

JOÃO PAULO KULCZYSNKI FORSTER

**O DIREITO À ADEQUADA VALORAÇÃO DA PROVA PERICIAL:
Exame dos pressupostos jurídicos e epistemológicos para a atualização e
manutenção do princípio *iudex peritus peritorum***

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

Banca Examinadora

Porto Alegre
2015

*Sempre à Júlia, pelo incentivo constante e incansável,
acompanhado de paciência inarredável;*

*Ao Pedro e à Maria Júlia, pelas muitas horas roubadas e pela
doçura infindável dos seus olhos.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos meus pais, por todo suporte, carinho e ensinamentos passados ao longo de minha vida. Cada um, de sua maneira, foi meu professor, alcançando-me conteúdo que não encontraria em nenhum outro lugar, e nutrindo-me de todo o amor que precisei. Sou grato aos meus queridos irmãos, que individualmente auxiliaram, motivando-me, dando amparo quando eu não tinha tempo para mais nada. Nesse particular, Miriam e Paulo, vocês foram excepcionais, assim como meu querido cunhado Lúcio.

Sou igualmente grato ao meu orientador, Prof. Dr. Danilo Knijnik, verdadeiro amigo e mestre, que compreendeu as limitações de seu orientando, bem como suas possibilidades. Sempre serei muito grato pela confiança depositada e por todo auxílio alcançado, em todas as horas. Confundem-se, aqui, gratidão e admiração. Agradeço por todo o apoio.

Da mesma forma, agradeço à Universidade Federal do Rio Grande do Sul por organizar, estruturar e dispor de Programa de Pós-Graduação em Direito tão qualificado, e às servidoras Rosemari de Azevedo e Denise Dias de Souza. Na mesma linha, agradeço à Coordenadora do PPGDir, Prof^{ra}. Cláudia Lima Marques, a quem o Programa e todos seus alunos são devedores, por todo seu esforço e trabalho incansável. Sou igualmente grato aos Professores do Programa, em particular ao Prof. Dr. Daniel Mitidiero, pela brilhante atuação e sucesso em (re)construir uma fortalecida escola de direito processual; ao Prof. Dr. Humberto Ávila, pelas aulas instigantes e igualmente por poder compartilhar ideias; ao Prof. Dr. Alfredo Flores, pelas brilhantes lições de História do Direito. Ainda devo gratidão aos debates produtivos e qualificados havidos tanto nas aulas da Pós-Graduação, quanto fora, com diversos colegas, todos muito bem representados na pessoa de Marco Eugênio Gross.

Ao Centro Universitário Ritter dos Reis, nas pessoas dos Professores André Bencke e Diego Leite, Coordenadores da Graduação de Direito em Canoas, que compreenderam as minhas limitações de disponibilidade e cooperaram para que eu pudesse desenvolver minha atividade acadêmica. Agradeço também ao Prof. Luiz Otávio Escalier Braga, Diretor da Pós-Graduação do UniRitter, pelas oportunidades, pela confiança depositada e pelo incentivo. Destaco, ainda, o Prof. Dr. Martín Haerberlin, colega, sócio e, acima de tudo, amigo. Nunca faltaram palavras de encorajamento e incentivo, bem como relevantes debates, prática que trazemos desde a

Graduação e que espero levarmos adiante pela vida toda. Ao Prof. Dr. Luís Alberto Reichelt pela disponibilidade e crítica honesta, franca e direta, agradeço, assim como aos professores, que junto com ele, compuseram minha banca de qualificação, Prof. Dr. Sérgio Mattos e Prof. Dr. Eduardo Scarparo, e me indicaram o caminho a seguir.

Sou também grato aos meus queridos sogros, Carlos e Jacqueline, à Gabriela e ao Rodrigo, todos sempre foram disponíveis e solícitos para ajudarem com meus pequenos, que demandam muito mais atenção que a elaboração de uma tese.

Last, but not least, minha amada ‘pequena grande’ família. Pedro e Maria Júlia, vocês são meu tudo. Tão pequenos e já me servem de exemplo de perseverança, de amor e de carinho: que possam entender que todas as horas roubadas da convivência de vocês tiveram um motivo. Espero que um dia possam aprender comigo tudo que já aprendi com vocês. Todas as experiências que juntos atravessamos me ensinaram que as coisas na vida têm, sim, um valor, e que devem ter uma hierarquia de importância. Nessa escala, vocês são – e sempre serão – a minha prioridade.

Júlia, minha amada esposa. Foste o ar dos meus pulmões em todos os fôlegos que precisei ter nos últimos anos. Só tu sabes tudo que passei, na realidade, passamos, juntos. Só as tuas palavras acalentaram meu coração para que eu ainda tivesse forças para terminar. Passo a minha vida sem o ar que necessito, sem alimento, sem água, mas não passo sem ti. Este trabalho só existe porque pude contar com teu apoio. Voltas a ter minhas horas livres à noite, nas madrugadas, nos finais de semana e feriados. O tempo passado não volta, mas meu futuro é todo teu. Muito obrigado por tudo, meu amor.

*Une seule chose au monde me paraît plus grande
que la justice: c'est sinon la vérité elle-même, du
moins l'effort vers la vérité. Nous n'avons pas
besoin d'espoir, nous avons seulement besoin de
vérité.*

Albert Camus, L'Homme Revolté

RESUMO

O estudo tem por objetivo o exame do direito à adequada valoração da prova científico-pericial a partir de elementos do direito comparado, propondo a tese de que o magistrado possui diferentes graus de vinculação ao resultado da atividade pericial conforme uma série de requisitos deste meio probatório que estão sob o seu controle, também dependendo do tema debatido no processo (modelo de constatação aplicável). Permeia o estudo a utilização de precedentes e legislação estrangeira, sempre com o devido contraponto na legislação brasileira, quando possível. O ponto de partida é o exame do direito fundamental ao processo justo e do consequente direito fundamental à prova, distinguindo-o de outros direitos fundamentais (contraditório e ampla defesa), a fim de densificá-lo, delineando diversas implicações de seu reconhecimento, dentre elas, o direito à adequada valoração do material probatório. Em seguida são enfrentados temas fundamentais conectados à prova, como o conceito de verdade e a reconstrução dos fatos no processo, construindo-se uma possível ciência jurídico-probatória a partir de pressupostos epistemológicos, especialmente a partir do *Funderentismo*. Estabelecidas as premissas jurídicas e epistemológicas do trabalho, passa-se à análise da prova pericial propriamente dita, caracterizando-a no âmbito do sistema de valoração probatória vinculada, em nada similar à prova tarifada. Examina-se, então, o método científico e a sua dificuldade demarcatória, apontando-se a necessária distinção entre ciência ‘boa’ e ciência ‘ruim’ (*junk Science*). Em derradeiro, propõem-se, a partir de precedentes paradigmáticos, os critérios para determinar o papel do julgador na produção da prova técnica e a valoração adequada pelo juízo, mediando essa atividade pelas máximas de experiência e modelos de constação aplicáveis ao caso, sem olvidar alguns direitos fundamentais processuais que devem ser levados em consideração em conjunto com o direito fundamental à prova.

Palavras-Chave: Direito Fundamental à Prova; Prova Pericial; Admissibilidade; Valoração; Epistemologia; Método Científico; *Junk Science*; *Daubert Test*.

ABSTRACT

This study aims to examine the admissibility and the assessment of the scientific expert evidence based on elements of comparative law, proposing that the magistrate has different degrees of attachment to the result of the expert activity according to a series of requirements which they can control, also depending on the topic discussed during the legal process (applicable burden of proof). The use of precedents and foreign legislation also permeate this study, always relating them to Brazilian law whenever possible. The starting point is the examination of the fundamental right to due process and its consequent fundamental right to evidence, differentiating it from other fundamental rights (right to contradiction and broad defense), in order to densify it, outlining the several implications of its recognition, the right to due assessment of evidentiary material particularly. After that, fundamental issues connected to evidence are confronted, such as the concept of truth and the reconstruction of facts in the legal process, leading to a possible legal evidentiary science from epistemological assumptions, especially through Foundherentism. Once the legal and epistemological premises of this paper are established, the analysis of expert evidence itself will be studied by characterizing it in the scope of the bound assessment evidence approach, which is not at all similar to the legal proof. The scientific method is then examined as well as its demarcation difficulty, pointing out the necessary distinction between 'good' science and 'bad' science (Junk Science). At last, from paradigmatic precedents, different criteria is proposed to determine the role of the judge in the production of technical evidence and the subsequent appropriate assessment by the court, mediating this activity through legal maxims and the applicable burden of proof, without forgetting some fundamental procedural rights which should be taken into consideration along with the fundamental right to evidence.

Keywords: Fundamental Right to Evidence; Expert Evidence; Admissibility; Valuation; Epistemology; Scientific Method; Junk Science; Daubert Test.

RIASSUNTO

Lo studio si propone di esaminare la valutazione della prova scientifica periziale a partire da elementi del diritto comparato, proponendo la tesi secondo la quale il magistrato può avere vincoli diversi con il risultato dell'attività periziale a seconda dei requisiti di questo mezzo probatorio scelti tra quelli disponibili e che sono sotto il controllo del giudice, nonché del tema discusso nel processo (standard de valutazione probatorio applicabile). Vengono utilizzati in questo studio i precedenti e la legislazione straniera, sempre con il dovuto contrappunto nella legislazione brasiliana, quando possibile. Il punto di partenza è l'esame del diritto fondamentale a un giusto processo e il conseguente diritto fondamentale alla prova, distinguendolo da altri diritti fondamentali (il contraddittorio e l'ampia difesa), addensandolo e mostrando le diverse implicazioni legate al suo riconoscimento, tra le quali, il diritto a un'adeguata valutazione delle prove. In seguito si affrontano questioni fondamentali legate al tema della prova, come il concetto di verità e la ricostruzione dei fatti nel processo, costruendosi un'eventuale scienza giuridica della prova a partire da presupposti epistemologici, soprattutto dal *Foundherentism*. Una volta stabilite le premesse giuridiche ed epistemologiche di questo lavoro, si procede all'esame della prova periziale propriamente detta, caratterizzata nell'ambito del sistema di valutazione vincolata della prova, nel tutto diverso dalla prova legale. Si esamina, quindi, il metodo scientifico e la sua difficoltà di demarcazione, puntando sulla necessità di distinzione tra la 'buona' e la 'cattiva' scienza (scienza spazzatura). Alla fine, viene proposto, a partire da precedenti paradigmatici, dei criteri atti a determinare il ruolo del giudice nella produzione della prova tecnica e nella sua corretta valutazione, attività ad essere mediata dalle massime di esperienza e dai criteri della prova applicabili al caso, senza dimenticare alcuni diritti processuali fondamentali da prendere in considerazione insieme al diritto fondamentale alla prova.

Parole-chiave: Diritto Fondamentale alla Prova; Consulenza Tecnica; Ammissibilità; Valutazione; Epistemologia; Metodo Scientifico; Scienza Spazzatura; *Daubert Test*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I – O DIREITO PROBATÓRIO NO ÂMBITO DO PROCESSO JUSTO	18
1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	18
1.2 RELEVÂNCIA E ATUALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS	18
1.3 O DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO.....	23
1.4 DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO	26
1.5 DIREITO FUNDAMENTAL À AMPLA DEFESA.....	30
1.6 DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA	34
1.7 IMPLICAÇÕES DO RECONHECIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA.....	38
1.7.1 Admissibilidade de prova ilícita	38
1.7.2 Admissibilidade de provas atípicas	41
1.7.3 Distribuição dos ônus probatórios de forma clara	44
1.7.4 Adequadas dilação probatória e valoração da prova.....	49
1.8 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	52
CAPÍTULO II – PRESSUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS DO DIREITO PROBATÓRIO.....	53
2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	53
2.2 A RELEVÂNCIA DA RECONSTRUÇÃO DOS FATOS	54
2.2.1 A verdade no âmbito processual	57
2.2.2 A possível reconstrução dos fatos	65
2.3 ELEMENTOS MÍNIMOS PARA UMA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA(MENTE RELEVANTE)	71
2.4 A ESTRUTURAÇÃO DE UMA EPISTEMOLOGIA APLICÁVEL AO DIREITO PROBATÓRIO.....	79
2.4.1 Conceitos elementares	80
2.4.2 Estrutura da justificação	85
2.4.2.1 Fundacionalismo (Foundationalism).....	86
2.4.2.2 Coerentismo (Coherentism).....	87
2.4.2.3 O Funderentismo (Foundherentism)	88

2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	91
CAPÍTULO III – PROVA PERICIAL E CONHECIMENTO CIENTÍFICO	94
3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	94
3.2 PREMISSAS DA VALORAÇÃO DA PROVA PERICIAL	95
3.2.1 <i>Espécies de prova pericial</i>	95
3.2.2 <i>Prova pericial ou prova atípica?</i>	96
3.2.3 <i>Prova técnica não é prova tarifada</i>	97
3.3 ELEMENTOS DA PROVA PERICIAL	103
3.3.1 <i>Visão comparatística da figura do perito</i>	103
3.3.2 <i>Laudo pericial</i>	109
3.4 A MÉTODO CIENTÍFICO E PROVA TÉCNICA.....	111
3.5 CIÊNCIA ‘BOA’ VS. CIÊNCIA ‘RUIM’	119
3.6 DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E PROVA TÉCNICA	126
3.6.1 <i>Contraditório e prova técnica</i>	126
3.6.2 <i>Paridade de armas e prova técnica</i>	128
3.6.3 <i>Duração razoável do processo</i>	131
3.7 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	134
CAPÍTULO IV PARÂMETROS PARA UMA ADEQUADA VALORAÇÃO DA PROVA CIENTÍFICO-PERICIAL	136
4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	136
4.2 CASOS PARADIGMÁTICOS DO DIREITO ESTADUNIDENSE.....	137
4.2.1 <i>O caso Frye</i>	138
4.2.2 <i>O caso Daubert</i>	140
4.2.3 <i>O caso Kumho</i>	144
4.3 EXAME DE OUTROS CASOS RELEVANTES	146
4.3.1 <i>Supremo Tribunal Federal - O Recurso Extraordinário nº 363.889/DF</i>	146
4.3.2 <i>Suprema Corte Inglesa - Secretary of State for Home Department v. MN and KY</i>	149
4.3.3 <i>Corte Europeia de Direitos Humanos – Allen v. The United Kingdom</i>	151
4.4 CRITÉRIOS PARA ESTABELECIMENTO DO VALOR PROCESSUAL DA VERDADE CIENTÍFICA – UMA NOVA CIÊNCIA JUDICIAL PÓS-DAUBERT? 153	
4.4.1 <i>Premissas: o magistrado como gatekeeper e a parêmia iudex peritus peritorum</i>	154
4.4.2 <i>Falseabilidade: um não-critério</i>	159

<i>4.4.3 Revisão pelos pares (peer review)</i>	163
<i>4.4.4 Margem de erro, standards de controle e o problema das soft sciences</i>	164
<i>4.4.5 Aceitação geral</i>	172
4.5 AS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA E A PROVA TÉCNICA	175
4.6 PROVA CIENTÍFICO-PERICIAL E MODELOS DE CONSTATAÇÃO	181
4.7 OS PARÂMETROS VALORATIVOS NA PRÁTICA BRASILEIRA	187
4.8 CONCLUSÕES PARCIAIS	190
CONCLUSÃO.....	192
REFERÊNCIAS	200

INTRODUÇÃO

A prova constitui tema central do processo.¹ Não poderia ser diverso, já que o processo de qualquer natureza, cível ou criminal, busca a verdade, valendo-se do julgador como um mediador entre o objeto buscado, os interesses das partes e o material por elas apresentado. Inegável, portanto, a existência de uma “relação teleológica entre prova e verdade”², com diversas consequências de ordem processual.

