta técnica não é considerada prova em si, mas constitui um meio de controle da prova, evidenciando a possibilidade de o juízo divergir do resultado alcançado pelo consultor.

Rezende de Almeida já noticiou a criação de listas de peritos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>307</sup>, usadas majoritariamente em casos de gratuidade de justiça.

A Resolução CM no. 3/2011 do mesmo tribunal formalizou o cadastro de peritos e regulamentou os documentos que deverão ser apresentados. Conforme aviso no *site* do tribunal, o cadastro formal começou a ser realizado em 1º de julho de 2011<sup>308</sup>.

A vantagem da criação de listas é a organização da informação e publicidade que se dá à qualificação dos peritos, o que incrementa os meios de controle desses auxiliares de justiça.

Em pesquisa realizada no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Divisão de Perícias Judiciais, foi informado, no entanto, que os dados cadastrais dos peritos não são acessíveis naquela divisão a não ser mediante ordem judicial.

A consulta às listas continua sendo em sua maioria usada pelos juízes em caso de gratuidade de justiça.

#### 4.3.2 O perito das partes

O perito das partes é o profissional contratado diretamente pelas partes para defender com base em dados técnicos, científicos ou especializados a sua versão dos fatos que demandam conhecimento especial. Afirma-se, com base em dados empíricos, que os peritos das partes acabam favorecendo aquela que o contratou.

A possibilidade da escolha pelas partes do perito está enraizada na cultura dos sistemas de *common law*, não obstante, já existiu no ordenamento jurídico brasileiro por um curto período 1946 a 1973<sup>309</sup>.

---

<sup>306</sup> Cass., 2 sez., 24 novembre 1973, n. 3187, Pres. Danzi, est. Renda. In ROSSETTI, Marco. *IL C.T.U. (l'occhiale del giudice): Consulente tecnico e ausiliari del giudice Formazione e Gestione Dell'Albo Consulente di Parte Svolgimento Della Consulenza Compenso Responsabilità*. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2012. P. 16

<sup>307</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. P. 237 e ss.

<sup>308</sup> “Senhores Juízes, Por força da resolução Nº 003/2011 do E. Conselho da Magistratura, especialmente o art. 1º que instituiu o cadastro único de peritos no âmbito do TJERJ, comunicamos que a partir do dia 1º de julho de 2011 estaremos recebendo a documentação prevista naquela resolução para o cadastramento dos peritos exclusivos dos juízos. Divisão de Perícias Judiciais – DIPEJ”. <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/diregerais/dgjur/deinp/dipej/dipej> acesso em 28/03/2013.

<sup>309</sup> Do Decreto Lei 8.570 de 1946 até o atual CPC de 1973.

Nos séculos XIX e XX a figura que para nós seria do perito das partes, mas tratada como testemunha especializada (*expert witness*) no direito inglês, teve um papel central no litígio.

As partes, como fundamento do sistema adversarial, eram autorizadas a introduzir no processo a prova que melhor servisse ao seu caso, e, portanto, a produzir o testemunho pericial que melhor as assistia<sup>310</sup>.

Observou-se que o perito das partes não era imparcial. Atuava como verdadeiro defensor dos seus contratantes o que gerou desvios e abuso no uso desse meio de prova. Com a reforma capitaneada por Lord Woolf, as *Civil Procedure Rules* de 1998, que entraram em vigor em abril de 1999, contam com dispositivos para tentar regular a atuação dos peritos.

A parte 35 das *Civil Procedure Rules* (CPR) trata da prova pericial no direito inglês, mas deve ser analisada e produzida também em conjunto com as diretrizes práticas, o Protocolo para a Instrução de Peritos<sup>311</sup>, os “Pre-action protocols” e o caso concreto.

A produção da prova pericial é limitada ao que for considerado razoável para resolver o conflito, o que não deixa de ser uma regra de admissibilidade<sup>312</sup>, baseada na relevância da prova, para frear seu uso excessivo no contencioso cível ocorrido na década de 90 do século passado.

Algumas das novidades introduzidas através das CPR foram a possibilidade de o perito pedir instruções diretamente para o magistrado, evitando que as partes manipulem a evidência; a de retirar qualquer referência à palavra “*witness*”, para distanciar a figura da testemunha da do perito, embora este mantenha o *status* legal de testemunha, aproveitando da imunidade em ações cíveis garantida às testemunhas; a de prever que o trabalho do perito seja por escrito, em vez de se concretizar pelo depoimento oral; a de conscientizar o perito de que seu dever é de lealdade com a justiça independentemente da parte que o contrate; a criação da figura do perito único escolhido consensualmente pelas partes, ou apontado pelo tribunal, caso o consenso não seja obtido. O perito único das partes é chamado a atuar nas causas de valor médio de £ 5.000,00 a 15.000,00, seguindo o procedimento “*Fast Track*”. Por último, além dos peritos das partes, daquele único nomeado por elas em conjunto ou indicado pelo juiz, existem os assessores da corte que atuam em questões que envolvam direito marítimo e de patentes. Esses assessores são indicados pelos tribunais e a

---

<sup>310</sup> DWYER, Déirdre. *The judicial assessment of expert evidence*. Cambridge, UK, New York: Cambridge University Press, 2008. P. 284

<sup>311</sup> [http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/contents/form\\_section\\_images/practice\\_directions/pd35\\_pdf\\_eps/pd35\\_prot.pdf](http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/contents/form_section_images/practice_directions/pd35_pdf_eps/pd35_prot.pdf). Acesso em 28/08/2012

<sup>312</sup> DWYER, Déirdre. *The judicial assessment of expert evidence*. Cambridge, UK, New York: Cambridge University Press, 2008. P. 185

tendência é que sejam considerados um perito da corte. Como os juízes têm acesso à opinião dos assessores, o uso de peritos pelas partes é desencorajado, já que não ajudarão em nada mais a corte<sup>313</sup>. A atuação dos assessores é bem limitada, conforme descrito no item 4.3.4.

Após a Segunda Guerra Mundial aventou-se a possibilidade de se acabar com os problemas referentes à parcialidade dos peritos através da adoção do modelo francês de escolha do perito pelo juízo. No entanto, os debates sobre a imparcialidade dos peritos na Inglaterra, com intenção de mudanças, somente se intensificaram na década de 90 do século passado, quando houve a preocupação de se esclarecer o real papel dos peritos perante a corte. Voltou-se a reconsiderar o uso do perito do juízo, apesar de o modelo continental ser totalmente desaprovado pelos operadores do direito local, que argumentavam que o perito do juízo violava o direito fundamental das partes de realizar a melhor defesa possível<sup>314</sup>.

As CPR exigem que o perito assuma compromisso com a corte de proferir uma opinião idônea, independente dos interesses da parte que a tenha contratado. Um conflito de interesse, eventualmente, pode motivar a exclusão da prova, caso o conflito seja significativo. Um perito, por exemplo, que tenha sido contratado pela relação de amizade que possui com a parte contratante pode não ser admitido como perito. Apesar de não haver regra expressa de que um amigo não possa atuar como perito, a corte entende que onde existe um grau de amizade que um observador comum possa entender como comprometedor para o resultado da perícia, o perito não pode ser aceito, ainda que seu laudo não apresente qualquer vício. Por outro lado, um empregado de uma parte pode atuar como perito, porque foi demonstrado que tinha a experiência necessária e que tinha consciência de que seu compromisso era com a justiça<sup>315</sup>.

Ambos os exemplos acima não expressam critérios objetivos. Apresentam regras vagas, aliás, ambas as situações são tão próximas, afinal um empregado de confiança pode nutrir uma relação de amizade com seu empregador, tal como a que travaria com um amigo. Parece que a admissibilidade será tratada caso a caso dependendo das razões discutidas pelas partes.

---

<sup>313</sup> DWYER, Déirdre. *The judicial assessment of expert evidence*. Cambridge, UK, New York: Cambridge University Press, 2008. P. 187/8

<sup>314</sup> DWYER, Déirdre. *The judicial assessment of expert evidence*. Cambridge, UK, New York: Cambridge University Press, 2008. P. 273

<sup>315</sup> KEANE, Adrian; GRIFFITHS, James; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. 8th ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2010. P. 534

#### 4.3.3 O perito escolhido mutuamente pelas partes

O perito escolhido mutuamente pelas partes foi uma inovação implementada pelas CPR.

*Lord Woolf* recomendou que as partes recorressem aos peritos únicos para resolver questões sedimentadas na sua respectiva área de conhecimento, quando não fosse necessário colher uma gama de opiniões sobre determinado assunto<sup>316</sup>.

Não há uma lista taxativa de casos que determine quando haverá o uso do perito em conjunto pelas partes, porque em todas as áreas existem casos complexos que vão demandar a aplicação do sistema adversarial tradicional, com todo o tipo de defesa a que as partes têm direito, incluindo o amplo contraditório e os debates orais, que, em tese, devem propiciar um julgamento justo. Além disso, há áreas que não partilham de consenso sobre uma determinada tese ou outras em que o conhecimento ainda está se desenvolvendo.

As cortes são mais propensas a aceitar que as partes instruem seus próprios peritos em casos de perícia opinativa, visando apurar responsabilidades e apontar causas, enquanto que as perícias valorativas são direcionadas ao perito único. Excepcionalmente, ter-se-ão perícias produzidas pelo perito único, que apurem responsabilidade, quando as ações envolvem valores menores e seguem o rito das *small claims track* ou *fast track*.

Se as partes não conseguem chegar a um acordo de quem será esse perito, a corte pode selecioná-lo conforme lista preparada ou identificada pelas partes, ou ordenar que o perito seja selecionado da forma como ela queira.

Essa foi uma inovação do Código que desafiou a tradição da escolha do perito pelas partes, mas ao contrário de refletir um desejo das entidades de classe, encontrou grande

---

<sup>316</sup>“19. I do not think it would be appropriate to specify particular areas of litigation where a single expert should or should not be used. There are in all areas some large, complex and strongly contested cases where the full adversarial system, including oral cross-examination of opposing experts on particular issues, is the best way of producing a just result. That will apply particularly to issues on which there are several tenable schools of thought, or where the boundaries of knowledge are being extended. It does not, however, apply to all cases. As a general principle, I believe that single experts should be used wherever the case (or the issue) is concerned with a substantially established area of knowledge and where it is not necessary for the court directly to sample a range of opinions. The expert's duty to the court will require him to set out in his report his view of the range of possible opinions. Too often under the present regime the experts are in fact agreed upon the range of opinion, but their reports only set out the extreme positions”.

<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/sec3c.htm#c13>

resistência dos operadores do direito<sup>317</sup>. Nesse caso a reforma teve o objetivo de mudar a cultura local.

De fato, as regras de boa prática elencadas nos *Pre-Action Protocols* prevêm que as partes devam tentar nomear um perito em comum em determinados casos, em vez de indicar cada uma o seu e a corte espera que as partes sejam capazes de concordar com essa nomeação.

Adrian Keane et alii<sup>318</sup> comentam, no entanto, que não existe proibição nas CPR que impeça cada parte de instruir seu próprio perito, dependendo do caso, mas para que isso ocorra será necessário obter autorização judicial, afinal, nenhuma prova pericial pode ser produzida sem autorização judicial prévia de acordo com o artigo 35.4 das CPR. Caso a parte, mesmo assim, opte por obter um parecer do perito sem autorização da justiça, deverá suportar o risco real de não conseguir o reembolso das despesas efetuadas.

A ideia principal contida na nomeação de peritos em comum foi diminuir custos e acelerar o tempo de duração do processo. A reforma levada a cabo por *Lord Woolf* na Inglaterra e as CPR visaram estimular a economia no uso de peritos e desenvolver uma cultura menos adversarial em casos em que seja necessário produzir prova pericial<sup>319</sup>. Apesar de a leitura do texto das CPR transparecer um certo autoritarismo do legislador, Cross and

---

<sup>317</sup> *Lord Woolf* observou que sua recomendação para limitar o número de peritos a serem usados e, especialmente, o uso do perito único em comum das partes, recebeu as maiores críticas na reforma, superando críticas em outras áreas. “5. There is widespread agreement with the criticisms I made in the interim report of the way in which expert evidence is used at present, especially the point that experts sometimes take on the role of partisan advocates instead of neutral fact finders or opinion givers. My detailed proposals on experts, however, have provoked more opposition than any of my other recommendations. Most respondents favour retaining the full-scale adversarial use of expert evidence, and resist proposals for wider use of single experts (whether court-appointed or jointly appointed by the parties) and for disclosure of communications between experts and their instructing lawyers”. (...) “16. Since the publication of the interim report, resistance to my proposals on single experts has remained particularly strong, and it is clear that the idea is anathema to many members of the legal profession in this country who are reluctant to give up their adversarial weapons”. In: REINO UNIDO. *Lord Woolf Final Report*. Disponível em <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/sec3c.htm#c13>>. Acesso em 10/10/2011.

<sup>318</sup> KEANE, Adrian; GRIFFITHS, James; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. 8th ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2010. P. 546

<sup>319</sup> Ver REINO UNIDO. *Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes Clinical Disputes Forum*. Disponível em <[http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol/prot\\_rcd](http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol/prot_rcd)>. Acesso em 15/12/2012.: 4.2 “*The civil justice reforms and the new Civil Procedure Rules will encourage economy in the use of experts and a less adversarial expert culture. It is recognised that in clinical negligence disputes, the parties and their advisers will require flexibility in their approach to expert evidence. Decisions on whether experts might be instructed jointly, and on whether reports might be disclosed sequentially or by exchange, should rest with the parties and their advisers. Sharing expert evidence may be appropriate on issues relating to the value of the claim. However, this protocol does not attempt to be prescriptive on issues in relation to expert evidence*”. (Grifo nosso)

Tapper<sup>320</sup> esclarecem que não houve recomendação de que o uso do perito único das partes fosse obrigatório, embora exista pressão da corte nesse sentido.

Por outro lado, Tristram Hodgkinson e Mark James informam que o perito único das partes pode ser imposto por vontade da corte. Além disso, a corte pode ordenar como o perito será escolhido, que tipo de inspeção, exame ou experimento será feito, quem deverá pagar pelos serviços e quanto pagará, o que reforçaria o caráter autoritário do código<sup>321</sup>.

Esses mesmos doutrinadores defendem que o conceito de perito único das partes foi radical, sobretudo se se leva em consideração que até 25 de abril de 1999 cada parte tinha o direito de escolher e de apresentar o seu próprio perito, em que matéria fosse que demandasse esse meio de prova. A corte não tinha qualquer poder de impedir isso, desde que as regras da *disclosure* fossem seguidas<sup>322</sup>. Ao mesmo tempo eles reconhecem que o excesso de liberdade garantido às partes resultou no uso em demasia de prova pericial, no aumento dos custos e tempo dispendidos com o processo, sem falar no fato de que os peritos basicamente atuavam como advogados das partes. Vale destacar que não só a corte pode impor o perito único para partes com interesses opostos, mas para o uso pelos coautores ou corréus.

Acredita-se que o perito único seja mais imparcial, demande menos tempo e dinheiro no curso do processo, aumente as chances para a realização de acordo e seja uma forma eficiente de equalizar eventuais diferenças de recursos de que as partes dispõem para o processo.

De fato, a tônica da reforma *Woolf* consistiu na redução de custos para as partes e aumento da eficiência, mas isso não significa que os procedimentos devam ser mecanizados. Ao contrário, o juiz goza de grande responsabilidade na condução do processo e deve avaliar as medidas que adotará de acordo com as particularidades de cada caso<sup>323</sup>.

---

<sup>320</sup> TAPPER, Colin. *Cross and Tapper on evidence*. 12<sup>th</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. P. 549 e 540.

<sup>321</sup> HODGKINSON, Tristram; JAMES, Mark. *Expert evidence*. Law and practice. 3<sup>rd</sup> ed. London: Thomson Reuters (Legal), 2010. P. 153, 154: (...) “But in civil proceedings, the court may impose a single joint expert on the parties”. (...) “The parties may agree to jointly instruct an SJE but the court has the power to impose SJE on the parties against their wishes”.

<sup>322</sup> HODGKINSON, Tristram; JAMES, Mark. *Expert evidence*. Law and practice. 3<sup>rd</sup> ed. London: Thomson Reuters (Legal), 2010. P. 154.

<sup>323</sup> MUNDAY, Roderick. *Evidence*. 6th edition. New York: Oxford University Press, 2011. P. 399: “As Brooke LJ pointed out in *Es v Chesterfield and N Derbyshire Royal Hospital NHS Trust [2004] Loyd’s Rep Med 90: [Judges] have a heavy responsibility under the CPR to control the type and number of experts in all cases, and must always be vigilant of their duty under 35.1 to restrict expert evidence to what is reasonably required to resolve the proceedings. But the approach cannot be mechanistic and must remain case specific, both by the terms of r 35.1 itself (which refers to ‘the proceedings’) and by the overriding objective in r 1.”*

Quando apenas uma das partes tem acesso exclusivo à informação de que o perito depende para elaborar seu laudo, será muito difícil que a outra parte possa instruir o perito apropriadamente. Nesse caso as CPR, no artigo 35.9, prevêm que a corte ordene que a parte que tem acesso à informação junte-a ao processo e que forneça uma cópia do documento para aquela parte que não dispõe da informação.

Não é permitido que uma das partes se reúna com o perito sem a presença da outra, a não ser que esta autorize expressamente por escrito. A reunião em conjunto com todas as partes visa empregar o caráter da transparência às audiências. Não obstante, esse princípio não impede que o perito realize exame médico de uma das partes sem a presença da outra.

As partes que desejem se comunicar com o perito depois da conclusão do laudo, deverão formular perguntas por escrito e dar ciência às outras partes envolvidas.

Após a nomeação de um perito em conjunto pelas partes, caso uma delas fique insatisfeita com o laudo, não será permitido requerer que um outro perito produza outro laudo, a não ser que o indeferimento de prova adicional se mostre injusto. De qualquer forma, antes de se admitir a produção de uma nova perícia serão levados em consideração o custo/benefício. Caso o custo de realização de outra perícia seja desproporcional ao valor discutido pelas partes no processo, a corte tem o poder de indeferir a realização de prova adicional. Outras questões também serão apreciadas como a natureza da ação, as razões para a produção de prova extra, os efeitos que essa produção gerará e o tempo adicional que será demandado para a nova produção.

Na opinião de Tristram Hodgkinson e Mark James<sup>324</sup> essa regra acima não é tão rígida quanto soa, já que existe precedente demonstrando que em caso de insatisfação de uma das partes com o perito único imposto pela corte, essa conseguiu introduzir o laudo de um perito escolhido posteriormente por ela.

Finalmente, o perito único normalmente não se pronuncia oralmente em julgamento, porque os esclarecimentos sobre o laudo são prestados por escrito através de perguntas pelas partes.

O projeto de Novo Código de Processo Civil brasileiro, que reúne diversas propostas para a revogação do atual código (Lei 5.869/1973), incluiu a possibilidade da escolha consensual do perito, ainda facultando às partes a escolha de assistente técnico, como se lê no artigo 479, no relatório do Relator Geral da Câmara Deputado Sérgio Barradas Carneiro e do Relator Geral Substituto Paulo Teixeira<sup>325</sup>.

---

<sup>324</sup> HODGKINSON, Tristram; JAMES, Mark. *Expert evidence. Law and practice*. 3<sup>rd</sup> ed. London: Thomson Reuters (Legal), 2010.P. 157.

<sup>325</sup> Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei no. 6025/05 e 8046/10, ambos do Senado Federal e outros que revogam a lei 5869/73 (CPC). Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/ParecerRelatorGerautenticadoem18091222h47.pdf>>. Acesso em 20/05/2013.

A história do processo civil brasileiro mostra que já houve oscilação entre a escolha do perito pelas partes e pelo juízo. Em 1939 o código previa o perito único do juízo; em 1942 foi modificado o sistema para que as partes escolhessem o perito de comum acordo, em 1946 foi flexibilizada a regra de 1942, para permitir que na discordância das partes cada uma escolhesse o seu perito. Se o juiz não se contentasse com os laudos, escolheria o terceiro perito para desempate.

Na prática, como aponta a doutrina<sup>326</sup>, as partes não conseguiam concordar na escolha de um perito único e os laudos dos respectivos peritos não chegavam a um resultado em comum. Aconteceu que o perito “desempatador” indicado pelo juiz acabou sendo uma constante, porque sendo os peritos das partes custeados por elas, o juiz já não confiava no resultado, dada a parcialidade dos profissionais, ademais, havia sempre três laudos acostados aos autos.

Por isso, a proposta de Alfredo Buzaid no anteprojeto do código de 1973 era de estabelecer que na discordância das partes o exame pericial fosse feito por três peritos que redigiriam o laudo, ou levariam ao juiz eventual divergência. A medida visava garantir um laudo escrito a seis mãos, admitindo-se que os peritos não divergiriam na maioria das vezes. A proposta não foi concretizada e acabou se estabelecendo o sistema do perito único com indicação dos assistentes técnicos pelas partes, naquela ocasião do código de 1973, considerados sujeitos imparciais, o que veio ser alterado em 1992 .

De acordo com o relatório geral, na proposta atual do projeto do novo Código de Processo Civil<sup>327</sup>, “a possibilidade de uma perícia consensual, vem sendo reclamada por parcela da doutrina”, o que estaria “em consonância com o princípio da cooperação, que orienta todo o projeto”. A justificativa seria baseada nos “litígios entre grandes grupos empresariais, que reúnem plenas condições de, conjuntamente, definir o profissional mais adequado, competente e capacitado para a realização da prova pericial”. As partes poderão ainda indicar seus assistentes técnicos, que poderão acompanhar a realização da perícia, e poderão solicitar esclarecimentos ao perito. Não obstante, não poderão questionar o conteúdo do laudo, o que soa um tanto autoritário. O objetivo é ganhar tempo, com eliminação de discussões quanto ao conteúdo do laudo pericial.

É interessante ainda notar que a demanda por indicação do perito único no Brasil venha do setor empresarial. Na Inglaterra justamente nas causas de grande valor, ou complexidade, essa possibilidade de indicação do perito único é afastada.

Aliás, Adrian Keane et alii ressaltam que geralmente não se indicam peritos em comum em ações que envolvam direito comercial. Para os casos *multi-track*, tipicamente mais complexos do que os que seguem o rito *fast-track*, existe a preferência por peritos das partes.

---

<sup>326</sup> Ver MARTINS, Samir José Caetano. *A Prova Pericial Civil*. Salvador: Ius Podivm, 2008. Rico em detalhes.

<sup>327</sup> BRASIL. *Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/ParecerRelatorGeralautenticadoem18091222h47.pdf>>. Acesso em 22/09/2012.



Se se levasse em consideração a experiência anterior no Brasil, o instituto estaria fadado ao fracasso. No entanto, talvez com o investimento na mudança da cultura que privilegie o processo mais cooperativo, essa inovação vingue. O sucesso do instituto só será verificado na prática, mas parece que o legislador tenha acertado ao optar por manter em paralelo o funcionamento do sistema tradicional, caso o consenso se mostre impossível como outrora.

#### 4.4 Os assessores

A figura do assessor do juiz na Inglaterra existia em legislação esparsa e passou a integrar as CPR a partir da recomendação feita por *Lord Woolf* no seu relatório para a reforma da justiça<sup>328</sup>.

Ele sugeriu que os juízes usassem mais do seu poder de indicar um assessor perito para assisti-los em casos de maior complexidade. O assessor também poderia realizar reuniões com os peritos das partes ajudando-as a chegar a uma solução amigável.

A comunidade jurídica apresentou resistência à proposta, porque os assessores acabariam usurpando a função do juiz. *Lord Woolf*, no entanto, não concordou com as críticas, porque os assessores estariam envolvidos com assuntos de alta complexidade e atuariam no sentido de educar o juiz sobre aquelas matérias complexas, que fugiriam do seu rol de conhecimento. Os assessores ajudariam o juiz a elaborar uma decisão bem fundamentada. Para evitar a tirania dos assessores vislumbrou-se a indicação de dois assessores. Um para o juiz e um para as partes.

Prevedo que o uso de assessores não seria eficiente do ponto de vista econômico, exceto em causas de grande porte, *Lord Woolf* defendia que para causas menores, em que as partes não chegassem a um consenso quanto à questão técnica envolvida, nada impedia que elas contratassem um perito independente para atuar no caso, como próprio julgador, o que seria inclusive mais barato. Para ele um perito independente seria muito mais eficiente do que o juiz por deter conhecimento especializado não dominado por um juiz. Ele lembrou em seu

---

<sup>328</sup>De vários livros consultados sobre prova no direito inglês como: DENNIS, Ian H. *The law of evidence*. 4<sup>th</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, 2010. KEANE, Adrian; GRIFFITHS, James; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. 8th ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2010. MUNDAY, Roderick. *Evidence*. 6th edition. New York: Oxford University Press, 2011. MURPHY, Peter; GLOVER, Richard. *Murphy on evidence*. 12<sup>th</sup> ed., New York: Oxford University Press, 2011. BOND, Catherine; SOLON, Mark; HARPER, Penny; DAVIES, Gill. *The expert witness. A practical guide*. 3<sup>rd</sup> Ed. Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2007. Reprinted 2012. TAPPER, Colin. *Cross and Tapper on evidence*. 12<sup>th</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, apenas alguns possuíam capítulo dedicado aos assessores HODGKINSON, Tristram; JAMES, Mark. *Expert evidence. Law and practice*. 3<sup>rd</sup> ed. London: Thomson Reuters (Legal), 2010., DWYER, Déirdre. *The judicial assessment of expert evidence*. Cambridge, UK, New York: Cambridge University Press, 2008 e ANDREWS, Neil. *The three paths of justice: Court proceedings, arbitration, and mediation in England*. Springer Dordrecht. Heidelberg London New York. 2012. Versão Kindle.

relatório que as cortes especializadas até deteriam esse poder de indicar árbitros para causas de pequeno porte, embora de fato não exercessem esse poder<sup>329</sup>.

A atuação dos assessores é prevista no Código de Processo Civil (CPR) no artigo 35.15, que determina que ele irá assistir a corte em matéria em que possui competência ou experiência, quando a corte assim determinar. A corte pode ordenar que o assessor prepare um relatório sobre qualquer questão no processo, que participe de julgamentos para aconselhar o juízo quando conveniente. Caso o relatório esteja pronto antes do julgamento, as partes terão acesso a ele e poderão usá-lo na sessão. A remuneração do assessor é determinada pela corte e tem natureza de custas processuais, a menos que o juiz determine em contrário. É possível também que essas custas sejam pagas pelo governo.

As CPR fazem alusão a dispositivos em leis esparsas que distinguem a figura de assessor e de conselheiro em ciência, mas Tristram Hodgkinson e Mark James<sup>330</sup> opinam que as CPR não visaram essa distinção. Quando as CPR falam em assessor, entendem que o termo inclui o conselheiro científico assim definido no *Senior Courts Act* de 1981<sup>331</sup>.

O assessor se diferencia do perito único em comum das partes, porque o perito único é escolhido e instruído pelas partes, enquanto que o assessor é escolhido pela corte, quando esta entende ser apropriado. As partes têm o direito de impugnar a nomeação do assessor, mas a decisão final é da própria corte.

Antes de indicar o assessor, a corte sempre deve ponderar o custo e o benefício para as partes, de acordo com os objetivos das CPR, baseados na redução dos custos e de tempo gastos no processo. Todas as questões submetidas ao assessor e suas respostas serão compartilhadas com as partes para fins de exercício do contraditório, que pode implicar aumento de custos e de tempo.

Uma grande diferença do assessor para o perito é que ele não depõe oralmente nem é submetido a processo de *cross-examination*, ou está aberto a questionamentos.

Na prática Tristram Hodgkinson e Mark James informam que é raro um assessor elaborar o relatório para a corte. Na maioria dos casos os assessores são colocados ao lado do juiz quase que como uma figura processual, mas não integram os quadros dos tribunais.

<sup>329</sup> REINO UNIDO. *Lord Woolf Final Report*. Disponível em <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/sec3c.htm#c13>>. Acesso em 10/10/2011.

<sup>330</sup> HODGKINSON, Tristram; JAMES, Mark. *Expert evidence*. Law and practice. 3<sup>rd</sup> ed. London: Thomson Reuters (Legal), 2010. P. 162.

<sup>331</sup> REINO UNIDO. *Senior Courts Act 1981*. Disponível em <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54/section/70>>. Acesso em 25/03/2013. *70 Assessors and scientific advisers*. (1) In any cause or matter before the High Court the court may, if it thinks it expedient to do so, call in the aid of one or more assessors specially qualified, and hear and dispose of the cause or matter wholly or partially with their assistance. (2)The remuneration, if any, to be paid to an assessor for his services under subsection (1) in connection with any proceedings shall be determined by the court, and shall form part of the costs of the proceedings. (3)Rules of court shall make provision for the appointment of scientific advisers to assist the Patents Court in proceedings under the M1Patents Act 1949 and the M2Patents Act 1977 and for regulating the functions of such advisers. (4)The remuneration of any such adviser shall be determined by the Lord Chancellor with the concurrence of the Minister for the Civil Service and shall be defrayed out of money provided by Parliament.

Geralmente os assessores atuam em casos que digam respeito ao direito marítimo ou ao direito patentário, ou em recursos em matéria técnica sobre custos. Raramente são chamados em matéria de tecnologia ou engenharia civil. Eles são legitimados pela reputação que consagraram através de sua especialização nesses assuntos.

Quando indicados para assuntos náuticos, acabam afetando o direito das partes de produzir prova pericial por perito próprio, cuja prova tende a não ser admitida, exceto em casos excepcionais, que possam refletir uma mudança de prática naquela área, o que certamente limita o direito de defesa, principalmente, considerada a tradição adversarial do direito inglês.

A regra não se aplica aos casos patentários em que usualmente as partes usufruem também de um perito próprio.

O assessores orientam os juízes e não decidem os fatos do caso. Eles podem ajudar o juiz a inferir sobre fatos provados e a esclarecer aparentes contradições no ramo examinado.

As CPRs não se aplicam para os casos em que a lei específica prevê a figura de assessores, exceto no caso da *Supreme Court Act 1981* e *County Courts Act 1984*. É possível que as leis específicas definam que o assessor irá ajudar o juízo a avaliar a evidência produzida e nesse caso a posição do assessor não será comunicada às partes.

O Tribunal *ad quem* pode se utilizar de assessores para entender a prova técnica. Caso os assessores aconselhem sobre questão fática objeto do recurso, sua posição deve ser levada a conhecimento das partes para o devido exercício do contraditório.

Como se nota, independente da forma como são escolhidos os peritos, sejam pelas partes ou juízes, com base em listas ou na confiança, ou da denominação que recebam (consultores técnicos, constatadores, assessores) existe a preocupação de que não se outorgue a esse não togado o poder de proferir decisão judicial.

Nenhum dos sistemas é perfeito, mas todos garantem ferramentas necessárias para o controle desse meio de prova através do exercício do contraditório. Não obstante, o poder do contraditório para a descoberta da verdade, só se realiza a partir do diálogo entre essas personagens fundamentado racionalmente.

Decisões autoritárias de juízes que não justificam suas opções<sup>332</sup>, ou deixam de se pronunciar sobre os esclarecimentos requeridos pelas partes, e peritos que não respondem objetivamente ao que foi perguntado, não podem contribuir para um processo cooperativo, que é o novo ideal perseguido.

---

<sup>332</sup> DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO. Disponibilização de 8/8/2011. Caderno Judicial- 1a Instância – Capital. São Paulo, Ano IV, Edição 1011. P. 160. Processo 583.00.2010.205500-2/000000-000. No. de ordem 2312. Chocolates Garoto S.A. v Pompeia S.A. Indústria e Comércio. “Vistos. A douda perita trabalha neste foro há mais de quinze anos e tem conhecimento necessário para realização do múnus. À perícia. Int.” Essa foi a justificativa do juízo ao questionamento do autor sobre a qualificação da perita nomeada.

## 5 DEBATES ATUAIS

### 5.1 O direito probatório contemporâneo

O direito probatório contemporâneo alçou novos vãos. Alcançou-se um novo patamar.

O senso crítico dos estudiosos do direito probatório contemporâneo, especialmente, para com a prova pericial, permitiu identificar as suas fragilidades e repensar sua forma de apresentação, controlada, tanto sob o ponto de vista formal, como material.

Hoje, o reconhecimento de que a prova científica não é infalível e de que pode gerar incertezas, demonstrou que o ônus da prova pode se tornar um fardo pesado a inviabilizar a compensação daqueles que sofreram com a exposição a substâncias químicas novas não testadas, por exemplo.

Nos casos em que a ausência da certeza científica pode colocar em risco a saúde e o meio ambiente, a falta de prova do possível dano futuro, não impede a inibição de ações que tenham potencial de causar consequências irreversíveis.

Isso é um fenômeno natural e esperado, devido ao desenvolvimento do sistema probatório.

Houve a conscientização de que os esquemas extremados de produção de provas, sejam para limitá-la irracionalmente ou para liberá-la excessivamente, causam sérias distorções e abusos. Como já dizia Bentham, se o homem quiser evitar o mal, jamais deverá criar regras inflexíveis, sobretudo com relação à quantidade de algo<sup>333</sup>.

Se as regras estanques de forma e valor das provas apresentadas provocaram horrores como a obtenção de confissão através da tortura; por outro lado, a liberdade total ao direito de produzir provas, permitiu a admissão daquelas obtidas por meios duvidosos no processo.

Nesses últimos quatro séculos o princípio da livre produção de provas e o da convicção íntima do juiz passaram por um processo de ajuste e, após a Segunda Guerra

---

<sup>333</sup> BENTHAM, Jeremy. *Principles of Judicial Procedure, with the Outlines of a Procedure Code*. Vol. II. William Tait, Edinburgh; Simpkin, Marshall & Co., London; John Cumming, Dublin, 1839. P. 31. “*For minimizing evil, the main caution is, in no case, on no occasion, to lay down inflexible rules (in particular, inflexible rules as to quantity) – rules of which on any occasion the effect may be to prevent the minimization of evil in the individual case calling for decision at the hands of the judge*”.

Mundial, nos países da *civil law*, enfrentou-se o tema das limitações ao direito de produzir certas provas, que ficou por muito tempo adormecido, porque repudiado como visto no item 2.2, afinal, a conquista do livre conhecimento do juiz impedia que tão “rapidamente” se aventassem vedações à produção de provas<sup>334</sup>.

No contexto jurídico em que a prova será produzida, não há como manter um sistema totalmente livre, porque existem certos interesses e valores que o direito protege e a limitação serve justamente preservá-los. Por isso, o direito pátrio, e de forma geral o dos países na *civil law*, caracterizam-se como um suposto sistema de produção livre de provas<sup>335</sup>.

O ponto de tensão entre a liberdade e a sua limitação no direito é evidente, mas, finalmente, parece que na seara da prova pericial caminhamos para um sistema mais equilibrado. Tanto os países da *common law*, como da *civil law*, já mapearam os possíveis defeitos desse tipo de prova, o que torna possível a elaboração de uma lista de requisitos objetivos, que devem ser atingidos para fins de prevenção dos erros<sup>336</sup>.

Na *common law*, nota-se a flexibilização das regras de admissibilidade de provas, com cautelas no que diz respeito à prova pericial, já que a liberdade se mostrou um veículo de abusos.

Na *civil law* há regras mais restritivas à liberdade total de produção da prova pericial, encontradas na legislação brasileira, francesa, italiana, que, no entanto, não são inflexíveis. Nestes dois últimos países, por exemplo, como visto, cadastros de peritos não são vinculativos, havendo meios de se nomear perito que lá não conste, caso necessário.

A afirmativa acima é confirmada no Código de Processo Civil brasileiro que adotou o sistema da moderada livre produção de provas, assim chamada, porque prevê no seu texto diversas hipóteses de limitação<sup>337</sup>. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 também revela a dicotomia “direito à ampla defesa” vs “inadmissão de provas obtidas por meios ilícitos”.

---

<sup>334</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4a. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 52

<sup>335</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Freedom of Proof? El cuestionable delimitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*. In: Beltrán, Jordi Ferrer et alii. *Estudios sobre la prueba*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. P. 47 e ss

<sup>336</sup> GORPHE, François. *Apreciación judicial de las pruebas: Ensayo de un método técnico*. 2a. ed. 3a. reimpressão. Bogotá: Temis, 2004. P. 305

<sup>337</sup> Por exemplo, art. 130, segunda parte, art. 332, excluindo os moralmente ilegítimos, art. 334, art. 401, art. 423, 424, 146, 425, entre vários outros.

Leonardo Greco aponta que as limitações podem ter naturezas diferentes. Algumas resultam da imposição de prazos e de preclusões pelas normas que regem os diversos procedimentos e práticas de atos processuais. Outras visam garantir a celeridade do processo e impedir a produção de provas inúteis ou procrastinatórias. Ainda há as proibições que se prestam a garantir a segurança das relações jurídicas, limitando a admissibilidade àquelas que preenchem requisitos formais rígidos. Ademais, resta aquela categoria que proíbe a obtenção de provas que violem direitos fundamentais da pessoa, como intimidade, integridade física e honra, que levaram o legislador constituinte a não admitir a prova obtida por meio ilícito<sup>338</sup>. De um ângulo mais abrangente, pode-se falar de limitações físicas, técnicas, científicas, históricas, culturais etc. na produção de provas.

O princípio da livre convicção motivada, incorporado ao ordenamento pátrio no art. 131 do Código de Processo Civil (CPC), também é adotado seguindo os limites impostos pela lei e pelos direitos e princípios fundamentais.

Apesar de o juiz valorar as provas de forma livre, é vedado a ele decidir com base em impressões pessoais ou outros dados colhidos fora do processo e não processualizados, para fins do exercício do contraditório. Ele vai extrair sua convicção a partir da análise cuidadosa das provas produzidas nos autos, ponderando sobre sua qualidade e força probante, inclusive de acordo com as razões expostas pelas partes, justificando analiticamente o porquê de sua escolha.

A liberdade que se concede ao juiz na apreciação da prova não deve gerar um arbítrio, ao contrário, o juiz deve seguir critérios racionais e demonstrar porque chegou a um resultado e não a outro.

Como se percebe, o sistema probatório é complexo e sofre com a influência de diversas variáveis. Todas as peças que o compõem precisam funcionar de forma ótima para que o sistema seja eficiente. Só se atinge essa forma ótima com a vigilância constante do sistema. A liberdade de todos os agentes envolvidos na prova pericial sejam partes, perito ou juiz é controlável e controlada por esses mesmos agentes.

As discussões atuais, como se verá, giram em torno do mapeamento dos erros da prova pericial, da formulação de requisitos, que, embora limitem a produção da prova pericial, exercem grande importância no controle dos erros que possam ser causados por esse tipo de

---

<sup>338</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 116 e ss.

prova<sup>339</sup>; e da sua dispensa, quando o objetivo da prova não puder se concretizar diante das limitações e incertezas científicas ou técnicas.

## 5.2 A prova científica, técnica e especializada e suas falhas

Manzano<sup>340</sup> apresenta em sua obra alguns detalhes históricos sobre provas científicas. O primeiro perito médico-legal da história teria existido no Egito pré-faraônico em 3000 a.c.

Entre os séculos IX e XIV com o surgimento das escolas de medicina começou a se considerar a intervenção do médico no processo e, aparentemente, a primeira necrópsia realizada teria acontecido em Bolonha em 1302, no exame de um cadáver suspeito de envenenamento, como visto no item 3.2.

A doutrina americana aponta que a origem da prova científica foi o *writ* do júri de matronas de ventre insciendo, usado em 1838 na Inglaterra, para verificação do estado de gravidez.

O recurso à ciência para colheita e informação de dados sobre fatos discutidos em juízo, no entanto, aumentou muito nas últimas décadas.

A proliferação de casos que invocavam a prova científica foi demasiada nos Estados Unidos, após a flexibilização das regras de admissibilidade do testemunho do *expert* (*expert witness*), decorrentes da promulgação das *Federal Rules of Evidence* (FRE), na década de 70 do século passado, despertando na comunidade jurídica de lá, o interesse em investigar o que seria ciência e que tipo de ciência poderia ser admitida para uso em ações judiciais.

Para Taruffo o crescimento do uso da prova pericial é generalizado em todos os sistemas processuais, mas ele percebe que alguns processos ordinários já não são mais adequados para resolver os problemas que potencialmente seriam solucionados com base nos avanços que a ciência propiciou<sup>341</sup>. Já se verifica uma espécie de processo extraordinário, que envolve litígios internacionais, em que se adotam procedimentos novos próprios, cujo tema é tratado no item 5.4.

---

<sup>339</sup> Chegou-se à conclusão de que a implementação de requisitos para fins de produção da prova servem para controlar sua qualidade, graças ao estudo do princípio de exclusão da prova e dos testes de confiabilidade pré-admissionais realizados no sistema angloamericano.

<sup>340</sup> MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova Pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. Ed. Atlas. São Paulo, 2011. P. 174.

<sup>341</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008. P. 97

Taruffo ainda discorre que a ideia comum de ciência como fonte de prova judicial mudou. O uso tradicional da ciência no direito probatório consistia em provas periciais no campo da medicina, química, engenharia e, às vezes, física e matemática. Apenas algumas ciências exatas eram consideradas. Todas as outras, exceto algumas matérias técnicas como a mecânica e a construção, eram julgadas a partir do conhecimento calcado na cultura média do julgador. O tempo passou e hoje as ciências estão cada vez mais especializadas e sofisticadas e não abordam somente assuntos ligados à área de ciências exatas, mas humanas, incluindo-se nesse rol, respectivamente, a genética, toxicologia, epidemiologia, bioquímica; sociologia, economia, psicologia etc. consideradas possíveis fontes de prova no processo civil.

O aumento considerável dessas fontes, aliado à democratização do ensino<sup>342</sup> trouxe ao mercado novos peritos e novos problemas, como, por exemplo, a dificuldade de se controlar a qualidade da perícia.

---

<sup>342</sup> Sobre a explosão do número quantitativo de universidades e como isso afetou a qualidade do ensino universitário ler Da ideia de universidade à universidade de ideias. In: SANTOS, Boaventura Sousa de. *Da ideia de Universidade à Universidade de ideias. Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 13<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Cortez, 2010. 1<sup>a</sup>. Reimpressão Brasil 2011. P. 188. Por volta de 1960 a universidade passa a ter múltiplas funções. “A explosão das funções foi, afinal, o correlato da explosão da universidade, do aumento dramático da população estudantil e do corpo docente, da proliferação das universidades, da expansão do ensino e da investigação universitária a novas áreas do saber”. P. 189 “A centralidade da universidade enquanto lugar privilegiado da produção de alta cultura e conhecimento científico avançado é um fenômeno do século XIX, do período do capitalismo liberal, e o modelo de universidade que melhor o traduz é o modelo alemão, a universidade de Humboldt. A exigência posta no trabalho universitário, a excelência dos seus produtos culturais e científicos, a criatividade da actividade intelectual, a liberdade de discussão, o espírito crítico, a autonomia e o universalismo dos objetivos fizeram da universidade uma instituição única, relativamente isolada das restantes instituições sociais, dotada de grande prestígio social e considerada imprescindível para a formação das elites. Esta concepção da universidade, que já no período do capitalismo liberal estava em relativa dessintonia com as “exigências sociais” emergentes, entrou em crise no pós-guerra e sobretudo a partir dos anos sessenta”. P. 194 “A explosão da população universitária, a alteração significativa da composição de classe do corpo estudantil e a ampliação dos quadros de docentes e investigadores possibilitaram a massificação da universidade e com ela a vertigem da distribuição (se não mesmo da produção) em massa da alta cultura universitária”. (...) “Tal como teve lugar, a democratização da universidade traduziu-se na diferenciação – hierarquização entre universidades e entre essas outras instituições de ensino superior. A produção da alta cultura permaneceu em grande medida controlada pelas universidades mais prestigiadas, enquanto as universidades de massa se limitaram à distribuição da alta-cultura ou, quando a produziram, baixaram o nível de exigência e degradaram a qualidade. Este foi o preço que a universidade teve de pagar para tentar manter a sua centralidade na produção de cultura-sujeito. Nos anos setenta esse preço começou a revelar-se demasiado alto”. (...) “A denúncia insistentemente repetida da degradação da produção cultural na esmagadora maioria das universidades veio a dar origem, nos anos oitenta, à reafirmação do elitismo da alta cultura e à legitimação das políticas educativas destinadas a promover-lo”. P. 217. A correção da qualidade das universidades também é assunto delicado em decorrência nas falhas de sua aferição. “Perante a inefabilidade das qualidades inscritas nos produtos a avaliar, os agentes e instituições avaliadoras tendem a privilegiar as medidas quantitativas...E, no entanto, hoje reconhecido que a qualidade transborda sempre das quantidades em que é operacionalizada...Perante a verificação de que a França produz mais diplomas universitários que a Alemanha, apesar de possuir uma taxa de enquadramento (número de alunos por docente) muito inferior (23 na França; 9 na Alemanha) (Bienaymé, 1986:317), fácil será concluir que o sistema universitário francês é mais eficaz que o alemão. No entanto, tal conclusão nada diz sobre a qualidade dos diplomas, o nível de excelência exigido, ou o impacto do tipo de formação no desempenho profissional dos diplomados. É certo que qualquer destes factores pode ser, por sua vez, operacionalizado em indicadores quantitativos, mas pelos mesmos motivos, acabará por reproduzir, no seu âmbito, a irredutibilidade da qualidade à quantidade”. (...) se Frederico o Grande tivesse exigido quarenta “papers” para recontratar Kant para a cadeira de Filosofia, Königsberg, Kant não teria tido tempo para escrever a *Crítica da Razão Pura*” (Chauí e Giannotti, 1987: A 21).