A partir de tais considerações, na mesma medida em que se percebe a importância do tema, também se demonstra curiosa a constatação de que a prova é matéria indigente³ no direito pátrio.⁴ Tal se conclui a partir da quantidade reduzida de obras nacionais no assunto. Outro fator pode ser atribuído à própria Universidade⁵, que “excluiu do currículo o ‘caso’ [...] [eliminando] o fato como elemento constitutivo do jurídico, sonogando aos estudantes a dimensão problemática inerente ao fenômeno jurídico.”⁶ Acaba-se por reduzir o Direito à norma, dogmatizando a formação universitária e também encolhendo o jurídico a uma dimensão meramente abstrata, formal e acrítica.⁷

O enredo probatório enovela-se não só pela controvérsia que reina sobre os fatos que as provas devem esclarecer. Complica-se, diuturnamente, diante dos questionamentos de sua própria credibilidade. Em outras palavras, existe, sim, conexão íntima entre prova e verdade –

¹ TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 509. Por isso mesmo se revela curiosa a acertada consideração de Danilo Knijnik, quando refere ser o tema “pouco explorado”. Explica: “Tal marginalização doutrinária, contudo, tem lá as suas razões de ser, prendendo-se, de um lado, ao caráter refratário da prova a enfoques exclusivamente jurídicos; e, de outro, á resistência, sobretudo dos operadores do direito, a submeter a matéria às características do discurso legal.” KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 3.

² SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 656.

³ KNIJNIK, op. cit., p. 3.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011. pp. 25-26.

⁵ William Twining narra uma situação hipotética acerca da criação de um novo curso universitário de Direito, no qual, em uma reunião, os professores tentavam apontar o que poderia haver de diferenciado naquele curso em particular. Direito ambiental, estudos interdisciplinares entre Direito e Psicologia, utilização de novas tecnologias, foram alguns dos temas suscitados, até que o ancião do grupo se manifestou: “Uma vez foi sugerido que 90 por cento dos advogados gastam 90 por cento de seu tempo analisando fatos e que isso deveria se refletir em seu treinamento. Se 81 por cento do tempo de um advogado é gasto em uma coisa, a consequência é que 81 por cento de sua educação jurídica deve ser destinada a isso. (...). Eu proponho que nós fundemos nosso currículo neste princípio e que nós chamemos nosso diploma de Bacharelado de Fatos.” Seguiu-se ferrenha oposição. A pequena história, criada por Twining, foi desenvolvida para um seminário sobre educação jurídica, com o intento de também demonstrar como o estudo da prova é um tema amplo e que merece atenção. TWINING, William. *Rethinking Evidence*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 14/15.

⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 49.

⁷ *Ibid.*, p. 50.

mas a prova é apta a gerar convencimento *razoável*, capaz de compor o julgamento sobre caso específico? Os modelos de constatação desempenham papel fundamental no tópico, relacionando as conclusões extraídas dos elementos probatórios a partir do objeto da demanda. Contudo, não apontam caminhos conclusivos ou esclarecedores a respeito da *credibilidade* das provas individualmente consideradas.

O questionamento vulgar acerca da prova testemunhal, a diferenciação entre documentos particulares e públicos, o tema da confissão e, enfim, a prova pericial: sem remeter ao sistema de prova tarifária, é realmente possível compreender sua credibilidade? Podem exercer a função de prova enquanto ideia de algo que “ficou provado”?⁸ Acredita-se que sim. Impraticável a realização de estudo que esgotasse o tema, sem ao menos recortá-lo em pequena medida, no particular, da prova técnica. Sabe-se que as testemunhas são assoladas por falsas memórias⁹, os documentos podem ser forjados ou mal compreendidos, mas a prova pericial pode padecer de vícios ainda maiores, pouco explorados, que dificultarão, e muito, a sua adequada valoração.

Eis o objeto deste estudo. A complexidade do saber científico já não é mais tema exclusivo das ciências ‘duras’. O Direito não escapa indene, quando se percebe que os Tribunais, em qualquer lugar do mundo, se valem cada vez mais de *experts* para auxiliarem os juízes em suas decisões. É possível que haja a necessidade de desenvolvimento de um novo modelo de compreensão da prova pericial, que poderá substituir o modelo anterior – problema experimentado por diversos ramos da ciência que por vezes é dada como ‘certa’, ‘respondida’ ou até ‘acabada’.¹⁰

Progressivamente os tribunais são apresentados a uma nova realidade, uma cientificização da discussão fática nos processos¹¹, por conta dos “permanentes avanços da

⁸ “Toda prova implica a existência de uma dúvida”, e ela tender a criar uma convicção, um termo “preferível àquele de verdade.” LÉVY-BRUHL, Henri. *La Preuve Judiciaire*. Paris: Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964. p. 15 e p. 21, respectivamente.

⁹ Tema muito adequadamente abordado por Gustavo Noronha de Ávila: “A partir da ideia de que a memória não se restringe à determinada parte do cérebro e estará, necessariamente, informada pela emoção, é necessário pensar na repercussão destes dados para a questão do testemunho. Não se duvida da indissociabilidade de memória e emoção. Contudo, a repercussão deste imbricamento trará consequências, eis que os estímulos emocionais não somente são recuperados em maior quantidade, mas também podem ser mais falsamente reconhecidos. (...) A questão da memória, em relação ao papel da testemunha no procedimento e processo penal, assim, tem o seu ponto crítico nas chamadas falsas memórias, demonstrações de que nossa memória não é infalível. Elas consistem em recordações de situações que, na verdade, nunca ocorreram. A interpretação errada de um acontecimento pode ocasionar a formação de falsas memórias. Embora não apresentem uma experiência direta, as falsas memórias representam a verdade como os indivíduos a lembram.” *Falsas Memórias e Sistema Penal – a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 103/104.

¹⁰ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2013. p. 177/178.

¹¹ DAMASKA, Mirjan R. *Evidence Law Adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997. p. 143.

investigação e da ciência”.¹² Nesses casos, o senso comum e os meios convencionais de resolução dos problemas de ordem fática competem com provas altamente especializadas, às vezes até contraintuitivas, que requerem pessoas com conhecimento *especializado, técnico ou científico* do assunto para compreendê-las.¹³ Em outras palavras, quanto mais complexo for o caso, do ponto de vista científico, mais difícil será elucidá-lo na perspectiva tradicional.¹⁴

Essa percepção não é nova. Bentham já havia estabelecido que “o campo da evidência não é outro que o campo do conhecimento.”¹⁵ De outro lado, a resposta fornecida por uma abordagem interdisciplinar também não esgota a matéria, já que em matéria de ‘prova’, em seu sentido amplo, localizam-se os mais variados conceitos.¹⁶ O motivo da polissemia do termo ocorre por ser objeto de interesse dos mais variados ramos do conhecimento científico, já que naturalmente é percebida, em visão geral, como sinônimo de “ensaio, de experimentação, de revisão [com o intuito de] verificar a eficácia ou exatidão de algo”¹⁷. Nessa medida, o tema da prova afigura-se multidisciplinar e, no seu âmago, diz respeito a tópicos como lógica, probabilidade, verdade e conhecimento.¹⁸

Exige-se, portanto, uma revisão de conceitos tradicionais, como do próprio princípio de livre valoração da prova, atrelado ao direito fundamental à motivação das decisões judiciais. É possível que essa necessária transformação seja tão relevante “quanto aquelas ocorridas no ocaso da Idade Média, quando formas mágicas de prova caíram em desuso diante dos protótipos de nossa presente tecnologia probatória.”¹⁹

Essa revisão tem, neste trabalho, como ponto de partida, não só o próprio direito fundamental ao processo justo, mas também a compreensão do direito fundamental à prova, diferenciando-o de outros direitos fundamentais, como à ampla defesa e ao contraditório. Sem a devida individuação e densificação, os mencionados direitos fundamentais, de uma só vez, acabam por serem incompreendidos e, ao fim e ao cabo, perdem completamente a proteção

¹² Refere ainda o mesmo autor: “as novas tecnologias permitiram o acesso a conhecimentos e o domínio de instrumentos que modificaram as constelações tradicionais e tornaram os quadros normativos pouco aptos para acompanhar a evolução.” Tudo cf. GASPAR, António Henriques. A Justiça nas incertezas da sociedade contemporânea. *Julgar*. Coimbra: Coimbra Editora, nº 1, jan./abr.2007, p. 24.

¹³ O terreno revela-se particularmente fértil no âmbito do julgamento adversarial, valendo-se as partes de pequenas diferenças ou discordâncias, potencialmente irrelevantes, para mostrar defeitos que talvez sequer existam. Tudo conforme DAMASKA, Mirjan R. *Evidence Law Adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997. p. 144/145.

¹⁴ *Ibid.*, p. 147.

¹⁵ Cf. TWINING, William. *Rethinking Evidence*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p.436.

¹⁶ Vide ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Vol. I. 3ª ed. Buenos Aires: EJE, 1972. p. 27 e seguintes. Vide, ainda, a determinação das características próprias da prova judiciária LÉVY-BRUHL, Henri. *La Preuve Judiciaire*. Paris: Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964. pp. 23-28.

¹⁷ DELLEPIANE, Antonio. *Nueva Teoría de la Prueba*. 10ª ed. Bogotá: Temis. p. 8.

¹⁸ TWINING, op. cit., p.441.

¹⁹ DAMASKA, op. cit., p. 151.

que outorgavam aos jurisdicionados. O risco não é meramente hipotético ou teórico. Suas consequências se percebem em manuais de processo que abordam o tema²⁰ e nas decisões do Supremo Tribunal Federal que, ao adotarem a tese da ofensa reflexa²¹, acabam solapando tais direitos no âmbito processual civil. Neste caso, ampla defesa e contraditório acabam listados sempre em conjunto, fazendo crer não existir diferenciação entre tais direitos fundamentais²², o que é de todo equivocado. Examinam-se, ainda, as implicações do reconhecimento do direito fundamental à prova, com destaque para o direito à adequada valoração da prova.

No segundo capítulo, passa-se ao exame da epistemologia do direito probatório, para analisar, em perspectiva mormente jurídica, como se dá a reconstrução dos fatos no processo. O cariz interdisciplinar desta área jurídica se revela fortemente neste tópico, especialmente a partir da influência da Filosofia no Direito. A busca de recursos estruturantes para o desenvolvimento dessa epistemologia um tanto peculiar necessita esclarecer alguns conceitos elementares da área, para encerrar com o estudo das diferentes estruturas de justificação no meio epistemológico, com particular destaque para o *Funderentismo* de Susan Haack.

Enfrenta-se, no terceiro capítulo, a prova pericial em seu viés técnico-científico, em particular na modalidade do exame, já que a simples vistoria, avaliação e arbitramento não trazem maior perplexidade.²³ Aborda-se a questão da tipicidade da prova pericial e de algumas premissas elementares a seu respeito, como não se tratar de prova tarifada. Adicionalmente, verificam-se dois elementos indispensáveis ao mencionado meio probatório no direito brasileiro: o perito, examinado sob viés comparatístico, e o correspondente laudo

²⁰ Como se vê em PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. Vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 95. Na mesma linha: MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. pp. 33-35. Diga-se que não se trata de tema que poderia ser relevado ou deixado de lado só por se tratarem de manuais de processo. Esse equívoco não é compartilhado por MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2015. pp. 375-379 e pp. 501-507, quando examinam os direitos fundamentais de defesa, contraditório e prova em perspectivas distintas.

²¹ Cujas bases parecem ter sido lançadas inicialmente, ao menos de maneira explícita, no Recurso Extraordinário nº 94673, Relator Min. Néri da Silveira, Primeira Turma, julgado em 10.12.1982, DJ 08.04.1983, p. 4150. A tese possivelmente já vinha sendo adotada anteriormente, mas não de maneira tão clara e aberta.

²² Em recente julgado, o Min. Lewandoswsky asseverou que “esta Corte firmou entendimento no sentido de ser inadmissível, em regra, a interposição de recurso extraordinário para discutir matéria relacionada à ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da prestação jurisdicional, quando a verificação dessa alegação depender de exame prévio de legislação infraconstitucional, por configurar situação de ofensa reflexa ao texto constitucional.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 683266 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 27.11.2012.

²³ LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 131. Registre-se que o uso de vocábulos inadequados no Código de Processo Civil cria confusão no tema, pois “não há base para distinguir os dois vocábulos supondo o seu objeto e afirmando, sem nenhuma base normativa, que a vistoria recai sobre imóvel e o exame não. Também não procede, para o efeito da pretendida diferenciação, afirmar que a vistoria é a atividade de quem vê, pois no exame ocorre o mesmo: aquele que vê e relata algo – seja na forma oral ou por escrito – realiza exame ou vistoria. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 796.

pericial, produto de sua atividade. Em se tratando de prova pericial cunho técnico-científico, o próprio método científico e a distinção entre ‘boa’ e ‘má’ ciência (*junk science*) merece consideração. Encerra-se o capítulo com o exame de alguns direitos fundamentais (contraditório, ampla defesa, duração razoável do processo) processuais particularmente relevantes no contexto probatório-pericial, que devem ser levados em especial conta pelo magistrado.

No último capítulo, enfrenta-se os diferentes critérios valorativos da prova pericial, a partir dos casos *Frye*, *Daubert* e *Kumho*. Analisa-se a dicção do Código de Processo Civil vigente assim como do Novo CPC, que trata do assunto, a partir da máxima *iudex peritus peritorum* e da necessidade de uma motivação diferenciada.²⁴ A eficácia probante desse meio de prova é questionada, na mesma medida em que se colocam em cena os chamados modelos de constatação, indispensáveis à análise do tema, bem como as máximas de experiência aplicáveis ao caso. Limitando-se o escopo do trabalho, não será examinada a perspectiva probabilística do raciocínio judicial, tema que, dada sua complexidade, não teria como ser abordado satisfatoriamente.²⁵

Apesar da dicção legal do art. 436 do Código de Processo Civil de 1973 ser explícita, não vinculando o julgador às conclusões do laudo pericial, progressivamente, com o desenvolvimento da ciência, do método científico e também pela crescente presença da prova técnica em juízo, o tema necessitava de nova perspectiva. A Lei 13.105/2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 479, não alterou a desvinculação do julgador, mas lhe impôs ônus diferenciado, exigindo-lhe indicar “na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.” Como poderá o magistrado julgar o método empregado pelo perito sem o conhecimento necessário? Quais são os critérios que ele pode empregar na valoração desse método e na credibilidade da prova técnica? A resposta a essas perguntas será fornecida ao longo do presente estudo, no intuito de que se reveja essa natural (e quase irresponsável) desvinculação, justamente a partir da alteração do texto legal, que evoca o exame do ‘método.’

Apresenta-se, portanto, a seguinte proposta de tese: a partir da revisão da parêmia *iudex peritus peritorum*, o julgador está no centro do tema da prova pericial. Atuando como

²⁴ TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 294.

²⁵ Embora se admita que o tema possui relevância, especialmente a partir das considerações de Ovídio Baptista, apontando que o processo atual é fruto de opção ideológica de cunho racionalista, que objetiva a construção de um sistema jurídico de ordem matemática, no qual as decisões judiciais, tais como as equações, estão certas ou erradas – e só. SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

gatekeeper, a partir do modelo de constatação aplicável e das regras de experiência, ele deverá levar em conta determinados critérios que serão expostos ao longo do trabalho, para admitir e valorar adequadamente a prova pericial. A apreciação de tais critérios, sob o controle racional, expresso e devidamente fundamentado do juiz, conduzirá a uma das seguintes situações, *desde que respeitado o grau de convencimento exigido pelo modelo de constatação pertinente ao caso*:

a) Preenchidos todos os critérios, sem ressalva, e inexistindo outros elementos probatórios, o magistrado *estará vinculado* ao resultado da perícia técnica;

b) Não preenchido nenhum dos critérios, mesmo inexistindo outros elementos probatórios, o julgador *não estará vinculado* ao resultado da atividade pericial;

c) Preenchidos os critérios e presentes outros elementos probatórios, o julgador deverá ter em alta conta a qualidade da prova técnica e o grau de convencimento racional induzido, não estando vinculado ao seu resultado, mas devendo apresentar esforço motivacional diferenciado para afastar as conclusões do laudo, levando em conta a perspectiva epistemológica amparada no *Funderentismo*.