Outro aspecto, além da problemática da credibilidade da perícia na pessoa do perito, é a identificação do que é a boa ciência, e do que é a má ciência.

A má ciência, “*junk science*”, termo popularizado por Peter Huber, ou pseudociência, carece de validade científica e não pode servir de fonte confiável de prova para determinar a ocorrência, ou causa, do fato controverso. A prova científica só pode ser presumida válida se produzida de acordo com métodos científicos considerados válidos pela comunidade científica, o que deve ser demonstrado no processo. Mesmo assim, Gascón Abellán defende que a prova só proporciona um grau de probabilidade do conhecimento do fato<sup>343</sup> e não a sua certeza.

A produção da prova científica é delicada e complexa, porque não se sabe se o resultado alcançado é confiável, se os peritos são qualificados, se os resultados induziriam o julgador a uma valoração errada da prova, porque ele mesmo não detém os conhecimentos científicos, técnicos ou especializados.

No caso *Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals* de 1993, comentado em detalhes no item 3.5, apontado pela doutrina como o marco para as investigações científico-jurídicas, tão importantes, essas questões foram analisadas profundamente e acabaram motivando outras.

Os critérios de admissibilidade da prova científica estabelecidos pela Suprema Corte Americana nada mais foram do que uma espécie de filtro para tentar, pelo menos na origem, manter um mínimo de qualidade das provas a serem apresentadas ao júri, para que este fosse menos suscetível de erro na valoração da prova. Aquela corte enfatizou que as provas científicas só deveriam ser admitidas para apurar fatos litigiosos, se relevantes para a decisão sobre esses fatos e desde que as provas fossem baseadas em dados confiáveis.

Os critérios foram discutidos, criticados, interpretados, mas a linha adotada no caso *Daubert* foi confirmada em outras decisões posteriores da Suprema Corte.

Tal foi o grau de atenção dado ao assunto, que em pouco mais de duas décadas da promulgação das *Federal Rules*; em 2000 a regra 702 da FRE foi alterada<sup>344</sup>.

---

<sup>343</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. Los hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba. 3a. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010. P. 92

<sup>344</sup> A reforma teve a finalidade de incluir as seguintes alíneas: a) the expert’s scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue; (b) the testimony is based on sufficient facts or data; (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.

Os critérios lançados no caso *Daubert* demonstram que, naquele caso específico, tentou-se equacionar de forma racional os problemas mais sérios com relação à validade da prova científica, servindo de guia para outros sistemas jurídicos. Foram abordados os problemas de validade, credibilidade e o uso correto da ciência como fonte de prova.

Como dito, os estudos sobre a credibilidade da prova pericial continuaram. De acordo com pesquisa realizada nos Estados Unidos, intitulada “*Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*”<sup>345</sup>, foram identificados diversos problemas sérios estruturais relacionados à prova pericial criminal (“*forensic science*”<sup>346</sup>).

Entre os problemas descobertos estão a falta de laboratórios equipados adequadamente para o manuseio da prova e de profissionais qualificados aptos a colher e interpretar as provas desse gênero. Notou-se que nem todos os serviços na área da perícia criminal eram feitos em laboratórios criminais tradicionais. Às vezes, o trabalho era realizado por auxiliares da justiça, que não tinham treinamento na área científica, que não seguiam princípios ou metodologias aceitos, e, por isso, não poderiam conhecer as limitações ou margem de erro dos resultados encontrados.

Isso tudo pôs em xeque a validade do sistema criminal de justiça americano e demonstrou que é imprescindível a sistematização e o monitoramento das atividades realizadas pelos peritos para se garantir um mínimo de credibilidade da prova pericial.

Os resultados daquela extensa pesquisa comprovaram ainda que não se pode atribuir peso excessivo à prova pericial, porque ela é falível. A colheita errada de uma impressão digital pode levar a condenações indevidas. Aliás, esta técnica, sempre considerada eficiente na associação do suspeito às digitais colhidas na cena do crime, tem sido constantemente questionada. Sua base científica está sendo revisada e argumenta-se que ela não é tão confiável como se imaginava.

A admissão exagerada da prova científica contribuiu para a má interpretação do cenário geral dos casos, porque os julgadores depositaram confiança demasiada nesse meio de prova, deixando de observar outras igualmente produzidas, que não confirmavam aquela. Já foram inúmeras as absolvições com base em análise de DNA, cujo absolvido havia sido

---

<sup>345</sup> COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY, NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*. Aug. 2009. Não publicado. Disponível em <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf>>. Acesso em 28/08/2012.

<sup>346</sup> O termo inclui uma gama enorme de disciplinas, que seguem práticas distintas e têm padrões de técnica, metodologia, confiabilidade, índices de erro, pesquisa e aceitação geral diversos, algumas sequer preenchem os requisitos da chamada ciência formal.

incriminado anteriormente com base em outro tipo de prova pericial. A prova do DNA, consistente em exames que seguem técnica e processos próprios, entre as provas ditas “forenses” (prova pericial oficial), é a mais estudada e aquela em que mais se investe, o que permitiu o seu aprimoramento e obtenção de resultados bastante precisos.

Embora a prova de DNA seja considerada uma prova científica segura, ela gera pode também ser objeto de impugnação, porque seu resultado não é absoluto<sup>347</sup>. Erros ocorrem quando da realização do exame ou na interpretação dos resultados<sup>348</sup>, para não falar da possibilidade de adulterações, fraudes, má-fé dos envolvidos, dinheiro e poder, que podem prejudicar a perícia. O que, a princípio, seria certo, pode ser frágil e precário.

Se os testes de laboratórios não são feitos adequadamente, se os resultados são analisados de forma equivocada, se a prova científica não é confiável, se é tendenciosa, incompleta, se não é possível controlar seu resultado, tanto o júri quanto corte podem ser levados a erro, dando causa à condenação ou absolvição indevidas.

Para se ter uma ideia, as cortes federais de apelação americanas, em casos criminais, não exigem, de forma clara ou consistente, padrões que garantam que os argumentos e métodos utilizados na produção da prova tenham validade científica, como decidido no caso *Daubert*. Isso acabou acontecendo, porque a Suprema Corte afirmou que o teste *Daubert* era flexível. Como consequência, os juízes de primeiro grau usam de seu poder discricionário para admitir ou não a prova e a revisão de suas decisões, quanto à admissibilidade ou exclusão, só é possível se fundamentada em abuso de poder.

Os autores da pesquisa argumentam que o sistema adversarial não é suficiente para garantir o descobrimento da verdade científica, como já admitido em outros textos estudados, porque nem juízes, nem advogados são capacitados a verificar a validade da prova, e defendem que antes de a confiabilidade da metodologia da ciência forense nova ser chancelada pela decisão judicial, ela deveria ser submetida à apreciação da comunidade científica especializada.

Os erros tornam-se particularmente graves naquele país, porque os recursos ao tribunal *ad quem* não seriam aptos a sua correção.

---

<sup>347</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008. P. 97

<sup>348</sup> CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova Científica: Exame Pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Ps. 104 e 105

A sugestão oriunda daquela pesquisa seria criar um departamento federal independente e imparcial para apoiar e supervisionar a comunidade científica forense. Ele seria responsável por implementar critérios mínimos, que garantissem um padrão científico, visando a qualidade do trabalho, que ainda varia muito, justamente, pela falta desses *standards*, por falta de treinamento e educação contínua dos envolvidos e de rigor nos programas de certificação.

Incentiva-se o diálogo desse possível departamento com institutos nacionais de pesquisa, professores e laboratórios federais; com entidades forenses e organizações profissionais da comunidade científica forense, entre outros, além de que seja liderado por pessoas capacitadas a também aplicar sanções pelo descumprimento dos padrões de qualidade.

Recomendou-se promover o amadurecimento da “ciência forense”, num campo multidisciplinar que prevesse a pesquisa e prática, baseada na colheita sistemática de dados e de sua análise, a criação de diretrizes de *best practices* para os profissionais e laboratórios, critérios obrigatórios para a certificação desses, promoção de *peer review* sério, a melhora nos programas de educação, com a supervisão dos padrões de educação e certificação dos cursos de ciência forense nas faculdades e universidades e o estudo de novas tecnologias.

Os relatórios dos laboratórios que se referem à análise científica deveriam ser completos e meticulosos, contendo, no mínimo, método, material, processos, resultados, conclusões e fontes detalhados, além de informar possíveis incertezas científicas ou graus de confiabilidade do resultado, já que vários relatórios não incluem essas informações, enquanto que em outras disciplinas, como na área médica, existem padrões e protocolos para fins de relatórios sobre dados colhidos.

No direito processual civil brasileiro, os debates estão mais focados na valoração do juiz sobre o resultado do trabalho do perito. É na etapa final prévia à sentença em que o juiz vai avaliar a validade da prova científica<sup>349</sup>.

Será que a avaliação nessa etapa somente é eficaz? Parece que não, e a negativa é afirmada com base no resultado dos estudos realizados. A falta de controle prévio à produção

---

<sup>349</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008. P. 100 "*En realidad, en los sistemas de civil law éste es el verdadero momento en el que la validez científica de las pruebas científicas es valorada por el juez. Desde este punto de vista, la solución consistente en decir que la valoración del perito y las pruebas científicas es discrecional para el juez suena como una solución muy deficiente. Ante problemas como los que actualmente caracterizan el uso de la ciencia como medio de prueba, con todos los peligros del mal uso de los métodos científicos y de la ciencia basura, no es suficiente confiar sólo en la <libre valoración> del tribunal para garantizar que la buena ciencia se utilice validamente y se interprete correctamente como base para decidir sobre los hechos objeto de litigio. Lo que se requiere para que las pruebas científicas válidas ofrezcan fundamentos racionales a la decisión sobre los hechos es un análisis judicial profundo y claro de las mismas, acorde con estándares fiables de evaluación*".

da prova pericial, aumenta as chances de erro na etapa da valoração, porque pode haver vício antes mesmo do início de sua produção com a inadequada escolha do perito, por exemplo. Por isso, defende-se neste trabalho o controle em todas as fases da prova pericial, seja na sua proposição, na admissão, produção e na valoração.

É comum ler na doutrina que a forma de discussão do direito em juízo, distanciar-se-ia daquela empregada na ciência, porque o processo almeja um fim, enquanto que a ciência seria mais complacente com o pesquisador de sua área, permitindo a eterna revisão dos seus fenômenos<sup>350</sup>. A ciência se sente confortável com a revisão perpétua do conhecimento, ou melhor, daquilo em que se acredita, mas o processo não, porque este tem uma finalidade prática, que consiste na resolução do conflito de forma célere e eficiente. A busca da verdade não pode se alargar indefinidamente e ainda que a decisão final seja equivocada ela tem o objetivo de por fim ao conflito, tornando-a imutável para fins de preservação de um bem considerado maior, que é a segurança jurídica.

Não obstante, tanto no direito, como na ciência, busca-se a verdade para a mais adequada distribuição da justiça, no primeiro caso, ou como instrumento de resolução de um problema específico que atinge à humanidade, no segundo.

Concorda-se que o direito processual vivo, aplicado ao caso concreto, possa sofrer limitações de tempo, recursos, e com a falta de peritos especializados e qualificados, para certo exame. No entanto, se o direito é considerado uma ciência, o pesquisador do direito processual, pode, tal como o cientista de qualquer outra área, constantemente rever o resultado de sua pesquisa e de julgados, ainda que em sede acadêmica.

Os estudos de casos se mostram então fundamentais para o desenvolvimento da ciência do direito. Mesmo que eles não sirvam para retificar decisões, eles servem para apontar erros que não deveriam ser repetidos.

Outra crítica que se faz é à afirmação equivocada de que a ciência pode ilimitadamente perseguir a verdade. Essa busca não é tão ilimitada quanto parece. Ao contrário, sofre limites temporais, de custos e de objeto de pesquisa<sup>351</sup>.

---

<sup>350</sup> CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova Científica: Exame Pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 30. “O procedimento científico na análise e na pesquisa de fatos e situações se baseia na observação e em experiências repetidas. Não há limites para a pesquisa científica. Muitas vezes o cientista observa dezenas ou até mesmo centenas de vezes para chegar a uma determinada conclusão. Já no direito processual, a prova é produzida em um processo e se refere a um caso concreto pretérito determinado. O juiz não pode reproduzir as provas de forma infundável, como é permitido ao cientista. (...) O cientista não é pressionado a decidir uma causa; tem o tempo a seu favor”.

<sup>351</sup> LAWRENCE, Peter A. *The politics of publication: Authors, reviewers and editors must act to protect the quality of research*. Nature. Vol.422. 20/3/2003. P.259-261.

Não é nenhum fato novo que os recursos empregados nas universidades para fins de pesquisas científicas, devido a mudanças sócio-econômicas do século XIX, sejam cada vez mais escassos. A escassez no meio científico profissional, acabou por promover bastante a proximidade dos cientistas, em nível universitário, às empresas, possuidoras dos recursos e interessadas em “mão-de-obra” altamente qualificada das universidades.

Essa proximidade motivou um certo direcionamento das pesquisas realizadas, de acordo com os interesses dos investidores, que, por sua vez, impõem prazos curtos aos cientistas. Então se observa que nem mesmo é possível afirmar, sem ressalvas, que a ciência também não sofra limites impostos pelo financiador<sup>352</sup>.

Além de problemas enfrentados com a prova científica, é possível selecionar alguns erros gerados pela prova pericial na área técnica e especializada, alguns dos quais acabaram sendo retificados pelo próprio judiciário, que desempenhou bem sua função revisional.

Em um desses casos, *Masterpiece v. Alavida*<sup>353</sup>, a Suprema Corte do Canadá se posicionou expressamente sobre a realização de prova pericial, quando o objeto da controvérsia era a possibilidade de confusão gerada pela coexistência de marcas, tema que inicialmente deu origem a essa pesquisa.

O cenário do caso era o seguinte: Autora e ré eram empresas que operavam no seguimento de administração de residências para idosos. Alavida (ré) requereu o registro para a marca “Masterpiece Living” em dezembro de 2005, começou a usá-la em 2006 e o seu registro foi concedido em 2007. Masterpiece, Inc. (autora) foi fundada em 2001 e entre suas

---

<sup>352</sup> SANTOS, Boaventura Sousa de. *O social e o político na pós-modernidade. Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 13<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Cortez, 2010. 1<sup>a</sup>. Reimpressão Brasil 2011. P. 202/3. “O consenso sobre a relação entre o declínio da produtividade e a desaceleração da mudança tecnológica coloca no centro da saída da crise a questão da velocidade e eficiência com que se pode traduzir o conhecimento científico em produtos e processos úteis e, conseqüentemente, no centro da questão, a universidade e a investigação científica que nela tem lugar”. “Até agora, os investigadores universitários imaginaram-se a decidir os temas de investigação em função do seu interesse intrínseco, do desafio que colocam às teorias consagradas, das promissoras descobertas que sugerem. O privilegiamento da investigação aplicada pode perturbar estes critérios de prioridade e, tendencialmente, substituí-los por outros: relevância económica e perspectivas de lucros dos temas de investigação; virtualidade destes para criarem novos produtos e processos; probabilidade de serem financiados por empresas sediadas na região da universidade. Se estas se permitirem impor a investigação de temas intrinsecamente pouco importantes mas economicamente muito relevantes, o resultado será provavelmente o de investigadores capazes serem “desviados” para a investigação de rotina empreendida apenas em razão da sua rentabilidade. (...) Os investigadores que aceitam ou promovem o financiamento industrial das suas investigações podem ficar na dependência da empresa financiadora. As remunerações vultuosas que recebem e os melhores equipamentos e outras infra-estruturas de investigação de que passam a dispor são obtidos à custa da perda de autonomia, de conflitos constantes entre as pressões do curto prazo da empresa e as perspectivas de longo prazo próprias dos critérios científicos de investigação de inevitáveis cedências na avaliação da maturidade, representatividade ou fiabilidade dos resultados”.

<sup>353</sup> CANADÁ. *Masterpiece Inc. v Alavida Lifestyles Inc.* 2011 SCC 27, 2011 2S.C.R. 387, Docket 33459, 26/05/2011. Disponível em <<http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/7941/1/document.do>>. Acesso em 07/07/2012.

marcas não registradas constava “Masterpiece the Art of Living”. Logo após o pedido de registro da Alavida, a Masterpiece também começou a usar “Masterpiece Living” e “Masterpiece” e em 2006 requereu o registro para essas marcas, para proteger os mesmos serviços protegidos pela marca da ré. As marcas da Masterpiece, no entanto, foram indeferidas com base na anterior registrada da Alavida. Masterpiece, Inc. tentou anular o registro da Alavida defendendo que tinha direito à marca usada anteriormente desde 2001. Seu pedido foi julgado improcedente, porque o juiz concluiu que não havia possibilidade de confusão entre as marcas. A decisão foi mantida em grau de apelação.

A Suprema Corte reverteu as decisões anteriores, decidiu pela nulidade do registro da marca da Alavida e criticou duramente a realização da prova pericial.

Em primeiro lugar a Suprema Corte confirmou que o juízo de admissibilidade da prova pericial em casos de conflitos de marca é o mesmo adotado em todos os outros contextos, conforme estabelecido no precedente *R. v. Mohan* (1994 2 S.C.R. 9). A prova deve ser relevante, necessária para ajudar o examinador do fato, não pode esbarrar em qualquer regra de exclusão e deve ser feita por perito qualificado adequadamente. O perito não pode opinar em casos que não extrapolem o conhecimento e experiência do juiz.

A corte ressaltou que a prova pericial no caso foi relativamente excessiva e se viu na obrigação de alertar que as cortes têm o dever de impedir a produção de provas desnecessárias, irrelevantes e aquelas que potencialmente possam induzir o julgador em erro, como as periciais e as pesquisas de mercado, especialmente, em casos de conflitos de marcas. O juízo de admissibilidade deve evitar o desperdício de recursos para evidências de pouca utilidade.

Parte significativa do julgamento foi dedicada ao exame da prova pericial, que foi inútil, porque deu causa a contradições, troca de acusações agressivas entre as partes, deixando de lado a questão mais importante, que era o exame da confusão causada pelas marcas.

Como o público alvo das marcas era o consumidor de nível médio, de quem não se espera qualquer conhecimento ou habilidade específicas, e como as marcas eram semelhantes, a prova pericial para atestar essa semelhança nem sempre é reputada necessária.

Os peritos tendem a examinar o caso sob o enfoque técnico, totalmente impertinente, que não é reconhecido para esse tipo de conflito de marcas.

No caso em tela, grande parte da prova pericial submetida pela Alavida incluiu a análise morfológica, semântica, regras de gramática e convenções de expressão. O perito concluiu que a ênfase na marca “Masterpiece Living” era a palavra “living” e na marca

“Masterpiece the Art of Living” a ênfase seria no termo “Masterpiece”, o que reduziria qualquer tipo de confusão.

Em tom irônico a corte afirmou ter dificuldade de entender como o perito chegou a essa conclusão, sem justificativa racional, quando a conclusão oposta, parecia ser mais provável. Afinal, “Masterpiece” era o termo distintivo nas duas marcas e o primeiro da sequência. Já o termo “Living” aparece nas duas marcas. A impressão da corte foi de que as duas marcas transmitiam a mesma ideia. Assim, a marca anulanda “Masterpiece Living” seria muito semelhante à da autora “Masterpiece the Art of Living”.

As marcas devem ser apreciadas no seu conjunto e na forma como encontradas pelo consumidor, prevalecendo o teste da primeira impressão, considerando uma pessoa de nível médio que vai ao mercado, que tem uma lembrança imperfeita de marcas anteriores, e não uma especialista em semântica.

A corte também apontou outros erros no relatório do perito, além de confirmar que o perito fez suposições de direito que estavam erradas e, portanto, sua conclusão estava errada, induzindo o juiz em erro de direito, uma vez que envolvia a análise de possibilidade de confusão.

Por outro lado, o juiz deveria ter se colocado na posição de consumidor, o que lhe autorizava dispensar a produção da prova e em último caso, a concluir diversamente do perito. Nesse caso o juiz empregaria o senso comum, excluindo influências de seu próprio conhecimento, para decidir se o consumidor casual poderia se confundir.

A corte também indicou que pesquisas de opinião precisam ser admitidas com cautela, porque podem oferecer risco de erros, caso não sigam os padrões estabelecidos a garantir sua confiabilidade e validade.

Finalmente, a corte concluiu que a coexistência das marcas no mercado poderia levar o consumidor a inferir que os serviços associados à Masterpiece eram oferecidos pela Alavida, que começou a usar a marca posteriormente àquela, decretando a nulidade do registro da Alavida<sup>354</sup>. Nesse caso, decidiu-se que a mera existência de semelhança entre as marcas, gerava a possibilidade de confusão a impedir sua coexistência.

O mesmo entendimento é encontrado em outras decisões mundo afora. Em *Cat Media Pty Ltd. v Opti-Healthcare Pty Ltd. (2003) FCA 133, 55*<sup>355</sup>, a Justiça Federal da Austrália

---

<sup>354</sup> Nesse ponto o sistema brasileiro de proteção à propriedade da marca difere do canadense. O Brasil segue o sistema atributivo, que prevê que o direito à marca se dá pelo registro validamente expedido, salvo exceção do uso de boa-fé. Art. 129 da Lei 9279/96.

<sup>355</sup> FRECKELTON, Ian; SELBY, Hugh. *Expert evidence: Law, practice, procedure and advocacy*. 4<sup>th</sup> ed. Pyrmont, N.S.W: Thomson Reuters, 2009. P. 106 e ss.



entendeu em caso de conflito de embalagens de produtos, destinados ao público em geral, que a prova pericial não foi de qualquer utilidade, mesmo porque houve divergência entre os dois peritos. O juiz entendeu que opinião baseada em pesquisa de mercado e na avaliação do comportamento do consumidor raramente será de valia, porque a preocupação da corte é com o comportamento esperado do consumidor e pela possível impressão dos membros da comunidade com compra relativamente modesta, nos padrões convencionais.

A escolha de produtos do dia a dia não depende de apreciação pelo perito, porque consiste em atividade exercida pelo consumidor comum, que não tem nem conhecimento nem experiência especiais, por isso, a prova pericial foi considerada inadmissível no caso *Cadbury Schweppes Pty Ltd. v Darrell Lea Chocolate Shops Pty Ltd.* (2006) 228 ALR 719, 2006 FCA 363.

No Reino Unido foi decidido recentemente no caso *Marks & Spencer v Interflora* que pesquisas de opinião, por exemplo, só podem ser admitidas se realmente refletirem resultados estatísticos válidos. A parte requerente da prova é que deve provar sua utilidade e confiabilidade e justificar os custos envolvidos na sua produção<sup>356</sup>. Os tribunais já se manifestaram que, em casos de conflitos de marca, a possibilidade de confusão é verificada qualitativamente e não quantitativamente, por isso as pesquisas geralmente não tem valor, tendendo a confirmar a conclusão a que um juiz sozinho chegaria de qualquer forma.

Para evitar regra autoritária da exclusão da prova, o tribunal, nesse caso paradigmático, optou por elencar uma série de requisitos que as partes deveriam preencher antes de ter admitida a produção da prova. Entre eles estão: entrega à corte de resultados da pesquisa piloto realizada; prova de que qualquer pesquisa adicional será feita seguindo os padrões *Whitford* (regras reconhecidas para a realização de pesquisa de mercado); o custo com a pesquisa piloto e os custos estimados com a pesquisa que se pretende. A parte deve convencer a corte de que a pesquisa justifica os gastos que serão dispendidos com ela.

A medida visa inibir iniciativas de partes que requerem a produção de prova inútil, custosa e procrastinatória.

No Brasil coexistem diversos julgados que reconhecem a mesma inutilidade da prova pericial em casos de conflitos de marcas, porque os conceitos de imitação, reprodução e

---

<sup>356</sup> DREW, Jeremy; CADWALADR, Tom. *Surveying the landscape: admissibility of survey evidence in trademark disputes*. Disponível em <[http://www.internationalallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=09f22872-c7a3-4ef6-ada3-e78580e9d116&utm\\_source=ilo+newsletter&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=intellectual+property+newsletter&utm\\_content=newsletter+2013-01-21](http://www.internationalallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=09f22872-c7a3-4ef6-ada3-e78580e9d116&utm_source=ilo+newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=intellectual+property+newsletter&utm_content=newsletter+2013-01-21)> . Acesso em 21.01.2013.

confusão seriam jurídicos<sup>357</sup>, com outros em que a produção da prova pericial, gerou resultados diametralmente opostos, como visto na nota de rodapé 35.

Os erros acontecem independentemente do sistema de escolha do perito, seja pelas partes ou pelo juízo, ou do sistema legal de *civil* ou *common law*. No sistema brasileiro não é raro verificar que peritos que não detenham conhecimento adequado, ainda que sofram impugnação fundamentada pela parte interessada, sejam nomeados para a realização da perícia, porque o controle da validade de sua opinião é relativamente baixo, em função do fator “confiança” empregado na sua escolha<sup>358</sup>.

Como se nota, é possível defender a exclusão da prova pericial em alguns casos em que ela é inútil. Os casos analisados demonstram que ela não contribuiu para o acerto da decisão.

A descoberta desses erros e desvios, certamente, põe a comunidade processual em alerta e exige medidas adequadas para minorá-los. Algumas novas iniciativas têm sido propostas no ramo da epidemiologia e em conflitos internacionais.

### 5.3 A epidemiologia legal

A epidemiologia consiste no estudo científico da disseminação e controle de doenças<sup>359</sup>, ou no estudo da causa de incidência de doenças na população humana.

A produção da prova por um especialista em epidemiologia tem sido recorrente nos Estados Unidos devido ao aumento da complexidade de demandas na área criminal, daquelas ações cíveis que apuram responsabilização por exposição a substâncias tóxicas e por defeito em produtos. Lá os estudos epidemiológicos são considerados apropriados para estabelecer a causa do dano.

A técnica padrão aceita, em resumo, consiste na realização de estudos randômicos, em que parte dos pacientes é exposta ao agente investigado e a outra a placebo. Nem os médicos nem os pacientes sabem quais são os membros dos grupos expostos ao verdadeiro agente para evitar erros na análise dos resultados. Considera-se que a hipótese investigada seja nula e os

<sup>357</sup> Apelação Cível 86.953-1, da Comarca de São Paulo, Apelantes e Apelados Companhia Souza Cruz Ind. E Com. e Art's Cosméticos Ltda. 5a. Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Des. Relator Ralpo Waldo. 11/06/1987.

<sup>358</sup> O problema foi exposto em uma série de 5 pareceres da lavra de Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Freitas Câmara, Dênis Borges Barbosa e Ana Paula Buonomo Machado, Cândido Dinamarco e Humberto Theodoro Júnior. In: REVISTA DA ABPI. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. 89, Jul. Ago. 2007. 72p.

<sup>359</sup> HORNBY, Albert Sydney; ASHBY, Michael; WEHMEIER, Sally. *Oxford advanced learner's dictionary of current English*. 6<sup>th</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

estudos visarão falseá-la. A preferência por esse tipo de prova sobre testes em animais, estudos *in vitro*, estudo de relatórios e análise da estrutura química de compostos, remonta a 1985, a partir da grande tentativa do judiciário de afastar a “*junk science*” do processo, no emblemático caso *In re Agent Orange Product Liability Litigation* que influenciou muitos outros<sup>360</sup>.

Esse tipo de prova também foi utilizado nas ações que investigaram os efeitos do *Bendectin*, da vacina da gripe suína, de contraceptivos intrauterinos etc., sempre relacionado aos riscos para a saúde e à compensação por danos eventualmente causados<sup>361</sup>.

O uso desse meio de prova, resultou em diversas críticas pela dilação que provocam no processo e incapacidade de a prova atingir resultados conclusivos. Ademais, a epidemiologia se aplica ao estudo de causa das doenças em grandes massas populacionais e não é recomendada para o estudo da causalidade considerando o indivíduo isoladamente, embora alguns peritos defendam o contrário, já que o indivíduo integra o grupo a que a prova se aplica<sup>362</sup>. Por tudo isso, o uso da prova aparece na doutrina como controverso e problemático<sup>363</sup>. De fato, os resultados evidenciam diversas falhas na etapa valorativa, por má interpretação dos dados fornecidos.

Existem diversas referências na literatura a estudos de casos em que a prova foi usada. Um interessante diz respeito à pesquisa da causa de doenças autoimunes relacionadas aos implantes de silicones em seios.

Os implantes de silicones em gel foram primeiramente usados para aumento de seios em 1962, nos Estados Unidos. Naquela época, a *Food and Drug Administration* (FDA), equivalente à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), não previa processos de aprovação para a comercialização de produtos. Somente em 1976 esses processos foram introduzidos, mas não abrangiam os produtos que já estavam no mercado, embora a FDA

---

<sup>360</sup> GARRETT, Nathaniel. *Life is the Risk we Cannot Refuse: A Precautionary Approach to the Toxic Risks We can*. The Georgetown International Environmental Law Review. Vol. 17:517. 2004/2005. Disponível em <<http://heinonline.org>>. Acesso em 08/03/2013. P. 526 e ss. No caso Agent Orange veteranos do Vietnã reivindicavam que haviam sido expostos à dioxina durante o service na guerra. O juiz Weinstein considerou que os estudos epidemiológicos eram a única evidência confiável para estabelecer os efeitos da exposição ao agente à saúde. Os testes em animais foram considerados inúteis, porque eles envolviam espécies biológicas diferentes e provavelmente causariam confusão.

<sup>361</sup> LOUE, Sana. *Forensic epidemiology*. A comprehensive guide for legal and epidemiology professionals. Carbondale and Edwardsville: Southern Illinois University Press, 1999. P. xv

<sup>362</sup> LOUE, Sana. *Forensic epidemiology*. A comprehensive guide for legal and epidemiology professionals. Carbondale and Edwardsville: Southern Illinois University Press, 1999. P. 13. Pergunta: What is the role of epidemiology? Resposta: Well, it's to identify risks or risk factors or excess risk in populations or groups. Insofar as an individual belongs to those classes, they are- you can apply those additional risks to them...

<sup>363</sup> LOUE, Sana. *Forensic epidemiology*. A comprehensive guide for legal and epidemiology professionals. Carbondale and Edwardsville: Southern Illinois University Press, 1999. P. xv, 107

reservasse o direito de exigir prova da segurança do produto, se esta fosse questionada. Apenas em 1989 começaram a ser exigidas das fabricantes provas da segurança dos produtos. Desde 1970, houve várias denúncias de que o silicone havia se rompido e se espalhado no corpo nas pacientes.

Várias pesquisas foram desenvolvidas resultando em opinião de que a tecnologia empregada nos implantes era obsoleta e de que não havia informação suficiente sobre seu uso seguro. Documentos da empresa Dow Corning, pioneira na fabricação de silicones em gel, mostravam que as mulheres receberam o implante antes de testes em animais e que o silicone podia se deslocar pelo corpo causando outros problemas. Um memorando interno da *Medical Engineering Corporation*, mais tarde adquirida pela Bristol-Myers Squibb, descrevia que o estudo em cães da raça *beagle* mostrava reações adversas decorrentes dos implantes mamários, como hemorragia, possível pneumonia, hiperplasia do tecido linfóide no intestino grosso, mas esses resultados não foram divulgados publicamente. O então presidente da empresa ordenou que se desfizessem dos órgãos dos animais e que sacrificassem os cães.

Outras pesquisas foram destinadas à investigação da associação dos implantes de silicone em gel e o aumento de risco de câncer. Uma pesquisa apontou o risco de câncer no pulmão, mas os resultados não foram conclusivos devido ao pequeno tamanho da amostra examinada e à falta de controle de outras possíveis causas concomitantes do câncer. A baixa incidência de doenças autoimunes em mulheres que realizaram o implante de seio impossibilitou o estabelecimento de relação de causa e efeito da doença autoimune e os implantes<sup>364</sup>.

Mesmo assim inúmeras foram as ações ajuizadas contra fabricantes, distribuidores e vendedores do produto, por mulheres que se sentiam lesadas, o que foi objeto de crítica.

A questão é que embora os resultados de pesquisas que visassem responder a essas perguntas fossem inconclusivos, também não havia a possibilidade de se afirmar que a ausência de prova da causalidade, indicasse que o uso do produto fosse seguro.

O direito felizmente precisa por fim a conflitos no seu tempo e não pode esperar a resposta definitiva da ciência sobre uma hipótese, mesmo porque as leis impõem aos indivíduos prazos prescricionais para o questionamento judicial dos fatos que os afligem.

---

<sup>364</sup> LOUE, Sana. *Forensic epidemiology*. A comprehensive guide for legal and epidemiology professionals. Carbondale and Edwardsville: Southern Illinois University Press, 1999. P. 121 e ss.

Não obstante, o efeito da tendência das cortes de apenas depositar confiança nos estudos epidemiológicos para a apuração da causa em ações indenizatórias por exposição a agentes tóxicos, é deixar de compensar as vítimas adequadamente, já que essas já suportam um ônus muito grande de provar, no mínimo: que ocorreu um efeito adverso, que o agente identificado pode causar os danos que a vítima sofreu, que o agente se tornou disponível, que a vítima foi exposta ao agente, que os níveis de exposição podem causar prejuízo, que o agente foi a possível causa do dano por exclusão a outras possibilidades. Ocorre que o valor dos estudos epidemiológicos se deteriora na medida em que as incertezas na ciência aumentam. Além disso, é possível que a exposição a certos agentes ainda não tenha sido testada e que não haja experiência científica sobre os efeitos da exposição a ela, que geralmente acontece em ações do gênero<sup>365</sup>.

Claire McIvor no seu artigo recém publicado “*The use of Epidemiological Evidence in UK tort law*”<sup>366</sup>, cedido cordialmente a esta pesquisadora, realizou estudo de casos e demonstrou que as cortes Inglesas, ao contrário das americanas, não confiam na epidemiologia para fins de prova de causalidade em ações de responsabilização por danos pessoais e, por isso, lamenta, as cortes deixam de ter acesso a informações relevantes que a prova fornece.

A hostilidade não é em vão e em parte decorreu da má prestação do serviço realizado pelos peritos dos autores no caso *XYZ v Schering Health Care Ltd.*, que lhes rendeu duras críticas pelo juiz envolvido no caso. O juiz expressamente declarou que o serviço do perito Professor Alexander Walker não foi uma tentativa séria de auxiliar a corte. Um outro perito Professor Klim McPherson teve pelo menos oito erros apontados no seu laudo pelo juiz. Os peritos divergiram tanto no resultado dos estudos epidemiológicos, e isso, segundo Claire McIvor, arruinou a reputação dos profissionais da área, conforme sugerem julgados posteriores.

Houve tantos problemas com relação à prova, que Claire McIvor sugeriu a realização de um júízo de admissibilidade prévio, específico para testar sua confiabilidade, afinal, para proteger a reputação da disciplina é preciso assegurar que apenas a prova confiável seja examinada.

---

<sup>365</sup> GARRETT, Nathaniel. *Life is the Risk we Cannot Refuse: A Precautionary Approach to the Toxic Risks We can*. The Georgetown International Environmental Law Review. Vol. 17:517. 2004/2005. Disponível em <<http://heinonline.org>>. Acesso em 08/03/2013. P. 526 e ss.

<sup>366</sup> MCIVOR, Claire. *The use of epidemiological evidence in UK tort law*. In: LOUE, Sana (ed). *Forensic Epidemiology in the Global Context*. New York: Springer, 2013. P. 55-78.

Outros erros contribuíram para a má compreensão do uso da epidemiologia como meio de prova, como, por exemplo, qualificar, como peritos, clínicos, que não têm o conhecimento dos métodos científicos aplicados pelos epidemiologistas e que acabam usando o resultado dos estudos epidemiológicos fora de contexto.

Os juízes aparentemente não têm ideia de que a epidemiologia se tornou uma ciência altamente complexa.

Quando a Suprema Corte Inglesa decidiu o caso *Sienkiewicz*, sinalizou que esse tipo de prova não auxiliava em nada e nem era confiável. O posicionamento teve ampla repercussão e incidência em casos futuros, devido à grande influência exercida pelo relator daquele caso.

Claire McIvor desenvolveu estratégia para tentar consertar os danos causados por uma série de erros sucessivos no trato com esse tipo de prova, que ainda é associada a mera técnica de estatística<sup>367</sup>.

Ela defende que a prova é importante para fornecer à corte informação valiosa sobre a aplicação do resultado dos estudos desenvolvidos ao caso concreto e como diretriz para compreensão do tema. Não é porque a prova foi produzida que deva ter efeito determinativo no resultado da lide, ao contrário, ela deve ser examinada levando em consideração todo o conjunto probatório.

Para tentar amenizar os erros de julgamentos causados por esse tipo de prova, Claire McIvor, professora da faculdade de direito de Birmingham, introduziu na faculdade o curso de Epidemiologia Legal, como parte de um programa especializado para unir culturas tão distintas e fomentar o melhor entendimento entre a epidemiologia e a lei. A ideia é desafiar a percepção distorcida do judiciário sobre a potencialidade da prova.

É inegável que o estudo da prova seja inter e multidisciplinar, mas existe uma enorme resistência na realização de debates com representantes de diversas especialidades acadêmicas, como relata Twining<sup>368</sup>, que acredita que isso se deva por obstáculos relacionados ao linguajar de cada matéria, medo do desconhecido, dos profissionais terem

---

<sup>367</sup> Os epidemiologistas usam a estatística como ferramenta. Esses profissionais são mais do que estatísticos, porque além de conduzirem pesquisas científicas que seguem método próprio, coletando dados relevantes, eles usam técnicas sofisticadas para interpretar os dados de forma precisa, para determinar se as associações feitas com base em dados estatísticos pode evidenciar um relação biológica de causa de efeito. Ainda são analisados o tamanho quantitativo da amostra coletada para o estudo, os dados que podem potencialmente ser mal interpretados, os agentes que podem modificar o resultado etc.

<sup>368</sup> TWINING, William. *Moving Beyond Law: Interdisciplinarity and the Study of Evidence*. In: DAWID, Philip; TWINING, William; VASILAKI, Mimi (Edts.). *Evidence, inference and enquiry*. Oxford: Published for the British Academy by Oxford University Press, 2011. P. 98

suas teorias questionadas por pessoas de outros ramos, receio de ensinarem demais aos outros e de não aprenderem nada com eles.

Twining tentou fazer essa aproximação, mas ficou totalmente decepcionado com o resultado do programa da *University College London* sobre evidências e da tentativa de extrapolar os limites legais da matéria para abordar questões gerais que atingem todos os ramos do saber. Os participantes demonstraram falta de interesse em aprofundar o assunto.

#### 5.4 Princípio da Precaução

Na década de 80 do século passado os países desenvolvidos começaram a exportar para os países em desenvolvimento produtos nocivos, que haviam sido proibidos no mercado interno, ou que tiveram sua comercialização severamente limitada, pelos riscos que apresentavam à saúde ou ao meio ambiente. O assunto ganhou destaque e os países importadores questionaram essa prática. Em 1982 os membros da Organização Mundial do Comércio decidiram que os governos deveriam notificar os importadores sobre a exportação de produto que houvesse sido proibido internamente. Acontece que os exportadores apenas notificavam sobre a proibição de exportação de certos produtos, e não dos proibidos internamente, que continuavam sendo exportados, o que revelou o fracasso das medidas preventivas<sup>369</sup>.

O desenvolvimento tecnológico, a capacidade de ações locais prejudicarem grandes massas populacionais distantes daquela localidade, e a facilidade com que se desenvolvem as relações comerciais internacionais colocam em evidência um outro tipo de litígio, cujo objeto é a prevenção de danos futuros com base na (in)certeza científica.

A conscientização dessas novas questões, que abrangem desde o armazenamento adequado de peixes, a poluição de rios, oceanos e ar a erosão de encostas, disputas sobre armamento nuclear, o uso de hormônio de crescimento para a produção de carne, segurança no consumo de organismos modificados geneticamente etc., deu origem ao princípio da precaução.

---

<sup>369</sup> SEGGER, Marie-Claire Cordonier; GEHRING, Markus W. *Precaution, Health and the World Trade Organization: Moving Toward Sustainable Development*. 2003-4. Queen's L.J. 133. Disponível em <<http://heinonline.org>>. Acesso em 08/03/2013. P. 157

O princípio da precaução foi criado para guiar<sup>370</sup> a tomada de decisões, permitindo a adoção de medidas que visem inibir determinadas ações que possam gerar graves consequências. O princípio recomenda que não se dependa de certezas na área da ciência para o início de ações preventivas contra a ameaça à saúde pública ou contra o meio ambiente. Ele foi uma espécie de resposta internacional à ameaça causada pelas substâncias químicas novas despejadas no meio ambiente.

O princípio se baseia no entendimento de que nem sempre a ciência consegue antecipar os riscos decorrentes de ameaças modernas e fomenta a discussão das limitações das previsões científicas. Opta-se por agir imediatamente ante uma suspeita ou medo do risco, para prevenir o dano. Apenas em momento posterior investigam-se os fatos. Na ausência de prova do prejuízo não se pode concluir, simplesmente, que não há ameaça de prejuízo. O bem protegido constitui a mera ameaça contra a segurança humana.

O conceito foi introduzido em 1987 na Segunda Conferência Internacional da Proteção ao Mar do Norte. O reconhecimento do princípio de forma global aconteceu somente na Eco 1992, realizada na cidade do Rio de Janeiro e vem prescrito no princípio 15 da Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento<sup>371</sup>:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

O protocolo em biossegurança de Cartagena do ano 2000 autoriza os Estados a recusar a importação de organismos modificados ainda que inexista resultado sobre os seus riscos na

---

<sup>370</sup> CAMERON, James; ABOUCHAR, Juli. *The Precautionary Principle: A Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of Global Environment*. Boston College International & Comparative Law Review. 1991. Vol. XIV. No. 1. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em 08/03/2013. P. 2

<sup>371</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>> . Acesso em 08/03/2013.



ciência, para evitar ou minimizar qualquer tipo de efeito que provoquem ou venham provocar<sup>372</sup>.

Não existe um conceito uniforme do princípio da precaução. De acordo com o conceito norteamericano, o princípio se aplica sempre que parecer razoável adotar medidas preventivas contra possível dano, cujas consequências sejam graves, ainda que inexista prova científica conclusiva da probabilidade dos efeitos danosos em pessoas. Alguns requisitos informam o princípio, como: 1) Presença de indícios da possibilidade do perigo, a identificação do potencial efeito negativo causado por um produto, processo ou fenômeno e ameaça séria o bastante para provocar efeitos irreversíveis; 2) Ausência de dados que permitam a avaliação científica dos riscos ou da impossibilidade de estimá-los diante dos dados existentes. Havendo provas científicas capazes de confirmar ou refutar os riscos causados por produtos ou processos, o princípio da precaução será afastado<sup>373</sup>.

Enquanto os Estados Unidos hesitam mais em aplicar o princípio relacionado a algumas matérias, como a mudança climática e a biotecnologia, em deferência exclusiva à ciência, o conceito na União Europeia é mais aberto.

Caroline Foster<sup>374</sup> ensina, sob o ponto de vista europeu, que diante das ameaças, não há necessidade de prova de que o dano ocorrerá e que o desafio para os julgadores é justamente fundamentar decisões nesse sentido, apesar da falta de conhecimento perfeito sobre o fato<sup>375</sup>.

---

<sup>372</sup> Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity. 2000. Cópia Certificada. [http://treaties.un.org/doc/Treaties/2000/01/20000129%2008-44%20PM/Ch\\_XXVII\\_08\\_ap.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/2000/01/20000129%2008-44%20PM/Ch_XXVII_08_ap.pdf). Article 1 In accordance with the precautionary approach contained in Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development, the objective of this Protocol is to contribute to ensuring an adequate level of protection in the field of the safe transfer, handling and use of living modified organisms resulting from modern biotechnology that may have adverse effects on the conservation and sustainable use of biological diversity, taking also into account risks to human health, and specifically focusing on transboundary movements. Article 4 This Protocol shall apply to the transboundary movement, transit, handling and use of all living modified organisms that may have adverse effects on the conservation and sustainable use of biological diversity, taking also into account risks to human health. Article 11 8 8. Lack of scientific certainty due to insufficient relevant scientific information and knowledge regarding the extent of the potential adverse effects of a living modified organism on the conservation and sustainable use of biological diversity in the Party of import, taking also into account risks to human health, shall not prevent that Party from taking a decision, as appropriate, with regard to the import of that living modified organism intended for direct use as food or feed, or for processing, in order to avoid or minimize such potential adverse effects.

<sup>373</sup> GARRETT, Nathaniel. *Life is the Risk we Cannot Refuse: A Precautionary Approach to the Toxic Risks We can*. The Georgetown International Environmental Law Review. Vol. 17:517. 2004/2005. Disponível em <<http://heinonline.org>>. Acesso em 08/03/2013. P. 526 e ss.

<sup>374</sup> FOSTER, Caroline E. *Science and the precautionary principle in international courts and tribunals: Expert evidence, burden of proof and finality*. New York: Cambridge University Press, 2011. Prefácio xiii.

<sup>375</sup> Apesar de encontrar algumas diferenças, essa é mais ou menos a lógica jurídica do direito empresarial nos conflitos de marcas. A prevenção do dano causado por associação indevida entre marcas é o bem jurídico mais importante.