CAPÍTULO I – O DIREITO PROBATÓRIO NO ÂMBITO DO PROCESSO JUSTO

1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O direito probatório integra, de maneira indissociável, o direito fundamental ao processo justo, sendo ele próprio um verdadeiro *direito fundamental*.²⁶ Poder-se-ia afirmar que o mesmo também integra o direito à tutela jurisdicional efetiva²⁷, e que favorece a tendência ao processo justo. Quanto mais este for privado de seus elementos fundamentais, mais se afastará de seu ideal (ainda que de difícil obtenção) de decisão *justa*.²⁸

Cabe tecer algumas ponderações iniciais acerca da relevância dos direitos fundamentais processuais, ponto do qual já não se pode mais regredir. Impõe-se, ainda, examinar o conteúdo do direito fundamental ao processo justo, bem como o que distingue os direitos fundamentais à prova, ao contraditório e à ampla defesa, tão comum e ordinariamente embaralhados nos julgados dos tribunais pátrios como em boa parte da doutrina, incapaz de distingui-los.

1.2 RELEVÂNCIA E ATUALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS

A Constituição Federal de 1988, ao elencar extenso rol de direitos fundamentais, não afastou a possibilidade de existência de outros, revelando-se verdadeiro “catálogo

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 655.

²⁷ GODO, Juan Morales. *Naturaleza constitucional del derecho a la prueba*. POSADA, Giovani Priori (org.). *Las garantías del justo proceso*. Lima: Palestra, 2013. p. 261.

²⁸ Uma primeira visão da decisão justa se encontra em Rawls, para quem “a justiça do procedimento é o único elemento que determina a justiça de seu resultado.” Essa perspectiva, refere Federico Stella, não explica a integralidade do fenômeno ‘decisão justa’, já que a justiça do procedimento é meramente *uma* das condições necessárias. STELLA, Federico. *Il Giudice Corpuscolariano*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 93. A visão complementar de Taruffo é indispensável, sinalizando que o processo ‘não é um jogo’, ainda que essa visão seja difundida, pois ele não possui em si, ou nas suas regras procedimentais, “nenhum mecanismo de predeterminação do seu êxito.” Ele conclui, sobre o tema, que a decisão justa se apresenta “se há a correta aplicação da regra de direito ao caso concreto e se, e somente se, a norma é adequada ao caso e vem interpretada corretamente, e os fatos que constituíram o caso foram verificados corretamente de um modo verdadeiro.” TARUFFO, Michele. *Sui Confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 292. Vide, no mesmo sentido: CAVANI, Renzo. Decisão justa: mero slogan? *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 39, n. 236, pp. 119-158, out.2014. p. 120-121.

aberto”²⁹. Todavia, a árdua tarefa de conceituar ou limitar³⁰ o que realmente vem a ser um direito fundamental já demonstra, no início deste percurso, as dificuldades a serem enfrentadas, destacando-se uma em particular. Ela advém da “cruel falta de concordância entre os níveis de linguagem do universo jurídico”³¹, percebida na distância enorme existente desde as linhas da própria Constituição, passando pelas conclusões dos teóricos até as palavras do juiz, demonstrando que, por vezes, inexistente simetria entre previsões legais e discursos teóricos e práticos.³²

Reconhece-se, contudo, ser esta a “Era dos Direitos”, conforme ilustra a expressão cunhada por Norberto Bobbio,³³ com o necessário reconhecimento da chamada ‘irradiação’ ou ‘expansão’ de tais direitos, pois, enquanto sistema de valores elementares da ordem constitucional, obriga os legisladores e os órgãos aplicadores das normas jurídicas “a tê-los como referência permanente.”³⁴

A simples recondução da fundamentalidade desses direitos à dignidade da pessoa humana, conforme Canotilho³⁵, “expulsa do catálogo material dos direitos todos aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é, não pressuponham a ideia-princípio da dignidade da pessoa humana”, acarretando uma teoria de direitos fundamentais que não é constitucionalmente adequada.

Ainda assim mostra-se possível, embora insuficiente, “sustentar o ponto de vista de acordo com o qual os direitos fundamentais correspondem a explicitações, em maior ou

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 269.

³⁰ VIALA, Alexandre. *Verbete Droits Fondamentaux (garanties procédurales)*. In CHAGNOLLAUD, Dominique, DRAGO, Guillaume. *Dictionnaire des droits fondamentaux*. Paris: Dalloz, 2010. p. 287.

³¹ *Ibid.*, p. 288.

³² *Ibid.*, p. 288. O autor critica fortemente um problema do sistema francês, mas comum a diversos países europeus, que revela um “discurso da abundância e uma prática de resultados relativos”, ocasionada pelo alto custo de acesso às Cortes Superiores que possam examinar ofensa a direitos fundamentais. Tal ponto é reforçado por Elizabeth Zoller, assinalando que o magistrado pode aplicar os princípios “e valores constitucionais à pessoas privadas. Mas deve ser bem compreendido que essa possibilidade não pode se materializar concretamente a não ser nas hipóteses de silêncio da lei, de uma lacuna da legislação ou de ausência de dispositivo legal preciso.” ZOLLER, Elizabeth. *Droit Constitutionnel*. 2ª Ed. Paris: PUF, 1999. p. 188.

³³ “O reconhecimento e a proteção dos direitos são a base das constituições democráticas, e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. (...) Agora, podemos também dizer que não foram dados todos de uma vez e nem conjuntamente. Todavia, não há dúvida de que as várias tradições estão se aproximando e formando um único grande desenho da defesa do homem, que compreende os três bens supremos da vida, da liberdade e da segurança social. Defesa do quê A resposta que nos provém da observação da história é muito simples e clara: do Poder, de toda forma de Poder.” BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 203 e p. 209.

³⁴ GODO, Juan Morales. *Naturaleza constitucional del derecho a la prueba*. POSADA, Giovanni Priori (org.). *Las garantías del justo proceso*. Lima: Palestra, 2013. p. 260.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 380.

menor grau, do princípio da dignidade da pessoa humana”³⁶ Deve-se, contudo, ir além: a fundamentalidade encontra sua nota distinta na circunstância de que ela é “simultaneamente formal e material”.³⁷ Formal no sentido de conexão com o direito constitucional positivo, de forma implícita ou expressa, composto necessariamente pelos elementos de a) situarem-se no ápice “de todo ordenamento jurídico, gozando de supremacia hierárquica das normas constitucionais”; b) encontrarem-se submetidos aos limites formais da reforma constitucional (art. 60 da CF); c) serem diretamente aplicáveis e vincularem de forma imediata as entidades públicas e, mediante os ajustes e ressalvas necessários, igualmente os atores privados.”³⁸

A mera restrição à ideia de que se trata de direitos constitucionais, pois constitucionalmente inseridos³⁹, não se revela suficiente para seu pleno entendimento e eficácia. Em sentido material, a fundamentalidade do direito implica análise de seu conteúdo, da circunstância de conter, ou não, “decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupadas pela pessoa humana.”⁴⁰ Ou seja, no viés material, os direitos fundamentais repercutem diretamente na estrutura do Estado e da sociedade.⁴¹

A dimensão jurídico-objetiva igualmente há de ser considerada. Reconhecendo-se a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais enquanto posições jurídicas exigíveis pelo titular⁴², a dimensão objetiva revela a

existência de normas de competência negativa para os poderes públicos, no sentido de que o *status* fundamental de liberdade e igualdades dos cidadãos se encontra subtraído da esfera de competência dos órgãos estatais, contra os quais se encontra também protegido, demonstrando que também o poder constitucionalmente reconhecido é, na verdade, juridicamente constituído e desde sua origem determinado e limitado, de tal sorte que o Estado somente exerce seu poder no âmbito do espaço de ação que lhe é colocado à disposição.⁴³

Assim, tudo o que os direitos fundamentais concedem ao indivíduo em termos de autonomia, eles retiram objetivamente do Estado – a todo direito fundamental corresponde

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 110/111.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 266.

³⁸ *Ibid.*, p. 267.

³⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 180.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, p. 268.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 130.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais e sua dimensão organizatória e procedimental: alguns pressupostos para uma adequada compreensão do processo na perspectiva constitucional. In MARTINS, Ives Gandra da Silva, JOBIM, Eduardo. *O Processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 870.

⁴³ *Ibid.*, p. 875.

um dever fundamental.⁴⁴ Nada disso, contudo, leva a concluir que o direito subjetivo só possa decorrer do direito objetivo.⁴⁵ O propósito é de que os direitos fundamentais dizem respeito a todos os integrantes da sociedade, não só aos cidadãos, mas também aos Poderes Estatais, em uma estrutura que apresenta diferentes níveis inter-relacionados, condicionando-se, apoiando-se e complementando-se.⁴⁶

A partir dessa dimensão objetiva, é possível deduzir que os deveres de proteção acabam por vincular os órgãos estatais, exigindo-lhes atuação de modo suficiente, nas palavras de Ingo Sarlet⁴⁷, “no sentido de minimamente eficaz na sua tarefa de proteger os direitos fundamentais,” implicando, no particular, o Poder Judiciário a um “dever/poder de correção da própria legislação e dos atos da administração pública, naquilo em que, inequivocamente, se estiver violando este dever de proteção suficiente.” Ou seja, não se trata mais da concepção de direitos fundamentais como simples direitos de defesa, em sentido negativo, portanto, mas assecuratórios ao indivíduo da possibilidade de exigir uma prestação, em sentido positivo, do Estado;⁴⁸ prestação, esta, caracterizada por uma ampla gama de direitos à organização e ao procedimento.⁴⁹

O fato é que a “fruição de diversos direitos fundamentais não se revela possível ou [...] perde em efetividade, sem que sejam colocadas à disposição prestações estatais na esfera organizacional e procedimental”.⁵⁰ Não há como reconhecer e assegurar a relevância dos direitos fundamentais sem que, ao mesmo tempo em que se proclama sua existência e hierarquia, haja o indispensável reconhecimento aos meios que os afiancem aos seus titulares.⁵¹ Fala-se, portanto, também de direitos fundamentais processuais, que exsurgem do

⁴⁴ Acrescenta José Casalta Nabais que esse dever fundamental nunca é sem algum custo, ou seja, requer algum tipo de esforço para sua observância. Acaso fosse o direito fundamental gratuito para o Estado, ele seria desprovido de conteúdo para o indivíduo. A esse custo confere o jurista a denominação de *face oculta dos direitos fundamentais*. NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 163.

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 131.

⁴⁶ “Os direitos fundamentais atuam legitimando, criando e mantendo consenso; garantem a liberdade individual e limitam o poder estatal, são importantes para os processos democráticos e do Estado de Direito, influem em todo seu alcance sobre o ordenamento jurídico em seu conjunto e satisfazem uma parte decisiva da função de integração, organização e direção jurídica da Constituição.” Tudo cf. HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 90.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais e sua dimensão organizatória e procedimental: alguns pressupostos para uma adequada compreensão do processo na perspectiva constitucional. In MARTINS, Ives Gandra da Silva, JOBIM, Eduardo. *O Processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 880.

⁴⁸ MARINONI, op. cit., p. 142.

⁴⁹ SARLET, op. cit., p. 885.

⁵⁰ Ibid., p. 885.

⁵¹ Conforme bem salientou Canotilho: “O presente trabalho pretende demonstrar que à riqueza e completude do ‘catálogo’ dos direitos fundamentais, normativamente recortado na Constituição Portuguesa de 1976, não corresponde uma estrutura procedimental/processual adequada e eficaz para conferir plena realização prática a

art. 5º, LIV, da Carta de 1988, como já se viu, mas que também se encontram esparsos no texto constitucional, além daqueles expressos do rol do art. 5º da Constituição.⁵²

Em perspectiva complementar, podem também ser examinados a partir de critérios especiais, oriundos da proteção dos direitos fundamentais: a) proteção não apenas em face do Poder Executivo, mas também contra o Legislativo e o Judiciário; b) proteção não apenas em virtude da lei, mas também e sobretudo em virtude da Constituição e de convenções internacionais; c) proteção não apenas através da intervenção de juízes ‘comuns’, mas também por juízes constitucionais e internacionais.⁵³

Os direitos fundamentais, ao fim e ao cabo, não só outorgam legitimidade ao Estado Democrático de Direito, como também possuem nítido cariz democrático, por se manifestarem “justamente no reconhecimento de uma democracia com elementos participativos”.⁵⁴ Um desses inegáveis elementos de participação reside no âmbito do processo, na medida em que o indivíduo pode acionar o Estado (ou se defender dele), buscando a tutela de seus direitos.⁵⁵

O reconhecimento da existência e relevância dos direitos fundamentais processuais há de ser acompanhado pela constatação da presença de seu conteúdo mínimo, do estabelecimento do “limite dos limites”⁵⁶. Tal reconhecimento já seu deu mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, apontando, na ocasião de análise do direito fundamental à ampla defesa, que seu conteúdo mínimo “independe da interpretação da lei ordinária que o discipline”⁵⁷. Pedro Adamy sintetiza com total precisão a existência de duas teorias a respeito da garantia desse conteúdo mínimo, essencial:

A primeira, denominada relativa, reconduziria a análise aos mandamentos da

esses direitos. No plano doutrinal, assiste-se, há quase duas décadas, ao desenvolvimento de impulsos teóricos tendentes a demonstrar que o procedimento e/ou processo postulam uma imbricação material com os direitos fundamentais.” 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 72.

⁵² Como o direito fundamental à motivação das decisões judiciais, constante do art. 93, IX, ou o direito fundamental à publicidade do processo, constante do mesmo artigo.

⁵³ GUINCHARD, Serge (org.). *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*. 7ª ed. Paris: Dalloz, 2013. p. 107.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 197.

⁵⁵ Aqui, discorda-se da tese esposada por Luiz Guilherme Marinoni, de que só ao autor corresponde o direito à tutela do direito. Afinal, o réu em qualquer tipo de demanda, opondo-se ao pleito autoral, manifesta seu interesse em ver protegido, tutelado, o seu patrimônio jurídico. A decisão final que julga improcedente a demanda reconhece a manutenção de determinado *status quo*, alcançando ao réu a tutela de um bem que já possuía, mas que poderá continuar possuindo, com reconhecimento declarado do Poder Judiciário. Logo, o réu obtém tutela declaratória na improcedência. A contrário: MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2015, pp. 347-348.

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 295.

⁵⁷ Supremo Tribunal Federal. RE 345580, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 17/08/2004, DJ 10.09.2004, p. 59. A passagem em questão consta do voto, p. 380.

proporcionalidade e da razoabilidade, afirmando que a definição do conteúdo essencial somente poderia ser realizada no caso concreto, cotejando a intensidade da restrição com a finalidade buscada pela mesma restrição. A teoria absoluta propugna um núcleo essencial fundamental que representaria um limite intransponível sob pena de desaparecimento do próprio direito fundamental.⁵⁸

O peculiar, no caso de tal rol de direitos fundamentais, é que sua violação se verifica comumente no desenrolar de um processo, judicial ou administrativo. Assim, poderá ser caso de ponderação entre distintos direitos fundamentais processuais, reconhecendo, a um deles, a prevalência. Necessário seria afastar a possibilidade de que possam ser aniquilados ou desprovidos de toda e qualquer eficácia pelo legislador ordinário⁵⁹, cuja missão é precisamente sua densificação. Não pode se imiscuir de tal missão também o magistrado, ainda mais em um sistema de controle constitucional difuso.

1.3 O DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO

A origem do direito fundamental ao processo justo deita raízes em quase todas as Constituições modernas, mas também encontra lastro na previsão do artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos.⁶⁰ No Brasil, encontra seu amparo no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, apresentando-se como “modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais”⁶¹ A locução “devido processo legal” encontra duras críticas por conta de uma transposição verdadeiramente inadequada do *due process of law* estadunidense para o Brasil, já que, naquele sistema, considerada a perspectiva do *substantive due process of law*, enquanto que, no ordenamento pátrio, “inexiste necessidade de pensá-la para além de sua dimensão

⁵⁸ ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 128.

⁵⁹ ADAMY, op. cit., p. 130. “É certo que o legislador não pode mover-se livremente no espaço protegido pelos direitos fundamentais, é certo que não é ele quem pode determinar constitutivamente o conteúdo do direito fundamental e que, muito pelo contrário, limitações no conteúdo de sua margem de apreciação legislativa resultam do teor normativo do direito fundamental.” MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 39/40.

⁶⁰ “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.” Disponível em: < <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf> >. Acesso em 20.10.2014.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 616.

processual.”⁶² Em perspectiva diferenciada desta última, Sérgio Luís Wetzel de Mattos anota que “devido processo substantivo e justo processo civil não são apenas espécies do gênero devido processo legal, mas, sobretudo, dois aspectos de um mesmo fenômeno, qual seja, o da proteção de direitos contra o exercício arbitrário do poder estatal.”⁶³

Percebe-se que a noção de *processo justo* não se limita, e nem poderia se limitar, aos processos judiciais, mas também se estende aos processos administrativos, legislativos ou arbitrais.⁶⁴ Sua aplicação é ampla e irrestrita, destinada ao Estado em todas suas transfigurações (Executivo, Legislativo e Judiciário), estabelecendo um “dever ser de acordo como a norma constitucional”.⁶⁵

Assim, na perspectiva do já mencionado “catálogo aberto” de direitos fundamentais, também se apresentam os direitos fundamentais processuais, esteiados no direito fundamental ao processo justo. Por razões óbvias, apresenta-se como o mais amplo dos direitos fundamentais processuais, caracterizando-se “como um modelo em expansão (tem o condão de conformar a atuação do legislador infraconstitucional), variável (pode assumir formas diversas, moldando-se às exigências do direito material e do caso concreto).”⁶⁶ Revela-se também *perfectibilizável*, na medida em que não é previsão constitucional estanque. Em outras palavras: o legislador infraconstitucional (a exemplo do que ocorre com o Novo

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 616. Na medida em que existem outros direitos fundamentais, esparsos na Constituição, ainda que não formalmente considerados, possuem significado material e, portanto, aplicabilidade prática. O significado material dos direitos fundamentais emerge “da dignidade da pessoa humana como princípio e valor fundamental da ordem jurídico constitucional (art. 1º, III, da Constituição de 1988), que confere unidade de sentido ao sistema dos direitos fundamentais.” MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 143. Registre-se, ainda, a posição de Humberto Ávila: “Os elementos atribuídos ao devido processo procedimental não são gratuitos, mas são decorrência do ideal de protetividade dos direitos fundamentais: a existência de contraditório e ampla defesa é adequada e necessária à proteção de um direito, pois sem essas condições as partes não poderão produzir provas e argumentos indispensáveis à demonstração da realização ou restrição do referido direito; a existência de um juiz natural imparcial é elemento adequado e necessário à proteção de um direito, pois sem ele as alegações e as provas produzidas não serão avaliadas de modo a demonstrar a realização ou restrição do direito; as exigências de publicidade e fundamentação dos atos praticados são elementos adequados e necessários à proteção de um direito, pois sem elas as partes não têm como tomar conhecimento dos atos e das razões que podem demonstrar a realização ou restrição de um direito; e assim por diante.” ÁVILA, Humberto. O que é ‘devido processo legal’? *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 33, n. 163, set.2008. p. 55.

⁶³ MATTOS, op. cit., pp. 255-256. Essa proteção contra a arbitrariedade, no viés substantivo, exige “uma justificativa suficiente para que o Estado prive alguém da vida, da liberdade ou da propriedade. Conforme aponta Tribe, o devido processo legal substantivo é o principal veículo pelo qual os direitos estão protegidos contra os Estados-membros, por meio do qual é oferecida proteção constitucional contra discriminação do governo federal e por meio do qual os indivíduos estão protegidos contra a ação arbitrária por parte do governo, de qualquer nível”. GROSS, Marco Eugênio. Devido Processo Legal Procedimental e Ofensa Reflexa à Constituição. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 36, n. 193, mar. 2011. pp. 380-381.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 618.

⁶⁵ PÉREZ, David Vallespín. *El modelo constitucional de juicio justo em el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2002. p. 65.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 617.

Código de Processo Civil) poderá aperfeiçoá-lo.⁶⁷

Na particular temática da variabilidade, percebe-se a existência de conexão íntima entre a organização processual e o direito material, a partir da qual as diversas garantias extraídas do direito fundamental ao processo justo se dinamizam e se inter-relacionam. Tal consideração leva à percepção de que nem todos os direitos fundamentais processuais poderão ser observados em sua plenitude em todos os casos, mas é o seu cotejamento que permite a possível apresentação de um resultado complexo⁶⁸, que é a decisão justa.

Caberá ao legislador articular e expandir a atuação dos direitos fundamentais processuais, através de intervenção que não vise propriamente à restrição do direito, mas sim explicitando o âmbito de atuação de cada um, definindo garantias e condições para o exercício dos direitos fundamentais, constituindo meios de defesa contra a agressão a direitos fundamentais e também alargando, para além da proteção constituição, o âmbito de atuação de tais direitos.⁶⁹ Mas o seu ponto de partida sempre será o direito fundamental ao processo justo⁷⁰, com o objetivo da decisão justa – caberá definir quais são os meios e instrumentos que permitirão o pleno acesso àquele, viabilizando a possibilidade desta. Não resta dúvida de que incumbe ao legislador a correta interpretação da extensão e do conteúdo de tais direitos, pois, sem a atribuição de significado jurídico, tais conceitos acabam esvaziados e poderão ser arbitrariamente revistos na seara legislativa ou até mesmo na prática judiciária.

Nessa quadra, refere Konrad Hesse que “a interpretação mais adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.”⁷¹ Assim, a interpretação conferida ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal também há de progredir com a passagem do tempo, ligando-se à cultura da época e as alterações que sejam necessárias para assegurar os direitos fundamentais. Prossegue o jurista alemão:

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 617.

⁶⁸ DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 82.

⁶⁹ Tudo conforme CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 143.

⁷⁰ Conforme assevera Trocker, justo é o processo que se desenvolve no respeito aos parâmetros fixados nas normas constitucionais e nos valores divididos pela coletividade. TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 55, p. 386, 2001.

⁷¹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 22.

consequente, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude da mudança de uma situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites.⁷²

A lição de Canotilho, a respeito do princípio da máxima efetividade em matéria constitucional, também pontua no tema: não pode ser dada ao dispositivo referido aplicabilidade mais restrita que indevidamente limite sua eficácia, pois, “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.”⁷³ O processo justo se examina e compreende na mesma medida em que se analisam todas as suas consequências, reveladas na tipologia dos direitos fundamentais processuais – à paridade de armas, ao contraditório, à prova, à igualdade, à motivação, à duração razoável do processo, dentre outros.

1.4 DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO

Antes de adentrar o direito fundamental à prova, impõe qualificar e distinguir os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, para que se perceba que cada um deles possui âmbitos de atuação bastante específicos, sendo que a supressão de um deles não significa a violação de todos, muito embora estejam intimamente conectados.⁷⁴ Tal esforço demonstra-se necessário para que se possa densificar o conteúdo de cada um deles, no intuito de prevenir retrocessos inadmissíveis na seara dos direitos fundamentais processuais. Inicia-se pelo direito fundamental ao contraditório.

A noção tradicional de contraditório enquanto singela ciência bilateral das partes dos atos do processo e na possibilidade (ou faculdade) de contraditá-los⁷⁵, há de muito se encontra superada. Sua implicação atual é mais abrangente, para incluir “todo o material de interesse

⁷² HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 23.

⁷³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1149.

⁷⁴ Percebe-se que diversos termos como contraditório, igualdade, paridade de armas e direito de defesa não revelam apenas uma ‘riqueza semântica’, mas sim refletem “pontos de vista diferentes.” CADIET, Loïc, NORMAND, Jacques, MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. 2ª ed. Paris: PUF, 2013. p. 634.

⁷⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 37.

jurídico para a decisão, tanto jurídico (debate com as partes de todo material jurídico relevante para a decisão) quanto fático (requerimento de provas, indicação dos meios de prova, participação na sua produção, manifestação sobre ela) tanto de natureza processual quanto material”⁷⁶.

A visão tradicional não enquadrava o contraditório como um direito fundamental, mas apenas como mais um dos princípios processuais. Nessa visão atualizada, assegura-se às partes o direito de atuação⁷⁷ que influencie na decisão administrativa ou judicial⁷⁸, em todo e qualquer processo, representando a “mais óbvia condição do processo justo”⁷⁹, e que pode se “realizar de diferentes maneiras no processo”⁸⁰. O julgador, a quem se impõe o dever fundamental de observância do contraditório, não pode fazê-lo passivamente, devendo agir para resguardar a possibilidade de contraditório entre as partes e a ele também se submetendo. É esse o conteúdo mínimo do contraditório.⁸¹ A noção de fundamentalidade agregada ao contraditório acarretou a alteração dos destinatários deste direito fundamental, incluindo o próprio magistrado.⁸² Justamente nesse ponto revela-se a conformação do processo moderno ao modelo cooperativo de processo⁸³, no qual se estabeleça um “debate leal entre todas as pessoas que nele tomam parte”⁸⁴, consequência própria de um direito fundamental à cooperação.⁸⁵

⁷⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 37.

⁷⁷ SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. Lisboa: Lex, 1997, p. 47.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 648.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 646.

⁸⁰ “Por essa razão é perfeitamente legítimo na nossa ordem jurídica o emprego de contraditório diferido e de contraditório eventual na organização do perfil procedimental do processo.” *Idem*, *ibid.*, p. 650. Não por acaso, essa amplitude do contraditório o coloca em conexão ou até mesmo como fundamento, sob certa perspectiva, de outros direitos, como o direito fundamental à paridade de armas, o direito à imparcialidade, o direito de ser entendido e fortalece a noção de lealdade processual. Tudo cf. CADIET, Loïc, NORMAND, Jacques, MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. 2ª ed. Paris: PUF, 2013. pp. 636-639. Reforçando essa perspectiva, anota-se que o contraditório “implica um outro princípio fundamental, sem o qual ele nem sequer pode existir, que é o princípio da igualdade das partes na relação processual. Para a completa realização do princípio do contraditório, é mister que a lei assegure a efetiva igualdade das partes no processo, não bastando a formal e retórica igualdade de oportunidades.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*. Vol. I. 5ª ed. São Paulo: RT, 2001. p. 71.

⁸¹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 207.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, p. 648.

⁸³ Já que no modelo liberal, “o contraditório é o principal instrumento de comunicação entre as partes, permitindo a cada uma delas, em posição de igualdade, conhecer as razões invocadas pela outra e neutralizar suas ações. O juiz encontra-se afastado da contenda, coloca-se *super partes*, não é obrigado a dialogar com os outros sujeitos processuais e só se torna realmente ativo, para proferir sentença, quando o material da decisão está preparado para sua intervenção.” MENDONÇA, Luís Correia de. *Vírus Autoritário e Processo Civil*. In: *Julgar*, Coimbra, Coimbra Editora, v. 1, jan./abr. 2007, p. 87.

⁸⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2009, p. 134.

⁸⁵ Que, como bem salienta Daniel Mitidiero, se desdobra em quatro diferentes deveres: de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2009, p. 136 e seguintes. No

O dever de debate revela-se exigência própria do Estado Democrático de Direito, já que deve ser assegurada, em todos os âmbitos estatais, a participação dos cidadãos e também a influência nas decisões de qualquer matiz. A vinculação ente os mencionados direitos fundamentais ao contraditório e à colaboração já encontra reflexo nos Tribunais pátrios, em particular no julgamento da Apelação Cível nº 70056002264, em cujo voto do Desembargador Miguel Ângelo da Silva se destaca:

A observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa consiste na necessidade de oportunizar o amplo e efetivo debate pelos litigantes de todos os pontos controvertidos da lide e de todas as questões que compõem o objeto litigioso, bem como o amplo exercício do direito de ação e de defesa e a colaboração e ativa participação das partes na formação do livre convencimento motivado do julgador.⁸⁶

Por conseguinte, destaca-se, novamente, a importância da densificação desse grupo de direitos fundamentais. É possível que em grande número de casos eles se apresentem em conjunto, mas possuem consequências individuais próprias, advindo, sempre e sempre, do mencionado direito fundamental ao processo justo, tendente, como verdadeiro norte processual, à decisão justa.⁸⁷ O juiz só pode decidir com base naquilo que as partes efetivamente produziram e manifestaram, o que naturalmente impede a ocorrência de decisões-surpresa⁸⁸ no processo.⁸⁹ Ora, se as partes ativamente participaram da formação processual, seria irrisório que essa participação pudesse ser desconsiderada pelo julgador. Logo, não se nega sua nítida característica de democratização no processo.⁹⁰

Não é à toa que diversos ordenamentos têm o contraditório em alto destaque, não só em seu viés mais fraco, de *participação*, mas também como direito de *influência*. Em Portugal, após recente reforma em 2013, a previsão consta dos artigos 3º⁹¹ e 4º, e aparece

mesmo sentido: SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. Lisboa: LEX, 1997. p. 66-67.

⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70056002264, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 16/07/2014.

⁸⁷ TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1997. p. 319.

⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2009, p. 136.

⁸⁹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 208.

⁹⁰ “O processo é um ‘lugar’ no qual a dialética ocupa largos espaços e constitui um importante fator dinâmico. Em qualquer caso, verdadeiramente, a decisão judiciária pode ser entendida como o resultado final de uma complexa interação dialética nas quais participam diversos fatores. As principais dimensões dialéticas do processo e da decisão são duas. A primeira diz respeito à dialética das relações entre as partes, que os processualistas hoje chamam de ‘contraditório’”. TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 32, n. 143, p. 73, jan. 2007.

⁹¹ Dispõe o nº 3 do art. 3º que “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se

como consequência direta do direito à igualdade que as partes detêm no processo.⁹² Ainda que inicialmente transpareça apenas o viés participativo do contraditório, o diploma processual civil luso, em seu artigo 270º, nº 3⁹³ (antigo artigo 277º), demonstra igualmente o direito de influência dele oriundo⁹⁴.

Na Espanha, Joan Picó i Junoy refere o direito à defesa ao invés de um direito ao contraditório, que assegura às partes a possibilidade “de sustentar argumentativamente suas respectivas pretensões e a rebater os fundamentais que a parte contrária tenha formulado em apoio às suas”⁹⁵, estabelecendo um dever constitucional de que os órgãos jurisdicionais respeitem a ordem dos atos processuais conforme a previsão legal⁹⁶, o que não deixa de estar conectado à noção de vedação de decisão-surpresa. De fato, a aproximação entre os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa é visível⁹⁷, mas destaca-se que falar, em âmbito nacional, em *ampla* defesa, dá o tom diferenciado ao tema.

Já na França, a partir do que dispõe o artigo 16 do *Code du Procédure Civile*, o próprio juiz deve, em qualquer caso e sob qualquer circunstância, “fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório.” O princípio do diálogo, ligado ao contraditório, também aparece no Direito francês como um sustentáculo não só do processo contencioso tradicional, mas também das formas alternativas de resolução dos conflitos, os quais, sem tal elemento, são impossíveis.⁹⁸

Deve ser assegurado a ambas às partes e não confundido como singelo direito de defesa, posição típica do réu, abaixo examinada. Loïc Cadiet propõe, ainda, outra forma de distinguí-los, a partir de uma hierarquia: “os direitos de defesa serão superiores ao princípio do contraditório em tudo aquilo que eles podem lhe limitar.”⁹⁹ Refere o autor, como exemplo,

pronunciarem.” PORTUGAL. Código de Processo Civil. Disponível em:

<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em 20.12.2014.