A relevância deste assunto ganha destaque nos embates entre cientistas e ambientalistas. Estes não confiam na ciência e tendem a crer que o conhecimento intuitivo, não racional e emocional que têm da natureza, é tão legítimo quanto o conhecimento científico<sup>376</sup>. Enquanto os cientistas discutem em fórum fechado, o discurso dos ambientalistas acaba caindo na arena pública em que fatores econômicos, sociais, políticos e legais entram em ação, o que evidencia a grande distância entre aqueles que julgam o impacto ambiental insignificante e os outros que o julgam significativo, porque serão diretamente afetados por ele.

O princípio da precaução não foi reconhecido como regra de direito internacional costumeiro, apesar de haver controvérsias sobre isso<sup>377</sup>, mas pode servir de base para uma legislação internacional. Já foi reconhecido tacitamente em diversas decisões de cortes e tribunais internacionais. Há notícias de que alguns comentaristas acreditam que o princípio integre os tratados para defesa do meio ambiente<sup>378</sup>.

O assunto se tornou frequente em cortes e tribunais internacionais, o que têm demandado uma nova análise das regras relacionadas a métodos probatórios e da finalidade da tomada de decisão, apesar de muitos conflitos internacionais ainda terminarem em acordo.

Quanto aos métodos probatórios, ora objeto de pesquisa, visa-se traçar um panorama detalhado o suficiente sobre o estado da arte da ciência e do conhecimento científico, para a verificação do cumprimento de obrigações legais possivelmente previstas em protocolos firmados previamente. Foi o que aconteceu no caso da reclamação proposta pelos americanos contra a política de importação de maçãs adotada pelo Japão<sup>379</sup>.

---

<sup>376</sup> SMITH, Paul. *The role of experts in environmental controversies*. Nottingham Law Journal. 1997. Disponível em <<http://heinonline.org>>. Acesso em 08/03/2013. P. 11 e ss.

<sup>377</sup> GARRETT, Nathaniel. *Life is the Risk we Cannot Refuse: A Precautionary Approach to the Toxic Risks We can*. The Georgetown International Environmental Law Review. Vol. 17:517. 2004/2005. Disponível em <<http://heinonline.org>>. Acesso em 08/03/2013. P. 526 e ss. SEGGER, Marie-Claire Cordonier; GEHRING, Markus W. *Precaution, Health and the World Trade Organization: Moving Toward Sustainable Development*. 2003-4. Queen's L.J. 133. Disponível em <<http://heinonline.org>>. Acesso em 08/03/2013. P. 172 Defendem que é uma norma emergente de direito customary internacional. CAMERON, James; ABOUCHAR, Juli. *The Precautionary Principle: A Fundamental Principle of Law and Policy for the Protection of Global Environment*. Boston College International & Comparative Law Review. 1991. Vol. XIV. No. 1. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em 08/03/2013. P. 14, defendem que a partir do momento em que o princípio foi incorporado à Declaração da Conferência Ministerial de Bergen houve indicação de que houve a emergência com lei internacional costumeira. A exemplo: "Article 38 of the Statue of the International Court of Justice introduces and defines 'international custom' as 'evidence of a general practice accepted as law'. Customary norms of international law arise when a practice among nations is extensive and virtually uniform, and is accompanied by a conviction that its actions are obligatory under international law".

<sup>378</sup> FOSTER, Caroline E. *Science and the precautionary principle in international courts and tribunals: Expert evidence, burden of proof and finality*. New York: Cambridge University Press, 2011. P. 21

<sup>379</sup> JAPAN – Apples DS 245. Disponível em <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/1pagesum\\_e/ds245sum\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds245sum_e.pdf)>. Acesso em 08/03/2013.

Os americanos questionavam as medidas restritivas de importação de maçã pelo Japão, baseadas no risco de transmissão de pragas bacterianas, porque estas medidas não eram fundamentadas em provas científicas suficientes pelos japoneses. O painel julgador confirmou que nenhuma das medidas exigidas aos americanos, exceto o certificado de que as frutas não continham a bactéria, não eram baseadas em provas científicas suficientes e que na ausência de prova científica do risco de bactéria em frutas maduras e sadias qualquer análise de risco não estaria levando em consideração a prova científica e, portanto, não atendia aos requisitos do art. 5.1. do protocolo de medidas sanitárias e fitossanitárias. Os estudos conduzidos pelo Japão não demonstraram como se chegou ao resultado da análise de risco de 2004, em que se afirmava que as maçãs poderiam estar em estado latente de contaminação, conseqüentemente, a análise de risco foi considerada inapropriada, afinal, refletiam meramente medidas restritivas comerciais, e não preocupação de manutenção de níveis de proteção sanitária ou fitossanitária adequados. O órgão revisional manteve a decisão do painel. O caso terminou em acordo. Nesse caso as medidas do Japão demonstraram a intenção de travestir o princípio da precaução, quando, na verdade, as medidas eram usadas como desculpa para favorecer os produtores locais.

A Organização Mundial do Comércio (OMC) atenta à complexidade dos casos, paralelamente, à harmonização de padronização de condutas via acordos de melhor prática, já começou a implementar novos procedimentos quanto à produção da prova pericial, com um formato bastante interessante, que são adaptados para cada caso.

O sistema não foi previsto no *Dispute Settlement Understanding* (DSU) da OMC, mas foi desenvolvido para melhor desempenho nos painéis, levando em consideração as regras da DSU, num processo de aprendizagem através da prática. Aproxima-se do procedimento adotado em arbitragem internacional no que diz respeito à realização de audiências com peritos. Cada caso é um caso e as regras podem ser alteradas de acordo com as circunstâncias para a demanda funcionar melhor. O tribunal pode nomear peritos científicos, ainda que as partes não tenham manifestado interesse nesse meio de prova, ou ainda que não concordem com ele. Foi elaborado um processo de consulta que acontece em duas etapas. O tribunal formula quesitos para os peritos na etapa escrita e as partes também podem formular perguntas e comentar sobre as respostas recebidas. Eventualmente, podem fazer perguntas suplementares e as partes poderão fazer novos comentários sobre a resposta. As partes podem comentar sobre as perguntas das partes e todo o material será fornecido ao (s) perito(s) ao final dos debates. Um resumo das respostas dos peritos vai ser preparado pelo secretariado da OMC e submetido à revisão pelos peritos.

A segunda etapa é oral e na audiência, que dura de um a dois dias, estão presentes os membros do painel, peritos, partes e seus peritos particulares. A ideia é que o painel ouça os peritos indicados por seus membros, mas os peritos das partes podem lhes prestar assistência e até se manifestar. Em função do tempo é preciso focar nas questões realmente relevantes. O padrão seguido nas audiências geralmente é o seguinte: os peritos apresentam o tema, podem explicar as visões diferentes adotadas por seus colegas, podem se pronunciar sobre o comentário das partes às suas respostas, os tópicos são considerados um a um, encoraja-se discussão moderada científica e as partes são ouvidas. Geralmente os membros do painel ficam quietos, um secretário se encarrega de verificar se todas as questões foram de fato respondidas. Ao final da audiência os membros podem fazer perguntas aos peritos para esclarecimentos finais e peritos do tribunal fecham a audiência com os pontos mais importantes. Os relatórios escritos são relidos pelos peritos para evitar erros e alguns deles incluem bibliografia consultada. Erros de fato não estão sujeitos à revisão em grau superior. Não há *cross-examination* formal, mas como as partes podem fazer perguntas, inevitavelmente há uma forma de controle, cujo efeito é similar ao da *cross-examination*. A etapa escrita ajuda a preparar o “terreno” para a etapa oral, que se mostra essencial para o esclarecimento de dúvidas. Explicam-se conceitos, métodos e os princípios científicos. Depois da audiência em conjunto, ainda há uma segunda audiência em que as partes podem comentar o resultado da etapa anterior.

O sistema da OMC não para de se desenvolver e cada caso é analisado individualmente. Quando necessário, o processo pode ter dados mantidos sob sigilo por questões comerciais. As sessões são públicas e podem ser assistidas por um circuito fechado de televisão. Em princípio se imaginou que essas sessões públicas pudessem alterar o comportamento das partes envolvidas, o que não se confirmou na prática.

Essas grandes disputas exigem advogados muito mais bem preparados, porque eles têm de apresentar o conteúdo da ciência aplicável à resolução desses conflitos de forma clara e lógica e dependem diretamente do aconselhamento de um corpo técnico, que identifique como as pesquisas atuais na área científica podem fortalecer ou não um determinado ponto de vista.

Esses tipos de casos dependem diretamente de um contraditório forte, capaz de demonstrar as falhas e debilidades nas abordagens técnicas da parte adversa. De fato, o contraditório é um método de controle realçado na pesquisa de Caroline Foster. No entanto, aparentemente, o contraditório sozinho não parece ser suficiente na busca da verdade e requer o fortalecimento de procedimentos investigativos, que incluem a inspeção judicial por membros do tribunal, consulta a organizações internacionais e a nomeação de peritos independentes.

O objetivo nesta pesquisa não foi investigar extensivamente o princípio da precaução, mas a apresentação do tema e de novas facetas da prova pericial, cujos resultados influem em políticas de Estado e demonstram como a informação científica pode exercer grande poder nessas decisões internacionais.

Sabendo-se da discrepância de investimentos na área da ciência e tecnologia efetuados pelos países desenvolvidos e pelos subdesenvolvidos/em desenvolvimento, estes não teriam uma desvantagem em questionar a tese científica estabelecida por aqueles? O discurso científico daqueles não pode ser usado como uma nova forma de dominação dos povos que têm problemas estruturais e deixam a ciência e educação em segundo plano?

Paul Smith<sup>380</sup> relata que uma vez uma hipótese seja confirmada no meio científico ela é tida como verdade e acaba servindo de base para estudos futuros. Isso não significa que o processo de teste da hipótese seja simples. A hipótese é debatida, publicada para *peer-review*, criticada e, finalmente, pode ganhar aceitação geral, que recebe o nome de “closure”, após as etapas de debates e críticas. Pode ser que essa finalização (*closure*) nunca chegue a acontecer.

Essas “*closures*” afetam as ações judiciais em direito ambiental, porque os litigantes na área ambiental frequentemente tentam desqualificá-las, para estabelecer novas teorias e convencer o juízo de que a nova teoria é a que deve prevalecer. Acontece que é muito difícil reverter o cenário já estabelecido, porque isso envolve atacar os interesses de grupos economicamente poderosos, que certamente têm recursos para investir em pesquisas que continuem confirmando a tese prevalecente ou que tire o crédito daquela sugerida por parte que não incluía esses grupos. Ademais, só houve a “*closure*”, porque os melhores cientistas endossaram a tese e mudá-la significa também retirar o crédito desses cientistas.

Provar que a utilização de determinada substância química afeta a saúde humana, ou que a adoção de certas práticas prejudica o meio ambiente pode ser extremamente gravoso para o país em desenvolvimento, que conta com poucos recursos para estudos de saúde e obtenção de dados científicos<sup>381</sup>.

Há autores como Marie-Claire Segger e Markus Gehring que discordam desse entendimento e acreditam que os países em desenvolvimento possam se beneficiar de decisões prévias da OMC, em que o princípio da precaução tenha sido reconhecido, para resolver seus próprios conflitos. No entanto, isso não resolve questões mais complexas, quando não existem precedentes.

---

<sup>380</sup> SMITH, Paul. *The role of experts in environmental controversies*. Nottingham Law Journal. 1997. Disponível em <<http://heinonline.org>>. Acesso em 08/03/2013.

<sup>381</sup> SEGGER, Marie-Claire Cordonier; GEHRING, Markus W. *Precaution, Health and the World Trade Organization: Moving Toward Sustainable Development*. 2003-4. Queen's L.J. 133. Disponível em <<http://heinonline.org>>. Acesso em 08/03/2013. P. 158

## 6 RECONHECIMENTO DE ERROS E MÉTODOS DE CONTROLE

### 6.1 A identificação de erros

Seja na vida profissional, ou acadêmica, no Direito, muitas pessoas já experimentaram, ou conheceram de situações, que demonstraram que a sentença foi baseada em prova pericial eivada de vício, produzindo um resultado equivocado e injusto.

Observada essa situação é necessário verificar se ela foi um fato isolado, ou se é recorrente. Neste caso, identificar-se-á se há algo no procedimento que pode ser melhorado para minimizar o problema.

No caso da prova pericial já há evidências suficientes de que se trata de um assunto, cujas peculiaridades demandam a atenção dos estudiosos.

Alguns ordenamentos, como o americano, conduziram pesquisa para fins de levantamento de dados que destacaram os pontos mais sensíveis da prova pericial merecedores de reforma.

Conforme a pesquisa americana supracitada, “*Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*”, além de erros na colheita de dados que serão objeto da perícia, o próprio julgamento humano está sujeito a uma série de erros, porque o homem, inconscientemente, sofre forte influência de fatores externos que alteram sua isenção no julgamento.

Vários críticos indicaram que qualquer um que tenha um espaço e capital, nos Estados Unidos, pode abrir um laboratório para perícia científica, sem qualquer tipo de requisito formal para o oferecimento de serviços, exceto em alguns Estados como Texas, Oklahoma e Nova Iorque.

Sérias deficiências no controle de qualidade em grandes laboratórios criminais já foram tornados públicos. As notícias denunciaram a fragilidade na documentação colhida e erros na análise e interpretação de dados, a falta de programas de qualidade, o treinamento inadequado de pessoal, a existência de vários relatórios equivocados, o uso errado de dados estatísticos, e, inclusive, a falsificação de resultados.

Apesar de existirem esforços para a implementação de padrões de qualidade e de boas práticas para melhora no ramo da *forensic science*, eles se devem em grande parte ao trabalho voluntário de alguns membros da comunidade dessa “ciência” forense, carecendo de um enfoque profissional.

Quanto ao erro de julgamento, aparentemente, ele não deriva de má índole do julgador. Os estudos indicam que o erro de julgamento é considerado comum na tomada de decisões. O mesmo tipo de erro já é conhecido na ciência, mas lá se adotaram medidas para entendê-los e minimizá-los. O objetivo é tornar as investigações científicas tão objetivas quanto possível, de modo que o resultado alcançado independa do investigador. Alguns dos ramos da área científica desenvolveram certas práticas para reduzir o impacto desses erros. Um dos métodos de verificação de erros é a sujeição de trabalhos científicos ao *peer review* independente. A função dos revisores é apontar possíveis vícios no método investigativo ou conduzir experimentos que confirmem a descoberta. Esse método, como quaisquer outros, não é isento de erros ou imune a fraudes, mas eficaz se executado por pessoas capazes e imparciais.

Na Inglaterra, além do levantamento das falhas da prova pericial no relatório Woolf, fica a cargo da academia efetuar estudos de caso como método de controle preventivo de futuras provas periciais, através da descrição do caso objeto do estudo e de elaboração de crítica fundamentada em dados concretos.

Observa-se a iniciativa de professores que criam disciplinas novas como tentativa de mudança de cultura e eliminação de preconceitos causados por julgamentos influentes.

É de conhecimento notório no meio processual que o laudo pericial tem o poder de orientar a decisão judicial, embora outras provas produzidas constantes nos autos não corroborem para aquela conclusão extraída do laudo.

Carla Rodrigues Araújo de Castro<sup>382</sup> acredita que a distância que existe entre o juiz e a ciência, causa essa distorção. A autora constata que é difícil o juiz decidir contra um laudo pericial, salvo raras exceções, quando há erros grosseiros, ou conclusões absurdas.

Outra crítica diz respeito à questão da credibilidade do perito nomeado pelo magistrado. Para Carla Rodrigues Araújo de Castro a imparcialidade dos peritos nem sempre ocorre. Fatores como o poder e o dinheiro muitas vezes afastam o perito da seriedade que a

---

<sup>382</sup> CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova Científica: Exame Pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Ps. 134 e ss

função requer, sem falar dos efeitos da corrupção, capazes derrubar a confiabilidade da prova pericial em casos de repercussão ou quando envolvidas grandes somas de dinheiro.

Carla Rodrigues Araújo de Castro<sup>383</sup> entende que a nomeação do perito no ordenamento brasileiro, que pressupõe um mínimo de conhecimento sobre a matéria em exame, exclusivamente pelo juiz, pode ser prejudicial, porque as partes, curiosas e mais dedicadas a resolver os problemas que lhes afligem, muitas vezes estão mais aptas a identificar o perito mais capacitado para a produção da prova do que o juiz<sup>384</sup>.

Os assistentes técnicos, capazes de questionar os métodos utilizados, averiguar e fiscalizar o equipamento e material empregados e discutir as conclusões do laudo, suprimindo eventual prejuízo, por via do contraditório, não cumprem a função do contraditório, porque os pareceres pouco influenciam o juiz, ou, pelo menos, não recebem motivação adequada pelo magistrado.

Um dos mecanismos disponíveis de controle da prova no Brasil é a garantia de participação das partes na produção da prova pericial, que reflete a tendência do direito moderno de assegurar as garantias do devido processo legal.

No Brasil pode ser observada a garantia da participação da parte ou de seus assistentes técnicos nos arts. 425, 431-A e 435 do CPC e o resultado da prova pericial não vincula o julgador (art. 436 do CPC). Esse mecanismo, no entanto, não é tão forte quanto no sistema adversarial.

Para conhecer melhor a gravidade e extensão do problema e tentar solucioná-lo na proporção e tempo adequados, conforme ensina Barbosa Moreira<sup>385</sup>, é necessário colher dados concretos junto aos tribunais e acompanhar, de perto, e, objetivamente, o resultado de quaisquer mudanças implementadas. Com todas as ferramentas tecnológicas existentes na atualidade não seria difícil cruzar dados, se houvesse uma base de informação devidamente alimentada da onde se pudesse extrair, por exemplo, nome e idade do perito, tempo de

---

<sup>383</sup> CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova Científica: Exame Pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Ps. 42 e ss

<sup>384</sup> Foi localizado um caso em que o juiz recomendou que as partes indicassem o perito adequado. Decisão disponibilizada no DJE de 2/5/2013. Comarca de Jaguarão, 1ª Vara, arquivo 493, publicação 4. Processo 055/1.11.0000578-5 (CNJ 0001547-65.2011.8.21.0055) – “Conair Corporation, Babylliss SA e Conair Comercialização do Brasil Ltda X J.C.P. Imp E Exp Ltda e Bwt Comércio Importação e Exportação Ltda. A Perícia foi solicitada pela ré, que, em sua petição de fls. 331/332, não concordou com o valor postulado pela experta a título de honorários, assim, sendo muito específica a perícia a ser realizada, discordando o postulante dos valores cobrados e desconhecendo o juízo outro técnico para ser nomeado, determino às partes que indiquem outro profissional qualificado para a realização da perícia, no prazo de 15 dias.

<sup>385</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. Temas de Direito Processual*. 8a. Série. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.P. 10 e 11.



experiência profissional, qualificação, cidade de domicílio, objeto da perícia realizada, número de perícias realizadas por ano, valor médio cobrado, se houve impugnação, se houve utilização da conclusão do laudo como critério para julgamento e manutenção ou não da decisão em segundo grau, entre outros, incluindo a apuração e condenação futura por corrupção, se houver.

Embora o reconhecimento da falibilidade da prova pericial tenha representado um grande avanço no sistema jurisdicional é preciso ainda no Brasil fazer um mapeamento detalhado dos casos em que foi produzida a prova pericial civil, a partir do qual será possível a identificação dos problemas mais críticos, a verificação da intensidade do exercício do contraditório, a relevância do contraditório na fundamentação das decisões, e como ocorreu a revisão pelos tribunais superiores.

Apesar de ser possível a imediata adoção de práticas que visem a melhora qualitativa do padrão das provas periciais, com base em toda a experiência conquistada através de pesquisas e debates nacionais e internacionais, se houvesse dados concretos seria possível concentrar os esforços no aperfeiçoamento dos defeitos mais críticos.

## **6.2 Métodos de controle para redução de erros derivados da prova pericial**

### **6.2.1 Teste de admissibilidade como instrumento de controle da produção da prova e sua relação com protocolos de conduta**

Cada sistema desenvolve seu próprio método de controle de erros. Esses métodos podem ser corretivos, ou preventivos. O método corretivo clássico consiste na revisão pelos tribunais superiores da decisão recorrida. O preventivo, em série de testes de admissibilidade e de boas práticas que visam evitar o erro.

Em se tratando de prova pericial, no direito pátrio, ambos os métodos deveriam atingir seus objetivos a partir do exercício do contraditório de qualidade, da atuação de peritos de qualidade, da oitiva dos assistentes técnicos e da participação efetiva do juiz no gerenciamento dos trabalhos de produção da prova pericial, quando ela ocorre.

O mapeamento dos erros é necessário para que eventuais ajustes no sistema sejam eficazes. Se os advogados não sabem exercer qualitativamente o contraditório, por exemplo, não adianta efetuar ajustes no procedimento probatório e sim nos cursos de direito e de aperfeiçoamento profissional. Se o juiz é autoritário e não debate com as partes, não esclarece

suas dúvidas, precisa de melhor treinamento. Se o perito não desempenha bem suas funções, não pode continuar atuando etc.

A pesquisa “*Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*” mostrou que a prova pericial pode ser eivada de vício na colheita da prova, por falta de treinamento de quem as colhe. Os erros podem ser reparados através de melhoria nos cursos profissionais e no sistema aprovação desses cursos. Não adianta um sistema ideal, se não há competência humana para executar as tarefas que ele exige.

Como visto ao longo deste trabalho, um dos principais papéis do juiz americano de primeiro grau em tribunais do júri é decidir sobre questões de direito que envolvam as provas. Apesar de muitas questões importantes relevantes à instrução probatória serem resolvidas em audiências que antecedem ao julgamento, é no calor dos debates, no dia do julgamento, que várias questões sobre as provas serão inesperadamente trazidas à luz pelos advogados e decididas em poucos segundos<sup>386</sup>.

Essa característica de julgamento na *common law* acabou por outorgar ao juiz uma liberdade incomum no que tange à decisão de admissibilidade de provas, muito respeitada pelos tribunais *ad quem*, já que é o juiz de primeiro grau quem tem o contato mais próximo com a produção da evidência. Os tribunais acabam se distanciando dos debates acalorados nas cortes.

Após o estudo sistemático das *Federal Rules of Evidence* nos Estados Unidos e dos comentários na doutrina especializada é possível afirmar que a prova pericial, passa por uma série de testes para fins de admissibilidade, que se iniciam com o principal: determinar se uma prova é ou não relevante, já que provas irrelevantes não são admitidas<sup>387</sup>. Como concluir se uma prova é ou não relevante? A resposta está no teor do artigo 401. Considera-se que a prova seja relevante quando tendencialmente faz a existência de um fato mais ou menos provável do que sem a prova e quando o fato é uma consequência de determinada ação.