⁹² SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. Lisboa: LEX, 1997.pP. 46.

⁹³ São nulos os atos praticados no processo posteriormente à data em que ocorreu o falecimento ou extinção que, nos termos do n.º 1, devia determinar a suspensão da instância, em relação aos quais fosse admissível o exercício do contraditório pela parte que faleceu ou se extinguiu. Idem, *ibid*.

⁹⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. Lisboa: LEX, 1997. p. 48. O autor comenta o artigo 277º do CPC português, mas este era o dispositivo prévio à reforma ocorrida em 2013.

⁹⁵ PICÓ I JUNOI, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997, p. 102.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 103. O autor também refere outros pontos que são tradicionais do direito de defesa na sua perspectiva mais clássica, de assistência por advogado e o direito que o acusado tem de ter a última palavra, especialmente em âmbito criminal. Idem, *ibid*. p. 104.

⁹⁷ Até mesmo porque o princípio do direito de defesa é o “núcleo inicial da garantia do contraditório”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 121. Nessa mesma linha: DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2004. p.86.

⁹⁸ MAGENDIE, Jean-Clause. Loyauté, Dialogue, Celerité. *In: Justices e droit du procès*. Paris: Dalloz, 2010. p. 336.

⁹⁹ CADIET, Loïc, NORMAND, Jacques, MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. 2ª ed. Paris: PUF, 2013. p. 635.

a possibilidade de exercício do direito ao silêncio ao invés de se utilizar o contraditório, como direito à não-incriminação, podendo se explicar a ausência de contraditório por outras razões.¹⁰⁰

Discorda-se do autor no ponto, já que não se trata de *ausência* de contraditório, mas efetivo *não exercício* do contraditório. Este, enquanto direito à participação, é assegurado na medida em que se *possibilita* a ação/reação, e não quando se vislumbra de fato a prática de algum ato processual. A violação ao direito fundamental não se apresenta quando a parte deixa, por opção sua, de participar/colaborar, mas sim quando não lhe é assegurada tal *possibilidade*. Ressalve-se que o jurista francês, ao analisar o conteúdo do princípio do contraditório, descreve seu caráter mínimo como o direito que as partes têm de serem ouvidas e que elas possam ser comunicadas dos elementos do processo a fim de debaterem utilmente¹⁰¹, ou seja, influenciando a decisão final.

Voltando à perspectiva nacional e à guisa de conclusão parcial, explorou muito bem o tema Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, destacando-se que

O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso. Ora, o concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa, constitui dado que influi de maneira decisiva na própria extensão do princípio do contraditório. Basta pensar que essa colaboração só pode ser realmente eficaz se vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das ideias subministradas por cada um deles: juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de ser empregados convenientemente na decisão.¹⁰²

Cabe registrar que, só atendido esse conteúdo mínimo, de possibilidade de participação *cabal*, é que não se violará o núcleo duro do contraditório e, só assim poderá ele ser visto efetivamente como *princípio diretor do processo*.¹⁰³

1.5 DIREITO FUNDAMENTAL À AMPLA DEFESA

¹⁰⁰ CADIET, Loïc, NORMAND, Jacques, MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. 2ª ed. Paris: PUF, 2013. p. 635.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 647/648.

¹⁰² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A Garantia do Contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (org.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil* São Paulo, RT, 1999. p. 143.

¹⁰³ CADIET, Loïc. (Org.). *Dictionnaire de la justice*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004. p. 271.

Passando ao exame do direito fundamental à ampla defesa, filia-se ao entendimento de que ele não parte de uma igualdade, mas sim do reconhecimento da característica própria do réu. Apresenta-se como um direito que o réu tem de se proteger diante da ação do autor – ou seja, ação e defesa são lados opostos da mesma moeda. Pode-se dizer que “é do contraditório que brota a própria defesa. Desdobrando-se o contraditório em dois momentos – informação e possibilidade de reação – não há como negar que o conhecimento, ínsito no contraditório, é pressuposto para o exercício da defesa.”¹⁰⁴

Extraí-se do conteúdo da ampla defesa o direito da parte demandada à cognição plena e exauriente¹⁰⁵, para que possa haver a maior amplitude possível de alegações pelos interessados, abrindo-se o debate à ampla e efetiva participação das partes, não se restringindo o debate quanto ao mérito, às condições da ação ou às questões processuais somente, mas a todos esses tópicos, individual ou conjuntamente. A perspectiva exauriente se traduz na profundidade em que é realizada tal análise, revelando-se indesejada, ou no mínimo

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 4. Em sentido contrário: RAMOS, Vitor de Paula. Direito Fundamental à Prova. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 38, n. 224, pp. 41-61, out.2013. p. 42.

¹⁰⁵ “O procedimento de cognição plena e exauriente é o ordinário ou sumaríssimo (este último caracterizado apenas pela abreviação do *iter* procedimental, em nada interferindo com a cognição).” WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 115. Ovídio Baptista promove extensa crítica ao que chama de “ímpeto ordinarizante”, que contaminou todo o sistema jurídico pátrio. No seu entendimento, a promoção da ampla defesa ao status constitucional reforçou a opção pelo valor segurança, em detrimento da celeridade nas demandas. Há três tipos de contraditório: prévio (por assim dizer, a regra), diferido e eventual. Nos casos em que é diferido, o juiz “é autorizado a julgar desde logo o mérito da causa, porém sob a forma de um julgamento provisório, cuja duração estará temporalmente limitada pela futura sentença de mérito.” Assim o é nos procedimentos “que contenham liminares”, pois correspondem a princípio que se opõe ao contraditório prévio. A terceira forma é o eventual, “que elimina o contraditório do interior da demanda, transferindo-o seja para uma ação incidental, como nos embargos de devedor, seja para uma ação independente, como nas possessórias e nas ações cambiais.” Tanto o contraditório diferido quanto o eventual quebram a ordinariedade do procedimento e representam a exceção. “Entretanto, o chamado contraditório eventual distingue-se das duas formas anteriores em ponto relevante. Enquanto no chamado contraditório prévio e no contraditório diferido, as posições das partes não se alteram, em virtude da aplicação do princípio – o autor continua autor e o réu, como réu, haverá de contestar a ação, no eventual aquele que figurara inicialmente como autor irá tornar-se demandado, na ação plenária subsequente.” Assinala que “a regra é – quem obtém a vantagem no sumário fica dispensado de propor o plenário.” No entanto, demonstra o descontentamento com a conversão de demandas que eram tradicionalmente sumárias em plenárias, sendo que “devemos temer a calamidade de ver nosso processo civil interpretado “conforme a Constituição”, com a consequente eliminação das ações que ainda nos restam nas quais a defesa não seja ‘ampla’.” Conclui, enfim, que “o que se oculta sob a ideologia da ampla defesa – um dos pilares a sustentar as demandas plenárias – além do fator segurança que inspirou a formação do direito moderno, é a herança iluminista que o sistema ainda conserva muito viva.” Tudo conforme BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 151/164. Picardi, a esse respeito, aponta que a máxima *audiatur et altera pars*, que rege, em grande medida, o procedimento ordinário, remonta a Sêneca e a tempos ainda progressos, o que parece apontar que não se trata de uma inovação absoluta iluminista a compreensão de uma demanda plenária e com o respeito à oitiva da outra parte. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 130/131. Apenas registre-se que a via da antecipação da tutela apresenta-se como possível forma de se permitir uma aproximação entre celeridade e a cognição plena e exauriente, na terminologia de Kazuo Watanabe, ou plenária, conforme Ovídio Baptista.

discutível, que a sumarização dos procedimentos (e um juízo sumário ou superficial) seja a regra. A restrição a tal direito deve sempre decorrer de lei, “cujos motivos devem ser fundados obviamente em razões de ordem constitucional.”¹⁰⁶ A observância deste direito fundamental há de ser levada em especial conta pelo legislador, já que cabe a ele a estruturação do procedimento, sem descurar dos direitos fundamentais processuais.

Via de consequência, “o direito de defesa é o direito de efetivamente poder negar a tutela do direito, o qual apenas poderá ser limitado em hipóteses excepcionais, racionalmente justificadas pela necessidade de efetiva tutela jurisdicional do direito.” E conclui Marinoni, afinado com o pensamento exposto: “Nessa perspectiva, não há como deixar de perceber que o direito de defesa também consiste no direito de influir sobre o convencimento do juiz.”¹⁰⁷

Outra distinção evidente é que a regência do direito de defesa pelo princípio da eventualidade.¹⁰⁸ Assim, em certa medida, a defesa comporta abrangência que o direito de ação não possui. Enquanto a narração dos fatos da inicial deve ser completa e conduzir de maneira clara ao pedido formulado de condenação do réu¹⁰⁹, a narração dos fatos por este pode comportar mais de uma versão, sendo lícita a apresentação concomitante de defesa direta e indireta.¹¹⁰ Ao autor não é dado se “defender” – na realidade se manifestar – com tamanha amplitude, pois está vinculado aos fatos narrados na inicial. Sua narrativa deve ser coesa e unívoca, sendo-lhe vedado, ao mesmo tempo, atribuir condutas opostas ao réu e fazê-las crer ambas verdadeiras.

Distanciando contraditório e ampla defesa, percebe-se que aquele se apresenta obrigatório, enquanto esta facultativa¹¹¹, significando apenas a possibilidade de reação.¹¹² Existe uma sinergia entre esses direitos fundamentais, pois a ampla defesa não explica como, de fato, se dá a efetiva participação do réu na demanda, dependendo da noção de contraditório, que, ao seu turno, individualmente considerado não esgota o tema, pois o ato de se defender não representa, sempre, um ato estabelecido a partir do contraditório. A defesa é o movimento inicial do réu tanto quanto o direito de ação é o movimento inicial do autor. Ou

¹⁰⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 44.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol 1. São Paulo: RT, 2015. p. 348.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 178.

¹⁰⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*. Vol. I. 5ª ed. São Paulo: RT, 2001. p. 223 e seguintes.

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, pp. 179-180.

¹¹¹ “A lei não lhe impõe nenhuma obrigação de que ele [o réu] se defenda.” BAPTISTA DA SILVA, *op. cit.*, p. 315.

¹¹² DALL’ALBA, Felipe Camilo. A ampla defesa vista sob um olhar constitucional processual. *In Temas atuais de Direito Público*. Curitiba: UTFPR, 2007, p. 263.

seja, há de se reconhecer uma ideia de conteúdo mínimo do preceito e que uma de suas características é a *elasticidade*¹¹³. Resulta, ainda, que é possível que seja assegurado, em determinada demanda, o contraditório, mas não a ampla defesa¹¹⁴, demonstrando que o “objetivo principal do contraditório não é a defesa [...], mas, isto sim, a influência [...] sobre o desenvolvimento e resultado do processo.”¹¹⁵ Distinguem-se, portanto, os direitos fundamentais de ação, contraditório e defesa.¹¹⁶

No tocante ao seu conteúdo, podem ser sintetizadas essas quatro características fundamentais:

(i) a declinação pormenorizada pelo autor da demanda das razões pelas quais pretende impor consequências jurídicas ao demandado; (ii) a adoção de procedimento de cognição plena e exauriente como procedimento padrão para tutela dos direitos e para persecução penal; (iii) direito à defesa pessoal e à defesa técnica no processo penal; e (iv) o direito à dupla cientificação da sentença penal condenatória.¹¹⁷

No processo civil, não são encontradas tantas articulações do direito de defesa. Todavia, as consequências desse entendimento possuem repercussões sensíveis. Por exemplo, que o item (i) está diretamente ligado ao fato de a inobservância do disposto no artigo 282, III ou IV, conduzir à inépcia da inicial, que nada mais é do que uma forma de proteção prévia ao direito de defesa do réu. Ou seja, não se admite, no bojo de um processo de corte constitucional, o indevido agravamento do exercício da defesa, que tem dificuldade em formular argumentos porque não compreende a verdadeira natureza da pretensão autoral.

A titularidade deste direito cabe tipicamente, apesar da crítica, ao demandado, pois ele detém o direito de opor resistência à tutela pretendida pelo autor, ou de (re)ação.¹¹⁸ O exercício da defesa está ligado à figura do réu, portanto, daquele que apresenta contestação. Assim, o direito fundamental à ampla defesa só se estende ao demandante no caso de ações

¹¹³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 44.

¹¹⁴ HOFFMAN, Paulo. A atuação probatória do réu revel, sob o aspecto constitucional da ampla defesa. In SILVA MARTINS, Ives Gandra, JOBIM, Eduardo. *O Processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 385.

¹¹⁵ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 207/208.

¹¹⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo. *La Garanzia Costituzionale ed il Processo Civile*. Padova: CEDAM, 1970, p. 216/217.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 651.

¹¹⁸ Em sentido contrário: DALL'ALBA, Felipe Camilo. A ampla defesa vista sob um olhar constitucional processual. In *Temas atuais de Direito Público*. Curitiba: UTFPR, 2007, p. 264.

dúpliques ou reconvenção. Estende-se, portanto, ao polo passivo da demanda.¹¹⁹ O contraditório é que pertence e deve ser assegurado a ambas as partes.

Em derradeiro, o direito de defesa não se encerra na apresentação da defesa (seja na forma de contestação, reconvenção ou exceção), assim como o direito de ação não se encerra na propositura da demanda. Ambos integram, em conjunto com outros direitos, o direito fundamental ao processo justo.¹²⁰

1.6 DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

Efetuada as distinções preliminares a fim de que se possa individuar o direito fundamental à prova, percebe-se que o ponto de partida de qualquer análise da fundamentalidade probatória encontra-se no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, ao indicar serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” Junto com o inciso LVII do mesmo dispositivo, assegurando a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, apresenta-se o corolário do direito fundamental à prova.¹²¹

Com efeito, para além do contraditório e da ampla defesa, existe um direito fundamental particularmente conectado ao tema da prova no âmbito processual, de qualquer natureza ele seja – cível ou criminal, judicial ou administrativo – muito embora a ênfase constitucional pareça privilegiar apenas o processo penal.¹²² O direito fundamental à prova independe, portanto, de “regra explícita que assegure a sua aplicabilidade”¹²³ e alcança às partes a possibilidade de “empregar todas as provas que dispõem, com o objetivo de demonstrar a veracidade dos fatos que fundam sua pretensão.”¹²⁴

Enquanto o contraditório apresenta-se como dever de debate e influência, e ampla defesa, em seu caráter mais relevante no âmbito civil, como procedimento de cognição plena

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 651.

¹²⁰ Mas a sua observância individual não é suficiente à caracterização do processo justo, nem a produção da decisão justa. CIPRIANI, Franco. *Il processo civile nello stato democratico – saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 25.

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 656. Ainda: RAMOS, Vitor de Paula. *Direito Fundamental à Prova*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 38, n. 224, pp. 41-61, out.2013. p. 44.

¹²² A mesma situação se apresenta na Constituição espanhola. Cf. AROCA, Juan Montero. *La Prueba em el Proceso Civil*. 6ª ed. Navarra: Civitas, 2011. p. 105-106.

¹²³ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001. p. 166.

¹²⁴ PÉREZ, David Vallespín. *El modelo constitucional de juicio justo em el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2002. p. 75.

e exauriente, o direito fundamental à prova manifesta-se na via da disponibilização à parte (autor ou réu) de meios para que possa conectar a tese esposada em sua pretensão ou defesa à consequência jurídica pretendida, através de material *moralmente legítimo* que deverá ser valorado pelo juiz em sua sentença.