Superado esse teste, prossegue-se para o teste específico de admissibilidade da prova pericial nos termos do artigo 702, que prevê que o perito qualificado poderá testemunhar 1) se

---

<sup>386</sup> PARK, Roger; LEONARD, David P.; GOLDBERG, Steven H. *Evidence law. A student's guide to the law of evidence as applied to American trials*. 2nd. St. Paul, MN: Thomson/West, 2004. P. 11. Na prática o advogado elabora uma pergunta. O advogado que representa a parte contrária impugna a pergunta com referência expressa a regras de exclusão de prova. O juiz vai concordar ou não com a posição do advogado. Nesse curto espaço de tempo que pode durar 20 segundos, foi levantada uma questão de prova, debatida e decidida. Ocasionalmente, os advogados podem pedir permissão para continuar os debates de admissibilidade com o juiz, o que não leva mais do que um ou dois minutos.

<sup>387</sup> Ver artigo 402 das *Federal Rules of Evidence*. Disponível em <[http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule\\_402](http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_402)>. Acesso em 18/5/2013.

ajudar o jurado a entender determinada prova ou para afirmar a existência do fato em questão, 2) se seu testemunho é fundamentado em fatos e dados suficientes, 3) se o testemunho é produto de princípios e métodos confiáveis e 4) se o perito aplicou os princípios e métodos aos fatos do caso de forma confiável.

O conhecimento que irá “auxiliar” o jurado a entender a prova, é qualquer um que provavelmente não seja detido pelo jurado. Isso significa que uma pessoa que tenha habilidade específica está apta a testemunhar sobre essa habilidade, ainda que esta tenha sido adquirida pela experiência e não através de estudo tradicional formal.

O conhecimento ou habilidade especial para fins de admissibilidade é considerado sob a perspectiva do jurado. Quando um perito detém conhecimento que o jurado provavelmente não possui para entender o fato, ele será admitido ainda que algum outro jurado em lugar diverso possa deter aquele conhecimento.

Se a qualidade de um fertilizante à base de nitrogênio é relevante para um caso em Nova Iorque, por exemplo, um fazendeiro do Iowa poderia se qualificar como perito, se tivesse adquirido experiência no assunto ao longo dos anos, ainda que não o tivesse estudado formalmente. Se o julgamento ocorresse numa comunidade do Iowa, provavelmente, não seria admitido esse tipo de prova, porque o conhecimento comum esperado dos jurados naquela localidade, abrangeria o assunto discutido<sup>388</sup>.

Durante o processo de qualificação do perito, o juiz vai conhecer suas qualidades. Ao advogado da parte contrária cabe apresentar informações que desqualifiquem o perito e, após, o juiz decidirá se as qualidades do candidato provavelmente o fazem mais perito do que não perito<sup>389</sup>.

O juiz tem de estar convencido de que o perito está prestando seu testemunho com base em conhecimento adquirido por meio confiável e que o aplica apropriadamente ao caso em questão, caso contrário, compete ao juiz atuar como guardião da justiça e impedir que aquela prova seja apresentada aos jurados.

A forma mais adequada de testar se o conhecimento científico é confiável ou não é verificar se ele é resultado de estudos científicos controlados. No entanto, existem situações em que o conhecimento do perito não se enquadrará no conhecimento científico, permanecendo no ramo da técnica e da especialização.

---

<sup>388</sup> ALLEN, Ronald J.; KUHNS, Richard B.; SWIFT, Eleanor; SCHWARTZ, David S. *Evidence, Text, Problems and Cases*. 4<sup>th</sup>. New York, NY: Aspen Publishers, 2006. P. 629

<sup>389</sup> PARK, Roger; LEONARD, David P.; GOLDBERG, Steven H. *Evidence law. A student's guide to the law of evidence as applied to American trials*. 2nd. St. Paul, MN: Thomson/West, 2004. P. 12.

Como visto, de acordo com a Suprema Corte Americana no caso *Kumho*, após ser questionada, os mesmos requisitos de controle da prova pericial científica são adequados para a prova técnica ou especializada. Quando estiverem em jogo os conhecimentos técnicos ou especializados, o controle de admissibilidade pelos juízes e tribunais *a quo* deve seguir método análogo aquele empregado no controle de conhecimentos científicos.

Esse novo critério acabou por impedir a apresentação de prova pericial, que antes passava no exame de admissibilidade feito de acordo com o artigo 702 das FRE, antes da reforma de 2000. Como reação, os advogados criativos começaram a introduzir formalmente o testemunho especializado no processo, como testemunho de leigo, seguindo o requisito específico para esse tipo de testemunho, como permitido pelo artigo 701 das FRE<sup>390</sup>.

Essa prática burlava a recomendação da Suprema Corte, e, portanto, sofreu repressão com a emenda do artigo 701 em 2000, que visou eliminar o risco de supressão de cumprimento do critério da confiabilidade exigido no artigo 702<sup>391</sup>. Roger Park e allii criticam a existência do artigo 701, já que o controle de admissibilidade do testemunho leigo, poderia ser feito com base nos artigos 402 e 403 das FRE, que excluem a apresentação de prova que não seja capaz de assistir os jurados na descoberta dos fatos, mas reconhecem que a falta do artigo 701 na codificação de direito probatório seria ambígua.

Os exames de admissibilidade tradicionais da *common law* nada mais constituem do que uma técnica de fiscalização qualitativa do processo, uma vez que preventivamente visam manter a confiabilidade dos dados ou material apresentados como prova. Esses exames estão distribuídos pelas FRE. Segundo a sua regra 602<sup>392</sup> uma testemunha não poderá depor sobre um assunto, a não ser que apresente provas o suficiente que demonstrem que ela tem conhecimento pessoal sobre o assunto de que vai falar. A regra 701 proíbe o testemunho meramente especulativo de eventos dos quais a testemunha não tenha conhecimento pessoal.

<sup>390</sup> ALLEN, Ronald J.; KUHNS, Richard B.; SWIFT, Eleanor; SCHWARTZ, David S. *Evidence, Text, Problems and Cases*. 4<sup>th</sup>. New York, NY: Aspen Publishers, 2006. P. 617

<sup>391</sup> Committee Notes on Rules—2000 Amendment. Rule 701 has been amended to eliminate the risk that the reliability requirements set forth in Rule 702 will be evaded through the simple expedient of proffering an expert in lay witness clothing. Under the amendment, a witness' testimony must be scrutinized under the rules regulating expert opinion to the extent that the witness is providing testimony based on scientific, technical, or other specialized knowledge within the scope of Rule 702. *See generally Asplundh Mfg. Div. v. Benton Harbor Eng'g*, 57 F.3d 1190 (3d Cir. 1995). By channeling testimony that is actually expert testimony to Rule 702, the amendment also ensures that a party will not evade the expert witness disclosure requirements set forth in Fed.R.Civ.P. 26 and Fed.R.Crim.P. 16 by simply calling an expert witness in the guise of a layperson. [http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule\\_701](http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_701).

<sup>392</sup> Rule 602. "Lack of Personal Knowledge. A Witness may not testify to a matter unless evidence is introduced sufficient to support a finding that the witness has personal knowledge of the matter. Evidence to prove personal knowledge may, but need not, consist of witness' own testimony. This rule is subject to the provisions of the rule 703, relating to opinion testimony by expert witness".

Antes mesmo do julgamento *Daubert*, as cortes americanas contavam com uma gama de critérios que orientavam a admissibilidade das provas periciais<sup>393</sup>, além da aplicação do teste da aceitação geral, em que se verificava:

(1) Se o perito se propunha a testemunhar sobre assunto que naturalmente e diretamente emergiria das suas pesquisas, independentemente, da existência da ação judicial, ou se sua opinião se formou expressamente para fins de depoimento em julgamento.

(2) Se o perito se baseou em uma premissa aceita, mas, injustificadamente, extrapolou a premissa para dar lugar à uma conclusão não fundamentada.

(3) Se o perito adequadamente demonstrou a existência de outras opiniões alternativas óbvias.

(4) Se o perito foi tão zeloso como seria no seu dia a dia sem a influência de pagamento para atuar na ação.

(5) Se o ramo de atuação do perito foi reconhecido por produzir resultados confiáveis para o tipo de opinião que ele vai emitir.

Qualquer método preventivo de erros apresenta vantagens, mas no sistema probatório encontra suas críticas, por eventualmente limitar a ampla defesa. O teste de admissibilidade, com potencial exclusivo de provas, é, sem dúvida, uma espécie de instrumento que limita a produção ou juntada da prova aos autos. Ele, no entanto, é necessário na medida certa para evitar abusos processuais e por contribuir para um processo de qualidade.

Essas regras foram muito criticadas por Bentham, que entendia que a exclusão de provas era uma falsa garantia contra erros. Ele argumentava, em tom irônico, que realmente não havia como errar se a prova não existisse nos autos e que a proibição de defesa também provocava o erro da injustiça. Para ele a prova, ainda que eivada de vício deveria ser produzida, para que se provasse que a prova era ruim<sup>394</sup>. O seu método de controle de erros era a punição e exposição daquele que deu causa ao erro à vergonha<sup>395</sup>.

Não obstante as duras críticas às regras de exclusão, Bentham também não apoiava sistemas que contassem com regras inflexíveis como já visto no item 5.1. Ele era coerente

---

<sup>393</sup> COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY, NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*. Aug. 2009. Não publicado. Disponível em <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf>>. Acesso em 28/08/2012.

<sup>394</sup> BENTHAM, Jeremy. *The works of Jeremy Bentham*. Vol. VI. William Tait, Edinburgh; Simpkin, Marshall & Co., London. Adamant Media Corporation. P. 29/30

<sup>395</sup> BENTHAM, Jeremy. *The works of Jeremy Bentham*. Vol. VI. William Tait, Edinburgh; Simpkin, Marshall & Co., London. Adamant Media Corporation, 2005. P. 21 e ss. TWINING, William. *Theories of evidence*. Bentham and Wigmore. Stanford, Calif: Stanford University Press, 1985. P. 30.

com esse raciocínio, quando admitia que em algumas situações existiam causas apropriadas de exclusão, quando a prova fosse irrelevante, supérflua ou quando sua produção causasse custos, litigiosidade e demandasse tempo excessivos<sup>396</sup> no processo.

Há de se levar em conta que Bentham tinha verdadeira aversão a juízes e advogados. No seu tempo, a lei era basicamente feita pelos juízes em cada caso, não havia uma consistência no sistema legal, que previa uma série de exceções, distinções e technicalidades criadas *ad hoc* em resposta a determinadas situações em contextos diferentes<sup>397</sup>.

Embora Bentham tenha sido criticado pela doutrina da época, seus estudos inspiraram várias reformas e tudo indica que os filtros de admissibilidade tenham sido reduzidos, mesmo porque as chances de indução de jurados a erro acabam quando o tribunal do júri deixa de existir.

Entretanto, quando se trata de prova pericial, sob o ponto de vista lógico e como demonstram todos os estudos no tema, o juiz assume essa posição de leigo, suscetível de cometer erros que um jurado cometeria e não tem condições de avaliar a confiabilidade da prova, a não ser que conduza um exame objetivo para esse fim previamente à produção da prova, ou no momento da valoração, nos casos em que a prova houver sido produzida.

O esquema livre de Bentham funciona se os julgadores forem bem preparados para valorar a prova e se exercerem o poder de aplicar sanções a quem deu causa ao erro, o que provavelmente não se adequaria num contexto brasileiro, porque a cultura brasileira não teme sanções e também é tolerante perante erros. Por isso, a pesquisadora está convencida de que a aplicação de critérios de admissibilidade da prova pericial é lógica e conveniente para redução de erros na sua valoração.

Pode haver críticas de que essa seja uma proposta que limite o exercício da ampla defesa, mas a história provou, e hoje temos mais dados do que Bentham, que a liberdade provoca abusos, que permanecem impunes no caso brasileiro. Entre impunidade e imposição de limites, melhor esta, porque evita aquela.

Os limites probatórios não são impostos arbitrariamente, mas decorrem do resultado de regras de experiência, de valores culturais, históricos, e da necessidade de se adotar instrumentos que garantam a efetividade do processo como método de solução de

---

<sup>396</sup> BENTHAM, Jeremy. *The works of Jeremy Bentham*. Vol. VI. William Tait, Edinburgh; Simpkin, Marshall & Co., London. Adamant Media Corporation, 2005 P. 89 e ss. TWINING, William. *Theories of evidence*. Bentham and Wigmore. Stanford, Calif: Stanford University Press, 1985. P. 27 e ss

<sup>397</sup> TWINING, William. *Theories of evidence*. Bentham and Wigmore. Stanford, Calif: Stanford University Press, 1985.P. 2

controvérsia que é<sup>398</sup>. Eles fazem parte das regras processuais que existem para assegurar o bom desenvolvimento do procedimento e o real equilíbrio entre os sujeitos parciais dessa relação jurídica<sup>399</sup>. Além disso, existem os limites extrínsecos ao processo que são determinados por fatores econômicos e naturais.

Nada adiantaria permitir uma extensa instrução probatória, ou uma fase sem limites, se isso admitisse a produção de provas que não contassem com o mínimo de confiabilidade, ou credibilidade, que violasse direitos fundamentais, a segurança jurídica, que permitissem a eternização da discussão e da demanda, contrariando a duração razoável do processo<sup>400</sup>.

A própria vida em sociedade impõe limitações à liberdade de expressão, e até mesmo à propositura de ação judicial. Nota-se que embora o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, inciso XXXV preveja que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, existem pressupostos mínimos para a propositura de ação. Talvez por esse ângulo fique mais fácil de aceitar possíveis limitações probatórias que visam manter a ordem no processo e minimizar o erro judicial.

A pesquisadora observou, a partir de experiência adquirida em estudo prévio na área da propriedade industrial, que o sistema de “testes” da *common law*, visa reduzir chances de decisões arbitrárias. Eles atuam não como limitadores, mas delimitadores da atuação das partes de acordo com padrões que a classe interessada estabeleça como apropriados. Exemplo comum na área da propriedade industrial são os testes para aferição do *status* de uma marca<sup>401</sup>, o que pode ser necessário para o gozo de direitos especiais, como ocorre com a marca famosa, ou, no nosso ordenamento, o que ocorre com a marca de alto renome<sup>402</sup>. Os

<sup>398</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 19

<sup>399</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 18

<sup>400</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2ª ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 126: “As regras do procedimento legal a respeito da proposição, admissão e produção de provas, assim como sobre a sua avaliação, definem o método jurídico de apuração da verdade no processo, com a dupla finalidade de assegurar que essa apuração seja efetiva e de disciplinar a sua condução pelo juiz, evitando assim decisões subjetivas e arbitrárias”.

<sup>401</sup> Ver MENEZES, Paula Bezerra de. *A proteção legal às marcas de alto renome e notoriamente conhecidas no ordenamento jurídico brasileiro e alguns aspectos sobre diluição de marcas*. 2006. P. 71. Monografia apresentada para conclusão da pós-graduação *lato sensu* em Propriedade Industrial. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. UERJ. Rio de Janeiro.

<sup>402</sup> O artigo 125 da Lei da Propriedade Industrial (9.279/96) confere proteção especial à marca registrada no Brasil considerada de alto renome, que refletirá efeitos em todos os ramos de atividade. Uma verdadeira exceção ao princípio da especialidade. Após anos em vigor sem regulamentação o Instituto Nacional da Propriedade aplica atualmente, com base no art. 4º. da Resolução 121/2005, uma espécie de teste que orienta o exame com base na apresentação de dados pelo requerente, especificados em uma lista não exaustiva.

testes estabelecem requisitos mínimos que devem ser cumpridos em troca de algum benefício, que pode ser a confiabilidade da prova, a conquista de um *status* etc.

Os testes de admissibilidade da prova não deixam de constituir um padrão legítimo criado pelo direito para se garantir um mínimo de qualidade no processo.

*Standards* e Protocolos de boa conduta servem para revestir de profissionalismo a prestação de um serviço e permitem às organizações criar sistemas de qualidade, de regras, de processos e a manter sua autonomia contra interesse pessoal de certos grupos. *Standards* asseguram características almejadas nos serviços e técnicas, como a qualidade, confiança, eficiência e consistência entre aqueles que executam os serviços ou técnicas. Tipicamente os *standards* são essenciais para sistemas de certificação, em que examinadores e auditores independentes testam e auditam a performance, as regras, e processos, por exemplo, de laboratórios e de prestadores de serviço. Além disso, requisitos para controle de qualidade podem ser impostos para que seja possível medir e verificar performances<sup>403</sup>.

A Inglaterra estabeleceu um protocolo para a atuação de peritos bastante razoável. Essas diretrizes instrutivas são eficientes, porque orientam a prestação de um serviço de forma padronizada e preparam a expectativa das partes. Os peritos de um lado passam a saber o que se espera deles, os advogados o que cobrar deles e as cortes passam a respeitar os trabalhos feitos de acordo com o padrão exigido<sup>404</sup>.

A instituição de listas de peritos, como na França ou Itália, aparentemente, visam uma espécie de seleção desses profissionais e a montagem de um esquema padrão de escolhas. Quando a França proíbe a manifestação do perito sobre questão de direito, ou limita a admissibilidade da prova pericial a casos realmente complexos, ela também visa uma garantia de um padrão aceitável de qualidade.

No entanto, a verificação da eficiência dessas medidas “preventivas” do erro dependem de um levantamento de dados de que não se tem ciência até a presente data.

---

<sup>403</sup> COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY, NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*. Aug. 2009. Não publicado. Disponível em <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf>>. Acesso em 28/08/2012.

<sup>404</sup> REINO UNIDO. *Civil Justice Council. Protocol for the Instruction of Experts to give Evidence in Civil Claims*. June 2005. Amended 2009. Disponível em <[http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/contents/form\\_section\\_images/practice\\_directions/pd35\\_pdf\\_eps/pd35\\_prot.pdf](http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/contents/form_section_images/practice_directions/pd35_pdf_eps/pd35_prot.pdf)>. Acesso em 28/08/2012.



### 6.2.2 Processos que mesclam mais as armas do sistema adversarial e inquisitório

Outros métodos de controle da prova pericial começam a aparecer nos litígios internacionais, cuja natureza adversarial decorreu da influência da *common law*. Já se sabe que apenas o contraditório não é suficiente para o controle de teses opostas e que é necessário investir os julgadores de poderes investigativos<sup>405</sup>.

Assim, sistemas mais equilibrados e propícios ao acerto de decisões seriam aqueles que conseguissem conciliar na medida certa o exercício do contraditório e o poder do julgador de gestão do processo.

Segundo Devis Echandía, na busca da verdade é indispensável conceder ao juiz poderes inquisitórios para a produção de provas que considere úteis à formação de sua convicção e garantir a sua liberdade para valorar as provas produzidas. A concessão de poderes tão amplos não é de graça e pressupõe a formação de um juiz mais preparado intelectualmente, a sua honestidade, a obrigação de motivar a sentença com fundamentação adequada e o bom desempenho dos tribunais superiores, como órgãos que revisam o acerto das decisões dos juízes *a quo*<sup>406</sup>.

Nas disputas na OMC os painelistas têm dedicado o seu tempo à elaboração de perguntas detalhadas para os *experts* e requerido que eles evitem respostas sobre questão de direito, mas mesmo assim as pesquisas mostram que devido à complexidade dos assuntos que envolvem questões científicas ou técnicas, as informações fornecidas pelos peritos se aproximam muito de respostas a questões legais<sup>407</sup>.

O método de controle seria trabalhar pela transparência nas opiniões e no processo e garantir a fundamentação da opinião, mas é inevitável uma tensão no sistema racionalista de separação dos fatos e do direito.

O processo de *cross-examination* é valioso para testar a força dos diversos argumentos. Processos alternativos que incentivem os debates entre peritos das partes e o perito do juízo, ou que contem com a participação de consultores, na figura de *Amicus Curiae*, também têm ganho notoriedade<sup>408</sup>.

---

<sup>405</sup> FOSTER, Caroline E. *Science and the precautionary principle in international courts and tribunals: Expert evidence, burden of proof and finality*. New York: Cambridge University Press, 2011. P. 22 e 28

<sup>406</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 5a. ed. Bogotá: Temis. Tomo I, 2006. P. 275.

<sup>407</sup> FOSTER, Caroline E. *Science and the precautionary principle in international courts and tribunals: Expert evidence, burden of proof and finality*. New York: Cambridge University Press, 2011. P. 78

<sup>408</sup> FOSTER, Caroline E. *Science and the precautionary principle in international courts and tribunals: Expert evidence, burden of proof and finality*. New York: Cambridge University Press, 2011. P. 79

Vários estudiosos têm proposto mudanças nas regras e nos procedimentos referentes ao direito probatório em nível nacional para lidar com as dificuldades enfrentadas em disputas científicas.

Na *common law* os estudiosos, bem como advogados, têm sugerido um processo mais investigativo do que adversarial. Embora este apresente vantagens como a revelação de inconsistência na prova científica, pode não ser suficiente para uma boa decisão.

A diferença cultural da *common law* para *civil law* provavelmente inibe o tipo de processo investigativo na *common law*, embora já se observe que o juiz ganhou um papel mais ativo na condução do processo, incluindo a possibilidade de utilização de peritos e assessores que o auxiliem.

Aparentemente até nos Estados Unidos os juízes têm se utilizado dos mecanismos de investigação como a indicação de *experts* independentes, uso de painéis com representantes que atuam como amigos da corte etc.

Taruffo<sup>409</sup> reconhece que nos Estados Unidos existe a possibilidade de o tribunal nomear peritos de ofício, designar perito indicado pelas partes ou selecioná-lo de maneira autônoma, mas aponta que quase nunca se aplica essa faculdade.

Nas cortes internacionais as mudanças ocorrem mais rapidamente, porque geralmente os agentes envolvidos, incluindo painelistas, árbitros e advogados, não são tão apegados às tradições culturais. São eles que acabam abrindo as portas para o teste de novos procedimentos.

Em tribunais internacionais também se explora a possibilidade de tribunais especializados em que os peritos integram o painel como membros, mas a preocupação é com a concentração de poder. A seleção de tribunal composto só por *experts* ou por *experts* e membros comuns é rara. Há possibilidade de indicação de assessores, sem direito a voto, que podem trabalhar com peritos, ou de peritos neutros que usem seu conhecimento pessoal.

---

<sup>409</sup>TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008. Ps. 91 e 113.

### 6.2.3 Fundamentação mais inclusiva dos pontos debatidos pelas partes no exercício do contraditório

As partes desempenham um papel fundamental na produção de provas em todos os sistemas probatórios modernos. Esse é um aspecto essencial da garantia do devido processo legal na jurisdição civil.

O direito pátrio tem como regra o princípio da iniciativa das partes. Estas provarão os fatos em que o direito se baseia e o juiz está adstrito aos fatos alegados.