A prova a que se tem direito é a prova *jurídica*, “caracterizada pela presença de uma disciplina jurídica da prova e o fato que essa serve a usos tipicamente jurídicos, em contextos jurídicos como o processo”¹²⁵ e que se submete a diferentes disciplinas e regramentos, a partir do sistema no qual se localize: o *civil law* ou o *common law*. À toda evidência, todo e qualquer direito, fundamental ou não, possui certas limitações, e não poderia ser diferente em âmbito probatório.¹²⁶ Pode-se apontar, *ab initio*, a própria limitação constitucional da vedação de prova ilícita, abaixo examinada. Mas também se percebem, no ordenamento jurídico brasileiro, que o legislador impôs certas limitações ao exercício desse direito, permitindo a produção de provas que sejam admissíveis, portanto, e igualmente *relevantes*,¹²⁷ exigência de diversos ordenamentos.¹²⁸

Adicionalmente, apresenta-se o caso da limitação do número de testemunhas para a prova de um determinado fato, ou em número total, ou, ainda, quando exija a prova de determinado ato exclusivamente por instrumento público. O legislador também limitou temporalmente¹²⁹ a *possibilidade* de produção de prova na denominada fase instrutória, com algumas poucas exceções.¹³⁰ Nada disso se apresenta como violação ao direito à prova, mas sim como a necessária adequação e encaixe deste direito junto aos demais direitos fundamentais processuais.¹³¹ Inviável seria pretender-se, ante a relação teleológica inegável

¹²⁵ TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 316.

¹²⁶ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verità nel diritto*. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 65.

¹²⁷ TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 57.

¹²⁸ O art. 24.2 da Constituição da Espanha assegura às partes processuais “*a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa*”. Ou seja, trata-se dos meios *pertinentes*, denotando haver a necessidade de um *filtro*, pelo julgador, no tema da admissibilidade probatória.

¹²⁹ BELTRÁN, op. cit., p. 65.

¹³⁰ Como o art. 435, do NCPC, que apenas repetiu o texto anterior, do art. 397 (CPC/73): “É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.” Veja-se, a esse respeito: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JUNTADA DE DOCUMENTO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBSERVADO O CONTRADITÓRIO E INEXISTENTE MÁ-FÉ. PRECEDENTES. 1. A regra do art. 397 do CPC não obsta a juntada extemporânea de documento cuja finalidade seja, exclusivamente, o fortalecimento da tese de defesa adotada pela parte, caracterizando mero parecer. 2. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de admitir a juntada de documentos após o momento processual oportuno, desde que observado o contraditório e inexistente a má-fé da parte que a requereu. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1440037/RN, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 09/09/2014, DJe 18/09/2014.

¹³¹ Em sentido contrário, afirmando que essas regras de exclusão de provas (ou de privilégios) estão em conflito com o direito à prova: TARUFFO, op. cit., 2008, p. 57.

entre prova e verdade¹³², a busca desta de maneira desenfreada e sem qualquer limite no processo, o que acabaria por prejudicar a própria eficácia da tutela pretendida.¹³³

No caso das limitações que podem ser impostas pelo juiz, a situação revela-se mais delicada. Toda e qualquer prova passará pelo filtro do juízo de admissibilidade, devendo preencher os requisitos de pertinência¹³⁴, relevância¹³⁵ e controvérsia¹³⁶. É vedado ao magistrado, portanto, negar a produção de prova por já estar convencido¹³⁷, já que a produção probatória em nada se relaciona com a sua valoração propriamente dita.¹³⁸ Excepciona-se a possibilidade do magistrado inadmitir prova quando, *prima facie*, o *thema probandum* não se revela meramente inverossímil¹³⁹, mas efetivamente impossível.¹⁴⁰

Nessa mesma linha, uma vez deferida a produção de determinado meio de prova, o julgador não poderá, posteriormente, retratar-se. Foi o ocorrido no julgamento do Recurso Especial nº 1.229.905/MS, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão¹⁴¹, que determinou

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 656.

¹³³ AROCA, Juan Montero. *La Prueba em el Proceso Civil*. 6ª ed. Navarra: Civitas, 2011. p. 43/44.

¹³⁴ “*La pertinencia, pues, atiende al hecho que se fija como objeto de la prueba em relación com las afirmaciones que se hicieron por las partes en su momento, y puede llevar a la no admisión de los medios de prueba que se propongan.*” AROCA, op. cit., p. 160. A respeito da diferenciação do critério de pertinência no direito francês e espanhol, vide TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970. p. 102-107.

¹³⁵ “Fatos relevantes são os acontecimentos da vida que influenciam o julgamento da lide”. LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2007. p. 31.

¹³⁶ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: La Ley, 2010. p. 202. Ainda: AROCA, op. cit., p. 161.

¹³⁷ DALL’ALBA, Felipe Camilo. A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição de inadmissão da prova por já estar convencido o juiz. In: KNIJNIK, Danilo (org.). *Prova Judiciária – estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 105-106. Nesse sentido, ainda: “Uma prova é *admissível* quando a alegação de fato é *controversa, pertinente e relevante*. A alegação é *controversa* quando pendem nos autos duas ou mais versões a seu respeito. É *pertinente* quando diz respeito ao mérito da causa. E é *relevante* quando o seu esclarecimento é capaz de levar à verdade. Reunindo a alegação de fato todas as *qualidades objetivas*, o juiz tem o dever de admitir a produção da prova.” SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 657. No mesmo sentido: RAMOS, Vitor de Paula. Direito Fundamental à Prova. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 38, n. 224, pp. 41-61, out.2013. p. 59.

¹³⁸ Muito embora o entendimento generalizado nos Tribunais brasileiros seja bem diverso.

¹³⁹ “*La verosimiglianza dell’oggetto della prova non è mai requisito della sua ammissione.*” TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970. p. 83.

¹⁴⁰ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 189.

¹⁴¹ “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA POST MORTEM. PERÍCIA NOS RESTOS MORTAIS DO FALECIDO INCONCLUSIVA. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. NECESSIDADE. COERÊNCIA COM A CONDUTA PROCESSUAL ADOTADA. PRECLUSÃO PRO JUDICATO. 1. Inexiste violação do art. 535 do Código de Processo Civil se todas as questões jurídicas relevantes para a solução da controvérsia são apreciadas, de forma fundamentada, sobrevivendo, porém, conclusão em sentido contrário ao almejado pela parte. 2. A jurisprudência do STJ é sedimentada em reconhecer a possibilidade da conversão do julgamento em diligência para fins de produção de prova essencial, como o exame de DNA em questão, principalmente por se tratar de ação de estado. Precedentes. 3. O processo civil moderno vem reconhecendo - dentro da cláusula geral do devido processo legal - diversos outros princípios que o regem, como a boa-fé processual, efetividade, o contraditório, cooperação e a confiança, normativos que devem alcançar não só as partes, mas também a atuação do magistrado, que deverá fazer parte do diálogo

que

uma vez deferida a produção de prova pericial pelo magistrado – exame de DNA sobre os restos mortais daquele apontado como o suposto pai do autor da ação -, caso o laudo tenha sido inconclusivo, ante a inaptidão dos elementos materiais periciados, não pode o juiz indeferir o refazimento da perícia requerida por ambas as partes, quando posteriormente houver sido disponibilizado os requisitos necessários à realização da prova técnica – materiais biológicos dos descendentes ou colaterais do suposto pai -, em conformidade ao consignado pelo perito por ocasião da lavratura do primeiro laudo pericial.

A relevância do tema probatório no caso julgado foi absolutamente diferenciada, a ponto de o magistrado declarar que se pode “falar na ocorrência de *preclusão para o julgador* que deferiu a realização do exame de DNA, porque conferiu aos demandados, em razão de sua conduta, um direito à produção daquela prova em específico.”¹⁴² A preclusão para o julgador em matéria cível¹⁴³ é amplamente compreendida nos Tribunais brasileiros como inexistente.¹⁴⁴ O precedente mencionado também demonstra que a prova possui importância

processual. 4. Na hipótese, deveria o julgador ter se mantido coerente com a sua conduta processual até aquele momento, isto é, proporcionado às partes a possibilidade de demonstrar a viabilidade na feitura de outro exame de DNA (preenchimento dos requisitos exigíveis) e não sentenciar, de forma súbita, o feito. 4. Além disso, acabou por conferir aos demandantes um direito à produção daquela prova em específico, garantido constitucionalmente (CF, art. 5º, LV) e que não pode simplesmente ser desconsiderado pelo Juízo, podendo-se falar na ocorrência de uma preclusão para o julgador no presente caso. 5. Diante das circunstâncias do caso em questão e da vontade das partes, ainda sendo supostamente possível a realização do exame de DNA pela técnica da reconstrução, é de se admitir a baixa dos autos para a constatação da viabilidade e realização da perícia pleiteada. 6. Recurso especial provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1229905/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/08/2014, DJe 02/09/2014.

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1229905/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 02/09/2014.

¹⁴³ Em matéria criminal, a perspectiva é diferenciada: “PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA DA EXPEDIÇÃO DA CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA. NULIDADE RECONHECIDA NO PRIMEIRO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. CONSTATAÇÃO DE ERRO NO JULGAMENTO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO POR INICIATIVA DO DESEMBARGADOR RELATOR DO RECURSO. PRECLUSÃO PARA O JUIZ. NULIDADE. PROIBIÇÃO DE REVISÃO CRIMINAL PRO SOCIETATE. PREJUDICADO O PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA. I. Hipótese na qual o primeiro julgamento do apelo cassou a sentença condenatória, havendo trânsito em julgado para acusação e defesa. Posteriormente, o recurso foi novamente submetido a apreciação do Colegiado a quo, por iniciativa do Desembargador Relator, com o fundamento de erro no julgamento, em razão de não ter sido observada a existência da certidão de intimação da defesa da expedição da carta precatória para a oitiva de testemunhas. II. Impossibilidade de renovação do julgamento do recurso em razão da preclusão e da vedação à revisão criminal pro societate. Precedentes. III. O pedido de reconhecimento do princípio da insignificância da conduta encontra-se prejudicado, em virtude da anulação da sentença condenatória. IV. Deve ser cassado o acórdão combatido, restabelecendo-se o julgamento ocorrido no dia 20.07.2010, no qual foi anulada a sentença condenatória. V. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 215.647/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2012, DJe 24/04/2012.

¹⁴⁴ Outro julgado, do próprio Superior Tribunal de Justiça, ilustra a situação: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ANULAÇÃO DE SENTENÇA E BAIXA DOS AUTOS PARA REALIZAÇÃO DE NOVAS PROVAS. ART. 473 DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. SÚMULA N. 83/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. Consoante a

distinta dependendo do caso e se está apta a formar o convencimento judicial naquele tipo específico de procedimento¹⁴⁵ – ou seja, se relaciona diretamente com os chamados *modelos de constatação*, que serão examinados mais adiante.

1.7 IMPLICAÇÕES DO RECONHECIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

1.7.1 Admissibilidade de prova ilícita

Diversos ordenamentos¹⁴⁶ possuem regulação expressa acerca da prova ilícita, ocasionando diferentes percepções acerca de sua possível admissibilidade. O que se tem é uma *regra* estabelecida de sua incitação, pois, de alguma forma, afeta direitos de terceiros¹⁴⁷, normalmente de caráter fundamental.¹⁴⁸ Não se afigura relevante, contudo, distinguir o momento de obtenção da prova ilícita, se foi antes ou depois do início do processo no qual se pretende seja ela utilizada. Nesse mesmo sentido, Marinoni e Arenhart afirmam que o que de fato relevante não é o momento de sua obtenção, mas sim a norma violada.¹⁴⁹

Cabe, questionar, então, qual é a natureza da norma violada – se de ordem material ou de ordem processual. A primeira revela uma obtenção, normalmente prévia ao processo e por um agente estatal, ou também por um particular¹⁵⁰, através de *meio inadequado* – coação, tortura, dentre outros, que acaba eivando de vício a prova no momento de sua constituição. De outro lado, a prova poderia ser lícitamente constituída, mas ilicitamente obtida, como no caso

jurisprudência desta Corte, não há preclusão para o juiz em matéria probatória, sendo possível ao Tribunal determinar a realização de prova necessária para a formação de seu convencimento, ainda que esta tenha sido anteriormente indeferida em primeira instância. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no AREsp 416.981/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 08/05/2014, DJe 28/05/2014.

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 363-364.

¹⁴⁶ Na Espanha, a prova apresenta-se ilícita quando “tenha sido obtida ou praticada com infração dos direitos fundamentais reconhecidos na Seção Primeira do Capítulo Segundo do Título I da Constituição”. PICÓ I JUNOY, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997. p. 147. A Constituição Portuguesa, em seu art. 32º, nº 8, veda a obtenção de provas obtidas mediante “tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.”

¹⁴⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. Lisboa: LEX, 1997. p. 57.

¹⁴⁸ LLUCH, Xavier Abel. *La Valoración de la Prueba en el Proceso Civil*. Madrid: La Ley, 2014. p. 46.

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. pp. 314-315.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 262.

de invasão de domicílio.¹⁵¹

Também poderia ocorrer ilicitude na produção da prova, aí já em violação à norma de direito processual, fundamental ou não, acarretando a ineficácia daquela prova em particular. Uma prova não submetida ao contraditório, na perspectiva oferecida por Marinoni e Arenhart, revelar-se-ia ilícita nessa perspectiva, muito embora os autores admitam que a violação de direito fundamental material seja evidentemente mais grave do que a ofensa a normas de cunho processual.¹⁵²

Considerando que a prova ilícita foi apresentada no processo, não sendo o caso excepcional de admiti-la, diferentes perspectivas podem, então, ser alinhavadas: a) a prova não poderia produzir efeito algum, e o magistrado deveria determinar sua destruição; b) a prova deverá ser devolvida à parte que a produziu, com o devido registro processual; c) a prova deve ficar em cartório, sob custódia judicial, a fim de que possa ser examinada em caso de recurso e também não seja perdida para a apuração de eventual responsabilidade criminal.¹⁵³

Essa regra igualmente se estende às provas ditas *derivadas* de prova ilícita,¹⁵⁴ também ditas provas contaminadas. Trata-se da doutrina dos *Fruits of the Poisonous Tree*,¹⁵⁵ oriunda do direito estadunidense, no qual a prova também é vedada caso sua descoberta tenha se dado através de um ilícito. O julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920, foi o precursor de tal teoria, no qual se decidiu que ninguém poderia ser solicitado a entregar, pelo Estado, documentos que se descobriam através de meios ilícitos. Em *Mapp v. Ohio* (1961), no qual um grupo de policiais de Cleveland invadiu, sem mandado judicial, a casa de um fugitivo. Receberam informações de que havia uma série de equipamentos, na casa e, durante a invasão, acharam materiais obscenos, que foram utilizados como prova para condenar seu proprietário nos tribunais estaduais. Entretanto, as provas não foram admitidas, pois a invasão arbitrária da polícia invalidou todo o meio de prova, inutilizado, para fins judiciais, a integralidade do material encontrado.¹⁵⁶

Esse breve apanhado demonstra a percepção inicial acerca do tema, que possibilita,

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 263.

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 264.

¹⁵³ LLUCH, Xavier Abel. *La Valoración de la Prueba en el Proceso Civil*. Madrid: La Ley, 2014. p. 47.

¹⁵⁴ Conforme dispõe o art. 157, do CPP: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

¹⁵⁵ Na perspectiva de Trocker, a doutrina italiana não é clara quanto à admissibilidade, existindo posições diversas. TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. pp. 628-631.

¹⁵⁶ EUA. Suprema Corte. *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643; 81 S. Ct. 1684; 6 L. Ed. 2d 1081 (1961). MENEZ, Joseph F.; VILE, John R. *Summaries of Leading Cases on the Constitution*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2004, p. 364.

todavia, seja a prova ilícita por derivação admitida em *pelo menos* duas situações distintas.¹⁵⁷ A primeira, também consagrada nos Estados Unidos, chama-se de *inevitable discovery exception*. No caso *Nix v. Williams* (1984), o suspeito de ter matado uma criança de 10 anos de idade e largado seu corpo em algum lugar de um trecho de mais de 200 quilômetros de uma rodovia, ao ser transportado de volta à cidade onde o assassinato teria ocorrido, foi perguntado pelo policial que o transportava se a criança não teria o direito a um enterro cristão. O suspeito então levou os policiais ao local onde se encontrava o corpo. O caso foi decidido com base nas evidências que foram encontradas no próprio corpo, que o ligavam à pessoa do assassino. Esta prova, portanto, não foi considerada ilícita, já que só o corpo bastaria para haver conexão com o assassino.¹⁵⁸

Então, além das bases da prova ilícita e dos chamados ‘frutos da árvore venenosa’, também foi transportado ao direito pátrio a noção de ‘descoberta inevitável’, presente no julgamento do Habeas Corpus nº 72.588 e também no Habeas Corpus 74.599, julgado em 03.12.1996, dispondo que a decisão condenatória era de ser mantida, uma vez que a prova ilícita “não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras licitamente obtidas pela equipe de investigação policial.” O Código de Processo Penal, em reforma recente, veio, então, a consagrar tal exceção no art. 157, parágrafo primeiro, em conjunto com a doutrina dos *fruits of the poisonous tree*: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”

Não se afasta o tema, de preponderância penal, de sua aplicabilidade no âmbito civil. O fato é que, enquanto que o processo penal é “marcado pela ênfase ao direito de liberdade [...] o processo civil não faz opção por nenhum dos direitos que pode colidir, até porque essa

¹⁵⁷ Danilo Knijnik, examinando o tema, delineaia mais hipóteses a partir de outros precedentes encontrados no direito estadunidense: “Isso não quer dizer que, diante de toda e qualquer prova originariamente ilícita, deva ocorrer a supressão das evidências dela derivadas. Cumpre aqui recordar que os tribunais deverão, necessariamente, verificar se o caso não se subsume a uma dentre as cinco limitações abaixo: - Limitação da Fonte Independente, segundo *Wong Sun v. United States*, 1963. - Limitação da Descoberta Inevitável, segundo *Nix v. Williams*, 1984. - Limitação da Descontaminação, segundo *United States v. Ceccolini*, 1978. - Limitação da Boa-fé, segundo *United v. Leon*, 1984; e, ainda - Limitação da Expectativa Legítima e Pessoal, segundo *Rakas v. Illinois*, 1978 67. Como afirmou o Justice Frakfurth em *United States v. Ceccolini*, “aqui, como em *Silverthorne*, os fatos impropriamente obtidos não se tornam sagrados e inaccessíveis”. Será, pois, imprescindível passar a uma segunda etapa e verificar se não é possível imunizar os frutos colhidos, após o que, realmente, se deverá rejeitar o material probatório em questão.” KNIJNIK, Danilo. A “Doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, n. 66, p. 83, mar. 1996.

¹⁵⁸ EUA. Suprema Corte. *Nix V. Williams*, 467, U.S. 431; 104 S. Ct. 2501; 81 L. Ed. 2d 377 (1984). MENEZ, Joseph F.; VILE, John R. *Summaries of Leading Cases on the Constitution*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2004, p. 372.

opção não pode ser feita em abstrato.”¹⁵⁹ Pode-se apresentar, então, também uma exceção além da *inevitable discovery*, apresentada através da aplicação de ponderação entre o direito violado pela aquisição da prova ilícita e o direito que se busca tutelar.¹⁶⁰ Admitir como absoluta a vedação da prova ilícita é colocar o Judiciário “a serviço daqueles que não possuem, na verdade, direito algum”¹⁶¹ a tutelar. Assim, pode-se dizer que

No processo civil, a prova ilícita apenas pode ser admitida quando não há qualquer outra prova capaz de evidenciar situação fática imprescindível à tutela de direito que, diante das circunstâncias do caso concreto, merece tutela em face do direito atingido pela prova ilícita.¹⁶²

Trata-se de uma articulação entre o direito fundamental à prova e o direito fundamental à tutela jurisdicional. Muito embora, na linha do que referem Marinoni e Arenhart¹⁶³, não se trate de uma ponderação que envolva o direito à verdade, conecta o direito probatório ao tema envolvido na demanda. Não se utilizará tão profundo exame quando se trate de simples demanda pecuniária, mas o fato é que mesmo demandas puramente civis (não penais, portanto), podem envolver uma série de direitos de cunho não patrimonial, como o pátrio poder, ou indisponíveis, como alimentos. Tais temas merecem uma perspectiva diferenciada do magistrado no que toca ao tema da prova ilícita, sob a ótica proposta.

1.7.2 Admissibilidade de provas atípicas

Ante o reconhecimento do direito fundamental à prova e de sua conexão com a busca da verdade no processo, não se pode limitar injustamente os *meios* probatórios através dos quais as partes possam convencer o juízo de sua tese. Os meios de prova não se confundem com as *fontes* de prova, que são (a) sempre pré-constituídas e relacionadas a conceitos extrajurídicos e pertencentes a uma realidade extraprocessual;¹⁶⁴ (b) são fatos que “auxiliam na dedução do fato a provar, constituídos pela representação deste”¹⁶⁵; (c) de existência

¹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 269.

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 273.

¹⁶¹ FORSTER, João Paulo Kulczynski. O direito de defesa e a prova ilícita. *In: Direito de Defesa*. São Paulo: LTr, 2007. p. 271.

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 275.

¹⁶³ Ibid., p. 273.

¹⁶⁴ AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2011. p. 147.

¹⁶⁵ CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile – parte generale*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 84.

independente do processo, com caráter substantivo e material.¹⁶⁶

O meio de prova, de seu turno, é conceito jurídico, representando através de uma atividade processual¹⁶⁷ com o objetivo específico de convencimento judicial. É o que os sistemas de *common law* denominam *evidence*, caracterizada por dados, informações, circunstâncias, documentos, que podem, através de inferência, tornar-se *proof*, que é a visão da prova como resultado, ou seja, as conclusões alcançadas através daqueles meios de prova (*evidence*).¹⁶⁸

O artigo 369 do Novo Código de Processo Civil¹⁶⁹ dispõe sobre a possibilidade das partes se valerem de todos os “meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”, apontando que, ao contrário da ampla defesa, o titular do direito é tanto autor quanto o réu – mas não o juiz.¹⁷⁰ Logo, o rol apresentado na codificação processual, civil ou penal, é meramente exemplificativo¹⁷¹, admitindo-se as provas atípicas e necessárias à prova de determinada alegação sobre um fato¹⁷², desde que manifestada através de meio *moralmente legítimo*.¹⁷³ Não há maior debate na doutrina acerca da admissibilidade das provas atípicas, a não ser quando a atipicidade não envolve o *meio de prova*, mas sim a *fonte da prova* ou o *meio de sua aquisição pela parte*.¹⁷⁴ Mas também reconhece que, nesse último caso, não se trataria propriamente de uma prova

¹⁶⁶ AROCA, op. cit., p. 147.

¹⁶⁷ GUASP, Jaime, ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. 7ª ed. Navarra:Thomsom Civitas, 2005. p. 395

¹⁶⁸ Cf. TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 34. O jurista italiano ensina que os a terminologia usual europeia utiliza os termos *prova*, *preuve*, *prueba* e *Beweis* com duplo significado, de *evidence* e também de *proof*. Assim, normalmente, os chamados *meios de prova*, *mezzo di prova*, *moyen de preuve* (ou *mesure d'instruction*), *medio de prueba* e *Bewwimittel* seriam a *evidence* do direito anglo-saxão. Ressalve-se, contudo, que também se utiliza a expressão *means of proof* no mesmo sentido de *meios de prova*, cf. evidencia TAPPER, Colin. *Cross & Tapper on Evidence*. 12ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 53.

¹⁶⁹ Que pouco alterou a redação do art. 332 do CPC/73, para incluir-lhe a ideia de que a prova também exerce influência sobre a convicção judicial, reforçando a perspectiva da função da prova como argumento, tema examinado no item 2.2.1.

¹⁷⁰ O sentido do poder instrutório do juiz é diverso daquele direito à prova aqui tratado. A tal respeito, vide AROCA, Juan Montero. *La Prueba em el Proceso Civil*. 6ª ed. Navarra: Civitas, 2011. p. 106.

¹⁷¹ CHIRINOS, Alberto J. Montezuma. Las reglas de la IBA y el derecho fundamental a la prueba. In POSADA, Giovanni Priori (org.). *Las Garantías del Justo Proceso*. Lima: Palestra, 2013. p. 382.

¹⁷² CARBONE, Carlos Alberto. Los medios de prueba no previstos em la ley ante el derecho constitucional de ofrecerlos si fueren pertinentes. In: MORELLO, Augusto M. (org.). *Prueba*. Buenos Aires: La Ley, 2007. p. 124.

¹⁷³ O termo “meios moralmente legítimos” busca vedar a obtenção de prova viciada não só na sua formação, mas também no modo como foi obtida. SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. A Crise da Privacidade e os Meios de Prova in Revista Forense. Rio de Janeiro, vol. 252, novembro/dezembro, p. 69/70: “[...]. Por isso o advérbio de modo “moralmente” constante do artigo 332 tem por escopo não só ultrapassar os lindes da tipificação legal, como restringir a área dessa ultrapassagem.”

¹⁷⁴ RICCI, Gian Franco. Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa. In: *Le Prove nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 177-178.

meramente atípica, mas também de uma prova que se revela ilícita.¹⁷⁵

Não existe na lei uma limitação legal dos meios de prova¹⁷⁶, ressalvada a prova ilícita, assim como não há hierarquia ou ordem de preferência entre eles. A enumeração legislativa “coincide [...] com a importância prática dos meios de prova; mas, do ponto de vista jurídico, não há preferência nenhuma de uma prova sobre a outra, nem de índole relativa, nem de índole absoluta.”¹⁷⁷ O Tribunal Constitucional Espanhol definiu que “não há preferência absoluta [...] [;] nenhuma prova, seja qual for seu valor isolado, é superior frente às demais e, quando se põe em contato, o órgão jurisdicional, mediante apreciação conjunta, pode atribuir superioridade ao meio que se estime procedente.”¹⁷⁸

O jurista italiano Gian Franco Ricci, com precisão, assinala que o entendimento de inexistência de hierarquia é simplista, pois precisa ser acompanhado da percepção que a prova atípica poderá, sim, ter um valor bem menor daquela típica, ao menos no sentido de que não produzida em contraditório.¹⁷⁹ Refere, como exemplo, o testemunho prestado extrajudicialmente antes do processo e, também, as informações coletadas em inquérito policial, sem a presença de advogado do acusado, que não podem ter valor de prova *plena* em um sucessivo processo civil. Admite, enfim, que não há como oferecer uma tese de atribuição *a priori* de valor inferior a tais meios de prova, pelo amplo número de meios que se encontram cobertos sobre tal previsão de *atipicidade*, inclusive as provas oriundas do progresso científico.¹⁸⁰

Não havendo hierarquia pré-disposta, nem restrição legal aos meios probatórios, conquanto *moralmente legítimos*, impõe-se com consequência do direito fundamental à prova a admissibilidade de provas atípicas¹⁸¹, ou seja, que não constam do rol legal, mas que podem ser utilizadas pelas partes a fim de convencer o julgador. Há que se admitir que exista, também, um caráter *prático* moderno por detrás dessa modalidade probatória. Nem sempre a vida moderna se encaixa dentro da perspectiva dos meios de prova previstos pelo legislador. Assim, para além da busca da verdade como objetivo da prova, existe uma conformação do

¹⁷⁵ Ibid., p. 178.

¹⁷⁶ E nem poderia haver, pois, como define Taruffo, o que confere à prova a sua essência não é estar listada em rol legal, mas sim que ela sirva “logicamente a provar um fato.” TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. pp. 379-380.

¹⁷⁷ GUASP, Jaime, ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. 7ª ed. Navarra:Thomsom Civitas, 2005. p. 397.

¹⁷⁸ Cf. referido por GUASP, Jaime, ARAGONESES, Pedro, op. cit., p. 397.

¹⁷⁹ RICCI, Gian Franco. Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa. In: *Le Prove nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2007. pp. 179-180.

¹⁸⁰ Ibid., pp. 180-181.

¹⁸¹ O rol de provas atípicas se altera conforme o doutrinador, sendo as mais aceitas a prova emprestada, os fatos notórios, o comportamento processual das partes, dentre outros. Por todos: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

direito probatório à realidade prática dos tribunais. Giovanni Verde, em exame sobre as ‘provas novas’, refere que juízes franceses aceitam, como praxe, a apresentação de declarações escritas de testemunhas ao invés de requerer a produção do depoimento testemunhal em juízo. O estudioso que critica tal postura judicial, afirma o jurista italiano, está “fora da realidade”.¹⁸² A realidade dos tribunais também clama pela aceitabilidade de provas atípicas.

Deve ser entendido como meio de prova, portanto, todo meio idôneo e moralmente legítimo, independentemente de sua previsão expressa em lei, e que possa ser objeto de apreciação pelo juiz, afetando sua percepção¹⁸³ do caso *sub judice*. Lembrando-se que, nem por isso, deixa de se sujeitar, como já se analisou no item 1.4.3, a critérios jurídicos de admissibilidade¹⁸⁴ e também de limitações por outros direitos fundamentais processuais¹⁸⁵, como o contraditório¹⁸⁶, a fim de que realmente possam vir a compor o elenco probatório do processo civil, penal, administrativo, trabalhista, arbitral.

1.7.3 Distribuição dos ônus probatórios de forma clara

A distribuição dos ônus probatórios consta, de forma clara e expressa, no art. 373¹⁸⁷ do Novo Código de Processo Civil, atribuindo a autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Trata-se de regra de distribuição estática do encargo probatório.

Na perspectiva tradicional, o ônus de provar incumbe ao interessado, e nesse sentido,

¹⁸² Tudo cf. VERDE, Giovanni. *Prove Nuove*. In *Le Prove nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 24.

¹⁸³ CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile – parte generale*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 69.

¹⁸⁴ TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 41.

¹⁸⁵ A atipicidade aqui proposta não permite o ingresso, na dinâmica processual, de meios de prova que sejam com ela incompatíveis. Uma abertura excessiva, como bem coloca Luís Alberto Reichelt a partir da crítica de Cavallone, “abre as portas para o risco de ofensa às garantias estruturais do processo que estabelecem mecanismos de controle da formação do convencimento jurisdicional. Neste sentido, a obediência a normas que garantem a participação dos sujeitos processuais na aquisição das provas não se constitui em mera formalidade, mas, antes de tudo, em verdadeira tradução do valor democracia no seio do debate processual.” REICHEL, Luís Alberto. *A Prova no Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 287.

¹⁸⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE COBRANÇA. PROVA ORAL EMPRESTADA. DEFERIMENTO. A prova emprestada, modalidade de prova atípica, de regra, não sofre restrições, mormente quando, como no caso, houve a observância do princípio do contraditório, tanto no feito onde se produziu a prova como na presente demanda. Hipótese, ademais, em que figuram no pólo passivo da presente demanda os mesmos réus que figuraram na ação criminal. RECURSO PROVIDO. UNÂNIME. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70032783144, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 03/12/2009.

¹⁸⁷ A redação segue idêntica ao art. 333 do CPC/73.

não se confunde com dever¹⁸⁸ de provar, mas sim com uma verdadeira necessidade. Esabelece a premissa desse entendimento José Américo Zampar Jr., afirmando que “só importa a parte provar a existência do nascimento do efeito jurídico pretendido ou daquele que impeça, modifique ou extinga o primeiro”, já que, a partir daí, ocorre a presunção de continuidade da relação que foi demonstrada, a não ser que a parte adversa prove o contrário.¹⁸⁹ Trata-se, nessa primeira perspectiva, de “regra de conduta dirigida às partes, que indica quais os fatos que a cada uma incumbe provar.”¹⁹⁰ Barbosa Moreira classifica este como *ônus subjetivo da prova*, ou seja, é o desejo da parte de provar (e ser vitorioso na contenda) que cria tal interesse.¹⁹¹ O chamado ônus objetivo da prova consiste na indicação da lei a quem incumbe provar, que também vai arcar com as consequências desfavoráveis de não tê-lo feito.