Além do papel de destaque das partes, o magistrado também deixou de ser mero expectador dos atos processuais das partes, para ativamente dirigir e conduzir o processo. Essa ideia de interação dos sujeitos no processo integra o princípio da cooperação, em que cada um exerce seu papel lealmente e de forma equilibrada almejando a justa solução da lide.

Moacyr Amaral Santos lembra que o princípio dispositivo, no direito brasileiro, é absoluto no que diz respeito à afirmação dos fatos em que se funda o pedido, mas não à prova dos fatos. Embora a prova dos fatos caiba à parte que os alegou, o juiz pode de ofício solicitar a produção daquelas necessárias para a formação da sua convicção<sup>410</sup>.

Outra questão importante é que embora o juiz esteja adstrito aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ele não está sujeito a conferir-lhes qualificações jurídicas que lhes atribuam as partes.

Nas palavras ainda de Amaral Santos, o princípio dispositivo diz respeito à afirmação proposta e prova dos fatos, não à determinação das normas jurídicas aplicáveis e à sua interpretação, que são funções específicas do juiz. Às partes cabe alegar e fornecer a prova dos fatos, ao juiz aplicar o direito: *da mihi factum, dabo tibi ius*. E, ao aplicar o direito que emerge dos fatos, independe o juiz das partes: *iura novit curia*.

O problema é que a sociedade hoje é muito complexa. O grande número de pessoas que a integram é responsável por gerar uma imensidão de conflitos, que abrangem diversos ramos do direito, cível, penal, tributário, empresarial, marítimo, ambiental etc. Ao se implementar uma política de amplo acesso à justiça, os magistrados, logicamente terão de lidar com os mais diversos conflitos, a que são aplicáveis uma quantidade bem diversificada de leis, instituídas por motivos específicos.

A rapidez com que a população almeja o provimento jurisdicional e o ainda escasso contingente de magistrados, infelizmente, tira destes o tempo para análise de questões que são

---

<sup>410</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 27ª. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 107

menos comuns no dia a dia, o que certamente compromete a qualidade das decisões. Isso se agrava quando se sabe que algumas matérias em direito não são obrigatórias nas faculdades de direito e possivelmente seu conhecimento não é exigido com rigor nas provas de seleção para a magistratura<sup>411</sup>. Não é possível nesse estágio afirmar com base em dados estatísticos, mas é intuitivo crer que os magistrados possivelmente tenham resistência em lidar com questões com as quais não estejam familiarizados no dia a dia.

Nesses casos, embora trabalhoso, é fundamental que as partes discorram sobre a mens legis, citem doutrina e a operacionalização do direito. Isso tudo dará base e fontes formais e legítimas para o juiz atingir a sua convicção e motivá-la de forma correta.

Por outro lado, espera-se dos juízes, que, não estando acostumados a determinados conflitos, por exemplo, aqueles que envolvam questões de propriedade industrial, em especial em matéria de imitação de marcas, concorrência parasitária e desleal; investiguem fonte formal do direito sem preconceito em face de uma ou de outra parte.

As partes devem influir na convicção do juízo, mas de forma leal e racional, não apelar por argumentos passionais, que, como visto, atrasam o desenvolvimento do direito.

A sentença ideal deve incluir as razões que influíram a convicção do juiz e, havendo longos debates sobre a prova pericial eventualmente produzida, deve o juiz responder a todos os questionamentos das partes, para fins de controle da decisão.

#### 6.2.4 Outros mecanismos de controle

Carla Castro, no seu entendimento, acredita que o cenário poderia mudar se o juiz possuísse um mínimo conhecimento científico, que lhe desse condições de ponderar e avaliar os resultados da prova pericial, porque não se pode aceitar que a perícia continue a decidir a causa, fazendo-se do perito um juiz.

---

<sup>411</sup> Ver CARVALHO, Marcelo Campos de, Fabris, Roner Guerra. *A prova pericial nas ações de contrafação de marca*. In: Rocha, Fabiano de Bem da (Coord.); Capítulos de processo civil na propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 197: “A prática cotidiana da advocacia voltada à propriedade industrial, em razão do relativamente reduzido número de processos que tramitam sobre este tema, evidencia, salvo exceções, que a matéria não é amplamente dominada por representativo número de magistrados. Em razão da matéria não integrar o rol de disciplinas obrigatórias nos cursos de graduação em direito, muitos estudantes concluem o curso sem jamais terem qualquer tipo de contato com a propriedade industrial. E são esses mesmos bacharéis que posteriormente tornar-se-ão juízes”.

Talvez essa seja uma solução ideal, mas não é fácil, devido à limitação de recursos públicos e da falta de disponibilidade de tempo dos juízes frente à grande demanda de ações judiciais.

A autora aventou a hipótese também de um credenciamento de peritos e laboratórios, mediante comprovação de conhecimento e técnica necessários à realização do exame, que visaria à implantação de um sistema de fiscalização. Além disso, indicou que o *Amicus Curiae*, usado em outros países como Argentina, poderia servir de fonte secundária de consulta para o esclarecimento de técnicas e conclusões extraídas dos laudos, o que retiraria a concentração da decisão no laudo.

A solução de se recorrer ao *Amicus Curiae* tem sido adotada na Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>412</sup> e no direito anglo saxão. A corte de Paris incorporou a figura do *Amicus Curiae* como inovação na colheita de informações e elementos para convicção, o que não é considerado um meio de prova, mas simples técnica de colheita de informação à disposição do juiz. O amigo da corte não assume característica nem de testemunha nem de perito, por isso, não há regras que regulamentem a figura, mas as partes podem chamar um assistente suplementar para fins de esclarecimento à corte como garantia do contraditório.

Como se vê, diversas são as possibilidades de controles preventivos e corretivos de erros que possam ser provocados pela prova pericial.

### 6.3 É possível o controle da prova pericial de *lege lata* no Brasil?

A prova pericial, no sistema da livre valoração, em tese, deve valer tanto quanto as outras provas produzidas e será apreciada de acordo seu teor e com o conjunto probatório.

No Brasil, o controle da prova pericial é feito majoritariamente pelo juiz quando de sua valoração, na fundamentação da sentença, seguindo o princípio da livre convicção motivada (art. 131 do CPC).

Como bem lembra Diogo Rezende de Almeida, ao juiz cabe apreciar o material probatório e na sentença indicar os motivos que lhe formaram o convencimento<sup>413</sup>. Essa

---

<sup>412</sup> GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure civile: Droit interne et droit de l'Union européenne*. 31<sup>o</sup> ed. Paris: Dalloz, 2012. P. 443, 444

<sup>413</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. P. 68

indicação, visando legitimar a decisão, consiste, entre outros, em externar qualquer impugnação das partes ou dos assistentes técnicos, no todo, ou em parte do laudo, e justificar o porquê do acolhimento ou não das impugnações.

Caso a sentença não inclua essas ponderações de ordem analítica, ela não passará de mera produção burocrática.

O excesso de processos e atendimentos de metas institucionalizadas pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>414</sup>, baseada em critérios quantitativos, também contribui para a adoção de recebimento burocrático da prova pericial, reduzindo o diálogo do juiz com perito, assistentes e partes.

A partir do momento em que é preciso cumprir metas quantitativas, é mais rápido aceitar o laudo pericial sem questionamentos do ponto de vista do juízo, o que põe em risco a legitimidade da decisão.

Para fins de valoração racional da prova, exigem-se juízes mais rigorosos. A qualidade dessa valoração melhoraria se a legislação previsse critérios de controle de verificação da cientificidade da perícia, da confiabilidade de seu resultado e da capacidade técnica do perito, como sugerido por Diogo Rezende de Almeida<sup>415</sup>, cujas sugestões foram quase que amplamente aceitas e incluídas na proposta de novo código de processo civil<sup>416</sup>. Um grande passo que será dado para o aperfeiçoamento do instituto no nosso sistema.

---

<sup>414</sup> COMISSÃO NACIONAL DE METAS. A Comissão Nacional de Metas foi criada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para definir e acompanhar as metas de desempenho do Poder Judiciário. Instituída pela Portaria 44, de 27 de maio de 2011, a Comissão tem a missão de melhorar a interlocução com os tribunais e auxiliar a aprovação, o acompanhamento e a avaliação dos objetivos estipulados por gestores dos tribunais superiores e dos tribunais que integram as cinco subcomissões do projeto. As metas nacionais fixadas para 2011 contam com a participação dos presidentes dos 91 tribunais do país. São quatro aplicáveis a todos os tribunais, e cinco divididas entre os diversos segmentos de justiça. Já as metas não atingidas nos anos anteriores continuam em acompanhamento, e quatro delas fazem parte da campanha Compromissos da Justiça com você em 2011: - Julgar mais processos do que a quantidade que entrou na Justiça este ano; - Julgar o estoque de processos propostos até 31 de dezembro de 2006 e, quanto aos processos trabalhistas, eleitorais, militares e de competência do tribunal do júri até 31 de dezembro de 2007; - Após as sessões de julgamento, publicar os acórdãos em até dez dias; - Publicar mensalmente a produtividade dos magistrados no portal do tribunal. As subcomissões recebem consultas, críticas e proposições relativas ao programa de metas nacionais, além do resultado da sua análise e de suas proposições. Posteriormente, repassam essas informações ao CNJ. Integram as subcomissões nacionais: a Justiça Estadual (composta pelos tribunais de Justiça dos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Distrito Federal e Territórios, Santa Catarina e Sergipe), a Justiça Federal (com seus cinco tribunais regionais), a Justiça do Trabalho (com os tribunais do Trabalho da 8ª, 13ª, 14ª, 16ª e da 23ª Região), a Justiça Eleitoral (com os tribunais regionais do Amazonas, Mato Grosso do Sul, Sergipe, Pernambuco e Minas Gerais), e a Justiça Militar (com os tribunais militares de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo). <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/comissao-nacional-de-metas>. Acesso em 23/09/2012.

<sup>415</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. P. 125

<sup>416</sup> Perícia - foram feitas inúmeras melhorias nas regras sobre a perícia, tanto no que diz respeito à escolha do perito, como também na apresentação do laudo pericial, cujos requisitos de validade passam a constar expressamente do projeto. <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/ParecerRelatorGeralautenticadoem18091222h47.pdf> Acesso em 22/09/2012

No entanto, é possível o controle da prova pericial pelas partes de acordo com as armas fornecidas pelo Código de Processo Civil, em especial nos arts. 145 e ss e 420 e ss tanto na fase de proposição, como de produção e valoração. As próprias partes podem e devem formular quesitos análogos aos critérios do *Daubert*, por exemplo, porque são critérios lógicos, que independem da lei para serem respondidos.

As partes devem aproveitar a oportunidade no processo para impugnar o laudo pericial, requerer nova perícia, se for o caso, e para requerer esclarecimentos em audiência, o que serve também como guia de questões sobre as quais o juiz precisará se manifestar em sentença.

Segundo Vicente Greco Filho<sup>417</sup> ao autorizar a produção da prova pericial o juiz não abdica, nem delega o seu poder de decidir, e por isso pode criticar, comentar e apreciar o laudo pericial, considerando-o ou não de acordo com seu livre conhecimento amparado em regras da razão, lógica e técnica.

Moacyr Amaral Santos<sup>418</sup> adverte que mesmo o juízo não estando adstrito ao laudo pericial, como ele se socorre do conhecimento especial, se for o caso de desconsideração de laudo pericial o magistrado não pode fazê-lo de forma arbitrária, mas fundamentadamente.

Devis Echandía<sup>419</sup> noticia que na Colômbia, em matérias cíveis, embora o Código anterior consagrasse a prova pericial como prova plena, a jurisprudência e doutrina sempre foram no sentido de que o juiz tem faculdade de valorar o conteúdo do laudo e de afastar as conclusões que não se encontrem devidamente fundamentadas, claras, precisas e convincentes. A mesma liberdade se encontra no direito penal, do trabalho, contencioso administrativo e no Código de Processo Civil.

Para esse autor, o valor probatório da perícia ainda depende diretamente da explicação ou fundamentação que justifique como o perito alcançou suas conclusões. Seria irracional adotar como prova plena um laudo carecedor de razões técnicas ou científicas, ou contrário à

---

<sup>417</sup> GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. 15ª. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 223

<sup>418</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial. Exames periciais e presunções*. V. 2ª. ed. correta e atualizada. São Paulo: Max Limonad, 1955. P. 54. O autor não concorda com a máxima o juiz como perito dos peritos “Vai daí não ser apropriada a velha regra que configurava o magistrado como o perito dos peritos”.

<sup>419</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 5a. ed. Bogotá: Temis. Tomo I, 2006. P. 83 P. 297: “fuerza o valor probatorio es la aptitude que tiene un hecho (solo o en concurrencia con otros) para demostrar judicialmente otro hecho o para que el mismo hecho quede demostrado. Si un medio aducido por las partes o el hecho que constituye carece totalmente de tal aptitude, no tiene fuerza o valor probatorio alguno; si por sí solo demuestra el hecho investigado, tendrá un valor o una fuerza probatoria plena o complete; si apenas sirve para llevar al juez ese convencimiento, en concurso o colaboración con otros medios, su valor o fuerza probatoria será incompleto, considerado aisladamente, pero lo tiene de todas maneras”.

lógica ou regras gerais de experiência, o que acabaria por automatizar as decisões judiciais e chancelar a atuação dos peritos como juízes.

O sistema de colaboração das partes e a fiscalização constante do processo pelas partes interessadas pode viabilizar *de lege lata* o controle efetivo desse tipo de prova, visando a redução de erros.



## CONCLUSÃO

A prova é elemento utilizado no dia a dia para a tomada de decisões. Em nível individual é possível admitir que as pessoas produzam inferências erradas a partir da observação de certos fatos e que optem por decisões das quais se arrependam no futuro, ou não, que não necessariamente produzirão consequências jurídicas.

Quando se trata de tomadas de decisões que de alguma maneira afetem relações jurídicas e, principalmente, de decisões tomadas pelo Estado, impõe-se a sua fundamentação, baseada em construção racional e amparada na prova dos fatos relevantes em discussão.

O nível de consciência que os seres humanos atingiram não admite mais decisões arbitrárias, sem justificativas, ou o deslocamento do poder para fontes divinas ou místicas. Exige-se a explicação das decisões que afetam terceiros.

O instituto da prova pericial tem se adaptado à realidade do seu tempo e, na medida em que há a democratização do conhecimento e a conscientização de direitos, é natural que surjam questionamentos sobre ela e que ela passe por um processo análogo ao científico, ou seja, por processos de testes e de falseabilidade.

Ao serem detectados problemas que decorrem da prova pericial por falha na legislação, haverá necessidade de reforma. Se a prova começa a ser usada de forma abusiva, o legislador certamente criará ferramentas para controlar o seu uso, como feito nos Estados Unidos e Inglaterra.

Particularmente, já se notou no direito pátrio, que faltam critérios objetivos mais rígidos para o controle da prova pericial. Já se sugeriu a adequação da legislação, que foi aceita e está pendente de incorporação ao ordenamento jurídico.

Em se tratando de decisão judicial, a fundamentação, que demonstrará o raciocínio lógico encadeado de ideias baseado nos fatos provados, deve garantir uma decisão legítima tomada pessoalmente pelo julgador. Esse conjunto deve ser igualmente apto a ser testado e controlado.

Quando se trata de prova pericial, levando-se em consideração os estudos desenvolvidos pela melhor doutrina especializada em direito probatório, tanto nacional, quanto internacional, é possível verificar que o perito ainda é figura que reflete esse poder quase místico, capaz de orientar a decisão do julgador.

Ora, se em uma democracia que assegura o estado de direito, o juiz, que exerce o máximo poder como representante do Estado na solução da controvérsia, deve às partes fundamentação de todas as decisões que profere, exige-se o mesmo do perito.

O perito, figura estranha à relação processual, no sistema brasileiro, nela adentra sem que sua capacidade técnica seja rigorosamente comprovada e testada previamente à produção da prova, o que é incompatível com a importância do trabalho que desenvolve.

Como o perito é pessoa da confiança do juízo, pode haver uma certa acomodação por parte do juízo da demonstração às partes de que aquele nomeado é suficientemente capacitado. Por outro lado, as partes podem temer desafiar a indicação do juízo, sob pena de futuras represálias não só dele como do próprio perito, que pode traduzir sua antipatia no resultado do laudo.

Na *common law*, como a tradição é do perito das partes, o sistema probatório viu a necessidade de tentar aferir a confiabilidade dessa personagem. Se o juízo lá precisa da garantia de que esse auxiliar da justiça atuará em prol do descobrimento da verdade para a realização de justiça, aqui essa confiabilidade é devida às partes. Se as partes não acreditam que a informação fornecida pelo perito é idônea, a pacificação do conflito não será nada além de uma ficção.

No direito pátrio às partes é garantida a ampla defesa e a utilização de meios legais para o controle tanto da relevância da produção da prova pericial, da capacidade técnica do perito, como da valoração do laudo.

Está mais do que comprovado que a prova pericial, que tende a assumir posição importante na resolução de conflitos complexos, é falível. Por isso, é permitido a todos os envolvidos na sua produção certo grau de ceticismo quanto aos seus resultados, prezando pela melhora da reputação desse meio de prova e da retomada de sua credibilidade perante advogados e jurisdicionados.

Reconhece-se que as propostas sugeridas para o novo código de processo civil garantirão um salto qualitativo para o instituto da prova pericial. As listas de peritos elaboradas pelos tribunais, através de uso de recursos tecnológicos, também viabilizarão o melhor conhecimento do perito do juízo civil e a produção de dados úteis para o aperfeiçoamento do controle da prova e do perito no futuro.

Enquanto a reforma da prova pericial não é concretizada propõe-se o seu controle efetivo e desprovido de preconceitos pelas partes, por seus assistentes técnicos, peritos e juízo.

Esse controle já pode ser exercido em diversos momentos. Inicialmente, a boa fixação dos pontos controvertidos e a separação da matéria de fato da de direito, dentro do possível, já

direcionam o futuro do processo. Elas revelarão a relevância e a utilidade da realização da prova pericial e permitirão controlar as atividades do perito.

Uma vez requerida a realização da prova pericial a parte deve indicar o seu motivo, o fato a provar e as qualidades que o profissional deve possuir para a realização do múnus. O juiz deve justificar a sua realização e delimitar as atividades do perito, após o devido contraditório. Ele também deve propor quesitos para que as partes entendam a que resultado almeja chegar.

No ato da nomeação do perito, seus dados profissionais e sua qualificação devem ser imediatamente colocados à disposição das partes para verificação, seja por disponibilização em cartório ou nos próprios autos da ação. Com base nessas informações as partes podem testar a qualificação do perito.

O perito, ao aceitar o encargo, deve provar ter a qualificação necessária, através de juntada de seu currículo atualizado e justificar os honorários estimados, descrevendo os serviços que serão realizados. Deve cuidar para que as partes conheçam data, hora e local em que terão início as diligências para a produção da prova.

Após aferida a capacidade do perito, ele e o juiz devem estar preparados para responder fundamentadamente aos questionamentos das partes, não os levando para o lado pessoal, mas compreendendo que esse é um direito das partes inerente à obtenção de um processo de qualidade.

Para fins de produção da prova pericial as partes podem elaborar quesitos que sigam a orientação do caso *Daubert*, questionando qual método fora aplicado pelo perito, a sua posição na área científica, técnica ou especializada, se o método apresenta margem de erro, se pode ser testado e requerendo que o perito apresente a lista de referências utilizadas.

Cabe ao juízo, na sentença, em caso de impugnação prévia, seja pelas próprias partes, ou por seus assistentes técnicos, explicitar porque deixou ou não de acolher a impugnação ou o porquê de ter levado em consideração as conclusões ou não do perito.

Caso o perito extrapole suas competências, deve o juízo, adverti-lo de acordo. Todas as sentenças decorrentes de processos em que é produzida a prova pericial deveriam fazer constar o nome do perito e dos assistentes técnicos para fins de controle público.

É verdade que a legislação não prevê como cada prova pericial será produzida, o que leva alguns a classificá-la como prova atípica, mas isso não significa que ela não seja controlável, ao contrário, as partes dispõem de várias formas de controle a saber, pela delimitação do objeto da perícia, separação das questões de fato das de direito, por mais

desafiador que isso seja frente aos avanços científicos e à interpenetração de questões científicas na legislação; pela verificação da capacidade técnica do perito; pela forma de quesitação, pela possibilidade de esclarecimento de dúvidas em audiência, por impugnações ordinárias e através dos recursos previstos no Código de Processo Civil.

Além da forma de controle das decisões inerentes ao sistema judiciário, a academia pode, a partir de um olhar investigativo-científico, começar a exercer melhor o controle de qualidade da prova pericial, através de estudos de caso.

Os tribunais por sua vez podem criar protocolos que orientem os peritos a produzir um laudo de qualidade, apresentando uma forma de *check list* das informações relevantes que devem nele constar. Esses protocolos, admitindo-se que as recomendações ali formuladas sejam de ordem lógica a cumprir satisfatoriamente os requisitos já dispostos no Código de Processo Civil, não dependem da criação de lei específica.

Não foi possível verificar nesta pesquisa, na prática, se as partes de fato usam eficientemente das armas disponíveis, e se o judiciário responde qualitativamente aos debates efetuados pelas partes.

Um dos problemas que pode afetar a busca pela melhora da prova pericial como instituto é o estabelecimento de metas quantitativas instituídas pelos Tribunais, que podem seriamente comprometer o tempo de dedicação dos juízes à causa e suprimir o diálogo e debates tão importantes para a legitimidade da decisão.

Verificou-se que a admissão sem critérios da prova pericial, torna o procedimento automatizado e bastante mais suscetível de erros, culminando com a delegação ao perito do poder de julgar, afinal ele é o especialista no objeto da prova.

Viu-se que a análise criteriosa da admissibilidade da prova pericial na *common law* foi uma tentativa de redução dos erros judiciários, que implicou a separação de questões de fato das de direito. A distinção também explicita determinadas circunstâncias em que o fato a provar é percebido diretamente pelo juiz, o que justifica a dispensa à produção da prova pericial.

A valoração da prova pericial deve seguir critérios mais rígidos do que aqueles empregados na valoração da prova direta.

É fundamental o olhar crítico e não um olhar automatizado de todos os envolvidos no processo, sejam juízes, advogados, auxiliares da justiça e partes, que devem contribuir para a descoberta da verdade, adotando conduta leal e ética e cooperativa.

Embora a pesquisa tenha colhido dados jurisprudenciais, entende-se que estes não são suficientes para provar que o controle da prova pericial seja eficiente no Brasil. Já são conhecidas as falhas da prova pericial, mas não sua incidência nos casos brasileiros.

É necessário fazer um levantamento em cada tribunal para verificar se a propositura, bem como a admissibilidade da prova pericial, é qualitativamente fundamentada e quão o resultado a que se chegou é justificado na etapa valorativa.

De qualquer forma, o resultado da pesquisa foi positivo no sentido de evidenciar que o sistema brasileiro conta com ferramentas de controle da prova pericial e certamente contribuirá para o avanço da arte nesse campo, permitindo o uso imediato pelos operadores do direito.

Enfim, o resultado da pesquisa serve de alerta para partes e julgadores e para conscientização de que o laudo do perito, testada a sua real necessidade na fase de admissibilidade, não é infalível e que deve ser examinado sempre em conjunto com todas as provas produzidas nos autos da ação.

## REFERÊNCIAS

ALLEN, Ronald J. et al. *Evidence, Text, Problems and Cases*. 4th. New York, NY: Aspen Publishers, 2006.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil, o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa*. Rosario: Juris, 2006.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: Rev. dos tribunais, 2011.

ALVIM, J.E. Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ANDREWS, Neil. *Relations between the court and the parties in the managerial age*. 2012=*Relações entre a corte e as partes na era do case management*. Tradução de Marcela Kohlbach Faria, Fernanda Pantoja e Paula Bezerra de Menezes. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, n. 217, p. 181-203, mar. 2013. Material disponibilizado pelo professor em sala de aula e traduzido no Brasil.

ANDREWS, Neil. *The three paths of justice: court proceedings, arbitration, and mediation in England*. New York: Springer Dordrecht, 2012. Versão Kindle.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2011.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BEECHER-MONAS, Erica. *Evaluating scientific evidence. An interdisciplinary framework for intellectual due process*. New York: Cambridge University Press, 2007. Versão Kindle.

BENTHAM, Jeremy. *Principles of Judicial Procedure, with the Outlines of a Procedure Code*. London: John Cumming, 1839. V. II.

BENTHAM, Jeremy. *The works of Jeremy Bentham*. London: Adamant Media Corporation, 2005. V. VI.

BOND, Catherine et al. *The expert witness. A practical guide*. 3. ed. Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2007.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília: [s.n.], 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>. Acesso em: 8 jan. 2013.

BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 1850. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm)>. Acesso em: 23 set. 2012.

BRASIL. Lei da Propriedade Industrial 9.279/96. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2011.

BRASIL. Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/ParecerRelatorGeralautenticadoem18091222h47.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2012.

CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. A cura di Mauro Cappelletti. Napoli: Morano Editore, 1970. V. IV.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012. V. I.

CAMERON, James; ABOUCHAR, Juli. The precautionary principle: a fundamental principal of law and policy for the protection of global environment. *Boston College International & Comparative Law Review*, Boston, v.XIV, n. 1. p. 1-27, 1991. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 8 mar. 2013.

CANADÁ. *Masterpiece Inc. v Alavida Lifestyles Inc. 2011 SCC 27, 2011 2S.C.R. 387, Docket 33459, 26/05/2011*. [ S.l: s.n., 20--]. Disponível em: <<http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/7941/1/document.do>>. Acesso em: 7 jul. 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. Reimpressão 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto*. 3. ed. Roma: Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1951.

CARVALHO, Marcelo Campos de; FABRIS, Roner Guerra. *A prova pericial nas ações de contrafação de marca*. In: ROCHA, Fabiano de Bem da (Coord.). *Capítulos de processo civil na propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 197-210.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova Científica: Exame Pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHASE, Oscar G. Reflections on Civil Procedure Reform in the United States : What has been learned? What has been Accomplished? In: TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo (edit.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective: an international conference dedicated to Mauro Cappelletti, Florence, 12-13 December, 2003*. Torino: G. Giappichelli, 2005. p. 163-184.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rev. Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 354p. V. IV.

COMMITTEE ON IDENTIFYING THE NEEDS OF THE FORENSIC SCIENCES COMMUNITY, NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*. Aug. 2009. Não publicado. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Comissão Nacional de Metas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/comissao-nacional-de-metas>>. Acesso em: 23 set. 2012.

CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DO RIO DE JANEIRO (CRA-RJ). Disponível em: <<http://www.cra-rj.adm.br/>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (CRC-RJ). Disponível em: <<http://webserver.crcrj.org.br/spw/fichacadastral/crc/>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO RIO DE JANEIRO (CREA-RJ) Disponível em: <<http://www.crea-rj.org.br/documentos-e-formularios/registro-de-profissional-diplomado-no-pais-primeiro-registro/>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

CONSELHO REGIONAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL. Disponível em: <<http://www.crefito2.gov.br/servicos-online/profissionais/registro-definitivo--222.html>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <<http://www.cro-rj.org.br/atendimento/index.asp#03>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

DAMAŠKA, Mirjan R. *Evidence law adrift*. New Haven & London: Yale University Press, 1997. 160p.

DENNIS, Ian H. *The law of evidence*. 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2010. 940p.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed. Bogotá: Temis, 2006. 738p. e 737p., respectivamente, Tomos I e II.



DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed., rev. e atual. I. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2009. 724p.

DREW, Jeremy; CADWALADR, Tom. *Surveying the landscape: admissibility of survey evidence in trademark disputes*. Disponível em: <[http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=09f22872-c7a3-4ef6-ada3-e78580e9d116&utm\\_source=ilo+newsletter&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=intellectual+property+newsletter&utm\\_content=newsletter+2013-01-21](http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=09f22872-c7a3-4ef6-ada3-e78580e9d116&utm_source=ilo+newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=intellectual+property+newsletter&utm_content=newsletter+2013-01-21)> . Acesso em: 21 jan. 2013.

DUMOULIN, Laurence. *Les Experts Judiciaires ont-ils encore du pouvoir? Des effets de la professionnalisation des experts sur la justice*. In: Rude-Antoine, Edwige. *Le procès. Enjeu de droit, enjeu de vérité*. Paris: Presses universitaires de France, 2007. P. 291-308.

DWYER, Déirdre. *The judicial assessment of expert evidence*. Cambridge, UK, New York: Cambridge University Press, 2008. 435p.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Committee Notes on Rules—2000 Amendment*. Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule\\_701](http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_701)>. Acesso em: 1 set. 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Rules of Evidence*. Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule\\_702](http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_702)>. Acesso em: 11 set. 2012.

FEDERAL JUDICIAL CENTER. NATIONAL RESEARCH COUNCIL OF THE NATIONAL ACADEMIES. *Reference manual on scientific evidence*. 3rd ed. Washington, D.C: National Academies Press, 2011. 1016p.

FERRAND, Frédérique. *The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France*. In: TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo (edit.): *The reforms of civil procedure in comparative perspective: An international conference dedicated to Mauro Cappelletti, Florence, 12-13 December, 2003*. Torino: G. Giappichelli, 2005. P. 7-32.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Getting to yes. Negotiating agreement without giving in*. 2nd ed. London: Penguin Books, 1991. 200p.

FISS, Owen. *The Bureaucratization of the Judiciary*. In: *The law as it could be*. New York: New York University Press, 2003. 286p.

FORSYTH, William. *The history of lawyers: ancient and modern*. Clark, New Jersey, 2010. Originalmente publicado: Boston: Estes & Lauriat, 1875. 404p.

FOSTER, Caroline E. *Science and the precautionary principle in international courts and tribunals: Expert evidence, burden of proof and finality*. New York: Cambridge University Press, 2011. 375p.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, supervisão final do texto Léa Porto de Abreu Novaes...et al. 3ª ed. 5ª reimpressão. Rio de Janeiro. Editora Nau, 2011. 158p.

FRANÇA. *Code de Procédure Civile*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>. Acesso em: 8 jan. 2013.

FRANÇA. *Décret n°2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires*. Disponível em: <[http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=E2B0E0B18DD2BD3AB959172E0B25B8E8.tpdjo03v\\_2?cidTexte=LEGITEXT000005983254&dateTexte=20130201](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=E2B0E0B18DD2BD3AB959172E0B25B8E8.tpdjo03v_2?cidTexte=LEGITEXT000005983254&dateTexte=20130201)>. Acesso em: 10 set. 2012.

FRECKELTON, Ian; SELBY, Hugh. *Expert evidence: Law, practice, procedure and advocacy*. 4th ed. Pyrmont, N.S.W: Thomson Reuters, 2009. 1368p.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil: Processo de conhecimento*. 4. ed. Ed. Forense, 2008. 995p.

GAMA CERQUEIRA, João da. *Tratado da Propriedade Industrial*. 2. ed. Rev. Atualizada por Luiz Gonzaga do Rio Verde, João Casimiro Costa Neto. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982. 1.445p. Vol. 2.

GARRETT, Nathaniel. *Life is the Risk we Cannot Refuse: A Precautionary Approach to the Toxic Risks We can*. The Georgetown International Environmental Law Review. Vol. 17:517. 2004/2005. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 8 mar. 2013. P. 517-562.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Freedom of Proof? El cuestionable delimitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*. In: Beltrán, Jordi Ferrer et alii. *Estudios sobre la prueba*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. 186p.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho, bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010. 220p.

GÉNIQUE, Gwénaëlle. *Décision de Justice et Expertise*. In: Rude-Antoine, Edwige. *Le procès. Enjeu de droit, enjeu de vérité*. Paris: Presses universitaires de France, 2007. P. 310-321.

GORPHE, François. *Apreciación judicial de las pruebas: Ensayo de un método técnico*. 2. ed. 3a. reimpressão. Bogotá: Temis, 2004. 399p.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 260p. Vol. 1.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 438p. Vol. 2.

GRECO, Leonardo. *A prova no processo Civil: Do código de 1973 ao novo código civil*. In: Greco, Leonardo e Miranda Netto, Fernando Gama de (Org.) *Direito processual e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005. P. 95-124.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Introdução ao direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 480p. Vol. I.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 397p. Vol. II.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Prova Pericial: Conhecimento técnico especializado e perícia complexa*. Revista da ABPI Associação Brasileira da Propriedade Industrial. Rio de Janeiro. 89. P. 3-12. Jul/Ago. 2007.

GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique. *Procédure civile: Droit interne et droit de l'Union européenne*. 31e ed. Paris: Dalloz, 2012. 1541p.

GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique; CHAINAIS, Cécile. *Procédure civile*. 2eme ed. Paris: Dalloz. 2011.

GUINCHARD, Serge. *L'Expertise Judiciaire Civile: L'Expert, Le Juge et Les Parties*. In: Frison-Roche, Marie-Anne; Mazeaud, Denis (coord): *L'expertise*. Paris: Dalloz, 1995. 143p.

HODGKINSON, Tristram; JAMES, Mark. *Expert evidence*. Law and practice. 3rd ed. London: Thomson Reuters (Legal), 2010. 762p.

HOGUE, Arthur R. *Origins of the common law*. Indianapolis: Liberty Press, 1966. 271p.

HORNBY, Albert Sydney; ASHBY, Michael; WEHMEIER, Sally. *Oxford advanced learner's dictionary of current English*. 6<sup>th</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2000. 1600p.

IDS - INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN DE ESTUDOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Comentários à Lei da Propriedade Industrial*. Ed. Revista e Atualizada. Renovar, 2005. 548p.

ITÁLIA. Disposizioni di attuazione al codice di procedura civile. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33898>>. Acesso em: 10 set. 2012.

ITÁLIA. Disposizioni di attuazione del C.p.c. Codice di procedura civile agg. al 28.11.2011. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=16241>>. Acesso em: 10 set. 2012.

JACOB, Robin. *Experts and Woolf: Have things got better?* In: DWYER, Déirdre (ed). *The civil procedure rules ten years on*. Oxford, UK. Oxford University Press, 2009. 293-297. 469p.

JAPAN – *Apples DS 245*. Disponível em:

<[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/1pagesum\\_e/ds245sum\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds245sum_e.pdf)>.

Acesso em: 8 mar. 2013.

KEANE, Adrian; GRIFFITHS, James; MCKEOWN, Paul. *The modern law of evidence*. 8th ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2010. 688p.

LANGBEIN, John H. *Torture and the Law of Proof*. The University of Chicago Press. 2006. 229p.

LAWRENCE, Peter A. *The politics of publication: Authors, reviewers and editors must act to protect the quality of research*. Nature. Vol.422. P.259-261. Mar. 2003.

LOANNIDIS, John P.A. *Why most published research findings are false*. PloS Medicine. Aug. 2005, volume 2, Issue 8 e 124. P. 696-701. Disponível em: <[www.plosmedicine.org](http://www.plosmedicine.org)> Acesso em: 2 ago. 2011.

LOUE, Sana. *Forensic epidemiology. A comprehensive guide for legal and epidemiology professionals*. Carbondale and Edwardsville: Southern Illinois University Press, 1999. 195p.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova Pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. Ed. Atlas. São Paulo, 2011. 249p.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 848p.

MARTINS, Samir José Caetano. *A prova pericial civil*. Salvador: Ius Podivm, 2008. 283p.

MCIVOR, Claire. *The use of epidemiological evidence in UK tort law*. In: LOUE, Sana (ed). *Forensic Epidemiology in the Global Context*. New York: Springer, 2013. P. 55-78.

MENEZES, Paula Bezerra de. *A proteção legal às marcas de alto renome e notoriamente conhecidas no ordenamento jurídico brasileiro e alguns aspectos sobre diluição de marcas*. 2006. P. 71. Monografia apresentada para conclusão da pós-graduação *lato sensu* em Propriedade Industrial. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. UERJ. Rio de Janeiro.

MENEZES, Paula Bezerra de. *O papel dos operadores do direito na produção da prova pericial visando à obtenção da verdade*. Revista Eletrônica de Direito Processual. Ano 5. Vol. VIII. Jul/Dez. 2011. Disponível em: <[www.redp.com.br](http://www.redp.com.br)>. Acesso em: 1 jan. 2013.

MENEZES, Paula Bezerra de. *Perícia em Conflitos de Marcas e Trade-Dress: Transferência da Decisão de Mérito para um Terceiro não Togado?* Revista da ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. No. 103. P. 46-50. Nov/Dez. 2009.

MIRZA MADURO, Flávio. *Prova pericial: Em busca de um novo paradigma*. 01/05/2007. Tese de Doutorado. Universidade Gama Filho. Orientador Leonardo Greco. Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da UFG. 1v. 177p. Banco de teses. <<http://capesdw.capes.gov.br/capesdw/resumo.html?idtese=20073631006019003P9>>. Acesso à obra na biblioteca da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ.

MIRZA MADURO, Flávio. *Notas sobre a questão da verdade no direito processual*. In: Carlos Frederico Gurgel Calvet da Silveira; Sergio Souza Salles; Waleska Marcy Rosa. (Org.) *Ensaio sobre Justiça, Processo e Direitos Humanos II*. 1. ed. Petrópolis: UCP, 2009, v. , p. 101-121.

MIRZA MADURO, Flávio. *Reflexões sobre a avaliação da prova pericial*. In: Marcelo Lessa Bastos; Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim. (Org.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 205-223. 720p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. Temas de Direito Processual*. 8a. Série. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004. 13p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro. Exposição sistemática do procedimento*. 29. ed. Rev. atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MUNDAY, Roderick. *Evidence*. 6th edition. New York: Oxford University Press, 2011. 653p.

MURPHY, Peter; GLOVER, Richard. *Murphy on evidence*. 12th ed., New York: Oxford University Press, 2011. 717p.

NAÇÕES UNIDAS. *Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity*. 2000. Cópia Certificada. Disponível em: <[http://treaties.un.org/doc/Treaties/2000/01/20000129%2008-44%20PM/Ch\\_XXVII\\_08\\_ap.pdf](http://treaties.un.org/doc/Treaties/2000/01/20000129%2008-44%20PM/Ch_XXVII_08_ap.pdf)>. Acesso em: 08 mar. 2013.

Correspondence. NATURE. Vol. 423. 29 mai. 2003. Vol. 423. 05 jun. 2003. Disponível em: <[www.nature.com/nature](http://www.nature.com/nature)>. Acesso em: 2 ago. 2011.

NEGRÃO, Theotonio et al. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 44. ed. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2012. 2178p.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista de Processo. São Paulo. V. 137. 2006. P. 7-31. Jul. 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>> . Acesso em: 08 mar. 2013.

PARK, Roger; LEONARD, David P.; GOLDBERG, Steven H. *Evidence law. A student's guide to the law of evidence as applied to American trials*. 2nd. St. Paul, MN: Thomson/West, 2004. P. 1-696.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2007. 304p.

POLENTZ, Michael C. *Post-Daubert Confusion with Expert Testimony*. Santa Clara Law Review. Vol 36. 1995/6. P. 1187-1218. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 08 mar. 2013.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Direito das Coisas: Propriedade mobiliária (bens incorpóreos). Propriedade industrial (sinais distintivos). Rio de Janeiro: Ed. Borsoi. 1956. 485p. Vol. XVII.

PORTUGAL. *Código de Processo Civil Português*. Disponível em: <[http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-processo-civil/downloadFile/file/CODIGO\\_PROCESSO\\_CIVIL\\_VF.pdf?nocache=1286970369.12](http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-processo-civil/downloadFile/file/CODIGO_PROCESSO_CIVIL_VF.pdf?nocache=1286970369.12)>. Acesso em: 23 abr. 2013.

PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Livro 3 Tit. 16: Dos juízes árbitros (Conc.). Livro 3 Tit.17: Dos Arbitradores. Título XVII. Disponível em: <[www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p580.htm](http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p580.htm)>. Acesso em: 8 jun. 2012.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2010. 387p.

RANGEON, François. *Sociologie des Experts Judiciaires: nouveaux éclairages sur un milieu mal connu*. In: RUDE-ANTOINE, Edwige. *Le procès. Enjeu de droit, enjeu de vérité*. Paris: Presses universitaires de France, 2007. P. 323-339.

REINO UNIDO. *Civil Justice Council. Protocol for the Instruction of Experts to give Evidence in Civil Claims. June 2005. Amended 2009*. Disponível em: <[http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/contents/form\\_section\\_images/practice\\_directions/pd35\\_pdf\\_eps/pd35\\_prot.pdf](http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/contents/form_section_images/practice_directions/pd35_pdf_eps/pd35_prot.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2012.

REINO UNIDO. *Civil Procedure Rules*. Disponível em: <[http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/contents/form\\_section\\_images/practice\\_directions/pd35\\_pdf\\_eps/pd35\\_prot.pdf](http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/contents/form_section_images/practice_directions/pd35_pdf_eps/pd35_prot.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2012.

REINO UNIDO. *Lord Woolf Final Report*. Disponível em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/sec3c.htm#c13>>. Acesso em: 10 out. 2011.

REINO UNIDO. *Pre-Action Protocol for the Resolution of Clinical Disputes Clinical Disputes Forum*. Disponível em: <[http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol/prot\\_rcd](http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol/prot_rcd)>. Acesso em: 15 dez. 2012.

REINO UNIDO. *Senior Courts Act 1981*. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54/section/70>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 30. ed. rev. e atualizada por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2011. 602p. 1º. Vol.

REVISTA DA ABPI. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. 89, Jul. Ago. 2007. Edição Especial. Série de cinco pareceres enviados pela empresa Ericsson elaborados por vários pareceristas, tais como: Ada Pellegrini Grinover (Prova pericial: Conhecimento técnico especializado e perícia complexa); Alexandre Freitas Câmara (O escopo da prova pericial e critérios para a escolha do perito); Denis Borges Barbosa e Ana Paula Buonomo Machado (A qualificação necessária dos peritos em ações de nulidade de patente); Cândido Rangel Dinamarco (Dos limites da liberdade judicial na escolha do perito e da perícia complexa) e Humberto Theodoro Junior (Admissibilidade da prova pericial complexa. Direito à prova e garantias processuais constitucionais). 72p.

ROSSETTI, Marco. *IL C.T.U. (l'occhiale del giudice): Consulente tecnico e ausiliari del giudice Formazione e Gestione Dell'Albo Consulente di Parte Svolgimento Della Consulenza Compenso Responsabilità*. Terza edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2012. 393p.

SANTOS, Boaventura Sousa de. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010. 1ª. Reimpressão Brasil 2011. 348p.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 549p. Vol. 2.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo. 5. ed atualizada. São Paulo: Saraiva, 1983. 575p. Vol. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial. Exames periciais e presunções*. 2. ed. correta e atualizada. São Paulo: Max Limonad, 1955. 470p. V.V.

SEGGER, Marie-Claire Cordonier; GEHRING, Markus W. *Precaution, Health and the World Trade Organization: Moving Toward Sustainable Development*. 2003-4. Queen's L.J. 133. P. 133-174. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 08 mar. 2013.

SHAPIRO, Barbara J. *A culture of fact. England, 1550-1720*. Ithaca, N.Y and London: Cornell University Press, 2003. 284p.

SILVA, de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 28. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. 1492p.

SMITH, Paul. *The role of experts in environmental controversies*. Nottingham Law Journal. 1997. P. 11-23. Disponível em: <<http://heinonline.org>> . Acesso em: 8 mar. 2013.

TAPPER, Colin. *Cross and Tapper on evidence*. 12th ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. 735p.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011. 542p.

TARUFFO, Michele. *La prueba*. Tradução de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008. 324p.

THAYER, James Bradley. *Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Reproduction from Harvard Law School Library. Boston: Little, Brown, and Company, 1898. 636p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 798p. Vol. 1.

TINOCO SOARES, José Carlos. *Tratado da Propriedade Industrial*. 1. ed. Resenha Tributária, p. 1430. Vol. III



TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo. *Opening remarks*. In: TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo. (Edts). *The reforms of civil procedure in comparative perspective: An international conference dedicated to Mauro Cappelletti, Florence, 12-13 December, 2003*. Torino: G. Giappichelli, 2005. P. 1-5.

TWINING, William. *Moving Beyond Law: Interdisciplinarity and the Study of Evidence*. In: DAWID, Philip; TWINING, William; VASILAKI, Mimi (Edts.). *Evidence, inference and enquiry*. Oxford: Published for the British Academy by Oxford University Press, 2011. P. 73-118.

TWINING, William. *Rethinking evidence: Exploratory essays*. 2a. ed., New York: Cambridge University Press, 2006. 511p.

TWINING, William. *Theories of evidence. Bentham and Wigmore*. Stanford, Calif: Stanford University Press, 1985. 265p.

U.S. SUPREME COURT. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 u.s. 579 (1993) 509 u.s. 579 William Daubert, et ux., etc., et al., petitioners v. Merrell Dow Pharmaceuticals, inc. certiorari to the United States Court of Appeals for the ninth circuit no. 92-102 argued March 30, 1993 decided Jun 28, 1993. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/92-102.ZS.html>>. Acesso em: 7 set. 2012.

WIGMORE, John Henry. *A pocket code of the rules of evidence in trials at law*. Reproduction from Harvard Law School Library. Boston: Little, Brown, and Company, 1910. 566p.

WIGMORE, John Henry. *Problems of law, its past, present, and future. Three lectures*. New York: Charles Scribner's Sons, 1920. 136p.