Reforçando essa visão, o ônus também não pode ser caracterizado como obrigação ou dever pelo simples fato de que o descumprimento de sua alocação não implica sanção.¹⁹² O ônus da prova incumbe à determinada parte, que tem interesse na resolução do processo a seu favor, evidentemente. Caso ela tenha utilizado todos os meios possíveis para a produção das provas, não tendo, mesmo assim, convencido o julgador, de nada adiantará seu grande esforço, ainda que comprovado: ela não cumpriu seu ônus, inobstante tenha se esforçado para tanto. Da mesma forma não lhe é imputada qualquer penalidade caso todos os fatos que desejava provar tenham sido provados de outra forma que não por seu próprio esforço, ainda que pudesse fazê-lo.¹⁹³ Nessa ordem, o ônus da prova nem sempre incumbe ao autor: quando o réu houver alegado fato extintivo do direito pretendido, caber-lhe-á, então, a prova (*necessitas probandi incumbit ei qui agit*), acaso superado o primeiro momento probatório designado ao autor daquela afirmação.

¹⁸⁸ “A diferença entre dever e ônus está em que (a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos; satisfazer é do interesse do próprio onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. 2a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. P. 281.

¹⁸⁹ ZAMPAR JR., José Américo. Parâmetros para uma distribuição do ônus da prova: um olhar normativo sobre o sistema de repartição do encargo probatório. *In: Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 33, jan./mar. 2008, p. 166.

¹⁹⁰ DIDIER JR., Fredie Souza, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 106.

¹⁹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e Ônus da Prova *in Temas de Direito Processual (Segunda Série)*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 74.

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 177. Essa conclusão é reforçada pelo artigo 371 do NCPC: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

¹⁹³ BARBOSA MOREIRA, op. cit., p 75.

A parte interessada (onerada) também não pode cair em *excesso de otimismo*¹⁹⁴ (ou ingenuidade) de que o juiz e a outra parte farão todo o seu trabalho. Isto é, a toda evidência, absurdo e mostraria verdadeiro desinteresse processual: nem o próprio juiz, frente a tal atitude, se mostraria interessado em officiar por provas. A outra parte, então, seria tomada de extremo gáudio por tal atitude, já que se beneficiaria de tal conduta. Ademais, a própria parte onerada é que, via de regra, vai estar em melhores condições de produzir a prova. E, importante frisar, a legislação outorga ao julgador a *faculdade* de ordenar provas *ex officio*, e não lhe impõe, nessa seara, um *dever*.

Diga-se que essa perspectiva tradicionalmente estabelecida encontra-se em conflito com a nova leitura realizada do direito à prova, em decorrência, igualmente, dos demais direitos fundamentais processuais. A prova, na visão atualizada do tema, é também um dever, “alinhado aos deveres de lealdade e boa-fé processuais”, pois, se se exige do Estado o “dever de julgar os conflitos e de dar tutela efetiva, tempestiva e adequada a qualquer lesão ou ameaça a direito, então é indispensável que se imponha a toda coletividade o consectário dever de auxiliar a jurisdição nessa tarefa.”¹⁹⁵ Essa percepção, aliada ao próprio direito fundamental à colaboração, constrói um dever de colaboração de probatória que se impõe às partes e que admite algumas poucas exceções, aí enquadradas as denominadas ‘regras de privilégio’.¹⁹⁶

Salienta-se, noutra perspectiva, que o ônus também se apresenta como *regra de julgamento*. Trata-se, nesse sentido, de verdadeira regra de orientação ao juiz para que possa, frente à obscuridade dos fatos, decidir desfavoravelmente em relação àquele incumbido da produção probatória. É instrumento do qual se vale o julgador já que não pode, diferentemente do magistrado romano, valer-se do *non liquet*¹⁹⁷, tratando-se de uma determinação de como o juiz deve se pronunciar frente à ausência de prova de uma alegação fática relevante no processo.¹⁹⁸ É defeso, nesse sentido, ao juiz, pronunciar-se com dúvida¹⁹⁹ sobre o caso em questão, valendo a máxima romana *actore non probante, reus absolvitur*. Portanto, o juiz pode fundamentar sua decisão unicamente nessa regra de julgamento, já que

¹⁹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e Ônus da Prova in *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p 78.

¹⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2015. p. 253. Vide também, no mesmo sentido, RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da Prova no Processo Civil – do ônus ao dever de prova*. São Paulo: RT, 2015.

¹⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel, op. cit., pp. 255-256.

¹⁹⁷ AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2011. p. 121.

¹⁹⁸ MELERO, Valentín Silva. *La Prueba Procesal*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 93.

¹⁹⁹ MICHELI, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba*. Traduzido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1961. p. 12.

seria absurdo fornecer a ele essa “tábua de salvação e depois censurá-lo por tê-la usado”.²⁰⁰

De outro lado, percebe-se que a existência de tal regra revela-se insuficiente para a apreciação de todos os casos indistintamente. A aplicação estéril da regra ‘estática’ desconsidera a possibilidade de ocorrência de situações em que “flerta, perigosamente, com a impossibilidade de provar, beirando a inutilidade da ação judiciária, com a vedação oculta de acesso efetivo à Justiça.”²⁰¹. Revela-se indispensável uma adequada conformação do tema, pois “não mais se desconhece sua função junto à atividade probatória das partes e, por via de consequência, para o adimplemento do processo justo, que possibilite o alcance de efetiva e adequada tutela jurisdicional.”²⁰²

Nesse terreno fértil surge a carga dinâmica do ônus da prova, ou seja, uma permissão de que o magistrado distribua de forma diferenciada os ônus previstos no art. 373 do NCPC. A fundamentação que possibilita essa instrumentação decisória do julgador é dúplice, de um lado, escorando-se no princípio da igualdade material das partes em bases materiais e, de outro, apoiando-se nos deveres de lealdade e colaboração das partes,²⁰³ ambos radicados no direito fundamental ao processo justo.²⁰⁴ Via de consequência, a perspectiva do ônus subjetivo da prova deve ser privilegiada, valorizando a atuação e produção probatória das partes, com vistas à redução do ônus prova como regra de julgamento²⁰⁵.

A questão, amplamente debatida na doutrina e já aceita pelos tribunais pátrios²⁰⁶, como se vê bem respaldada no direito fundamental ao processo justo, pode, em determinadas situações, acabar por violar o direito fundamental à prova. O problema surge na perspectiva

²⁰⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e Ônus da Prova in *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 80.

²⁰¹ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 175.

²⁰² CARPES, Arthur. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 79.

²⁰³ KNIJNIK, op. cit., p. 178.

²⁰⁴ CARPES, op. cit., p. 80

²⁰⁵ CARPES, op. cit., p. 55.

²⁰⁶ No sentido de que a inversão deve propiciar que a parte se desincumba do ônus e, portanto, deve ocorrer antes da fase instrutória, e não na etapa decisória: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MOMENTO. CABIMENTO E AMPLITUDE. CARGA DINÂMICA DA PROVA. REALIDADE DOS AUTOS. Em se tratando de inversão do ônus da prova dependente de definição judicial, tal há de ocorrer antes da fase instrutória, visando eliminar surpresas a quem em princípio, não tocaria tal fardo. Ao demandado, em sede de ação civil pública que visa preservação do meio ambiente, corresponde o ônus probatório de demonstrar a inoccorrência dos danos ambientais. Encargo este, entretanto, que não abrange a evidência quanto aos fatos geradores da situação danosa, a cujo respeito a própria existência do inquérito civil imputa ao autor da ação mínima demonstração. As regras relativas à distribuição do ônus da prova merecem leitura dinâmica e não estática, imputando-se o encargo probatório a quem melhor detém condições de dele se desincumbir. No caso dos autos, há de se considerar a modesta condição social e financeira do demandado, o que implicaria rematada iniquidade imputar-se provar a inexistência dos próprios fatos a ele atribuídos, enquanto o parquet dispõe de todas as condições materiais para tal, o que, por sinal, já tratou de fazer no inquérito civil, cujos elementos informativos a respeito serão oportunamente avaliados em sentença.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70056015084, Vigésima Primeira Câmara Cível, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 14/08/2013.

da visualização do tema como *regra de julgamento*, ou seja, antes de valorar a prova, o juiz percebe-se diante de material probatório *insuficiente*.²⁰⁷ Essa percepção acarreta a dinamização da carga probatória em sentença ou, o que poderia ser ainda pior, em decisão colegiada de segunda instância.

Assim, correta a percepção de que existe um *momento* próprio para essa dinamização, sem que haja lesão ao direito fundamental à prova. O fato é que o processo moderno, de corte cooperativo, a partir do dever de auxílio e da própria vedação das já mencionadas decisões-surpresa, não pode apresentar uma perspectiva diferente daquela trazida no art. 373 do Novo Código de Processo Civil só muito depois de encerrada a fase instrutória. Merece destaque, no ponto, a lição de Luís Alberto Reichelt:

A adoção de uma estrutura dinâmica de repartição de ônus de prova é possível, mas não se constitui em tarefa fácil. No sistema de direito positivo brasileiro, a primeira dificuldade a ser enfrentada em sede de cargas probatórias dinâmicas diz respeito à necessidade de assegurar às partes a previsibilidade mínima quanto à forma pela qual se opera a construção da decisão jurisdicional, condição indispensável para a regularidade do processo, à luz das garantias do contraditório e do devido processo legal. Trata-se, pois, de condição indispensável para que a atuação judicial não venha a oscilar da excessiva rigidez imposta pela determinação legal em direção ao igualmente perigoso âmbito do arbítrio.²⁰⁸

Para que possa haver dinamização do *onus probandi* sem lesão a direito fundamental, deve haver o estabelecimento de diálogo transparente ente magistrado e partes, ofertando a estas o prévio conhecimento a respeito das regras de julgamento que serão empregadas naquele caso em particular.²⁰⁹ Do contrário, a nobre intenção do instituto da dinamização acaba por solapar direitos fundamentais, não através de efetiva ponderação, mas simplesmente ignorando a existência deles, como se se tratassem de meras regras, na eficácia do ‘tudo ou nada’.²¹⁰

De fato, o legislador, ao elaborar o Novo Código de Processo Civil, ocupou-se do tema, dispondo, no § 1º do artigo 373²¹¹, que o juiz poderá atribuir o ônus da prova de modo

²⁰⁷ AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2011. p. 121.

²⁰⁸ REICHELTL, Luís Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 351.

²⁰⁹ Idem, *ibid.*, p. 351.

²¹⁰ Dworkin assinala que as regras possuem uma eficácia de tudo ou nada, ou seja, quando existe uma possibilidade de aplicar uma regra (em detrimento de outra ou não), ou ela se aplica, ou não se aplica. As regras não estariam sujeitas, assim, ao juízo de peso ou importância ao qual se submetem os princípios. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 70.

²¹¹ “§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão

diverso, quando haja impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput (que em nada modificou a redação do art. 333 do diploma processual civil vigente), desde que o faça em decisão *fundamentada* e, nos termos do § 2º, não ocasione “situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”. Essa nova compreensão, agora positivada, mostra-se consentânea com o direito fundamental à prova na perspectiva aqui sustentada.

1.7.4 Adequadas dilação probatória e valoração da prova

Não há sentido em se falar em direito fundamental à prova se o legislador, enquanto vinculado ao dever fundamental de densificação de tal direito, não regulamentar procedimento que permita adequada dilação probatória. Assim, percebe-se uma conformação procedimental voltada às demandas plenárias²¹², nas quais não apenas há ampla possibilidade de discussão fática, mas também de produção de material probatório a dar suporte às alegações formuladas pelas partes.

Na perspectiva do juiz, bem assevera Cândido Dinamarco, este “só exerce legitimamente o poder de decidir segundo sua própria convicção quando ele o faz depois de produzidos todos os meios probatórios regularmente requeridos pelas partes.”²¹³ Trata-se, aqui, de uma consequência intimamente ligada ao direito fundamental à motivação das decisões judiciais. Nessa linha, Michele Taruffo²¹⁴ ensina que a motivação *é elemento “estrutural necessário dos provimentos jurisdicionais”*²¹⁵, podendo ser vista como um discurso justificativo da decisão judicial “institucionalmente atribuído”.²¹⁶ Portanto, deve ser encarada levando em conta a sua estrutura peculiar, utilizada como ponto de referência para a verificação do cumprimento de necessidade justificatória da decisão.²¹⁷ A motivação “fornece

fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

²¹² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 156.

²¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4ª ed. Tomo II. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 1039.

²¹⁴ Sempre atentos ao alerta de Michele Taruffo, que afirma que a determinação em concreto do significado próprio da motivação é extremamente mais complexa do que a análise que o próprio julgador efetua, pois a motivação envolve diversas hipóteses, mormente a presença de fatores argumentativos dentro do contexto lógico judicial. TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova: CEDAM, 1975. p. 118.

²¹⁵ *Ibid.*, pp. 457-458.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 112.

²¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 86.

os meios para confrontação do ato de julgar com os respectivos pressupostos, permitindo a construção da base do escrutínio.²¹⁸ Carl Mittermaier define com objetividade o que vem a ser *sentença motivada* e também auxilia na elaboração do conceito de motivação: “a sentença motivada outra coisa não é que o produto controlável de uma operação lógica.”²¹⁹

Definitivamente, a motivação não se confunde com a mera listagem das provas que convenceram o julgador, devendo demonstrar sua *ratio*, o que implica não só retirar uma conclusão fundamentada dos fatos provados, mas também plasmar naquele momento *o iter formativo da convicção*, determinando quais são os elementos probatórios que considerou e como eles o conduziram à sua convicção.²²⁰ Nelson Nery Jr. utiliza o vocábulo *fundamentar*, afirmando que “fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir daquela maneira.”²²¹ Essencialmente, a motivação demonstra que o magistrado enfrentou os argumentos das partes²²² e valorou a prova²²³.

A locução *valorar a prova*, revela, assim, um “juízo de aceitabilidade dos enunciados sobre fatos controvertidos [...] [considerando] o apoio que o conjunto de provas presta às hipóteses fáticas em consideração e decidir, em consequência, se tais hipóteses podem se aceitar como verdadeiras.”²²⁴ Implica, portanto, valoração racional que necessita basear-se em critérios e parâmetros objetivos, lógicos e racionais. O magistrado deve valer-se de regras da lógica, de conhecimentos científicos “afiançados pelas máximas de experiência”²²⁵, e também de modelos probabilísticos, conquanto compreenda sua forma de utilização, relevância e consequências.²²⁶

A valoração da prova é tema bastante complexo, possivelmente porque recaia em terreno instável para a perspectiva mais abstrata do que vem a ser o Direito – o contato com o mundo fático não transparece nos currículos das faculdades, nem em grande parte da doutrina jurídica, como já anotado supra. Cabe, então, sejam elaborados critérios gerais para a

²¹⁸GASPAR, António Henriques. A justiça nas incertezas da sociedade contemporânea. *Julgar*, Coimbra, v.1, jan./abr. 2007, p. 29.

²¹⁹MITTERMAIER, Carl. *Teoria della prova nel processo penale*. Milano: Sanvito, 1858. p. 107.

²²⁰SENDRA, Vicente Gimeno. *Derecho procesal civil*. Tomo I. 2. ed. Madrid: COLEX, 2007. p. 528-529.

²²¹NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 218.

²²²O entendimento uníssono da jurisprudência e de boa parte da doutrina é de que o magistrado não é obrigado a enfrentar *todos* os argumentos das partes, mas sim que fundamente adequadamente sua decisão, apontando uma conclusão firme e clara. ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. v. 2. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 582. A exposição da causa se dá em tese (pelo autor) e antítese (pelo réu), que serão analisadas pelo juiz em análise crítica determinando sua resolução. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 353.

²²³BUENO, op. cit., p. 354.

²²⁴ABELLÁN, Marina Gascón. *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. p. 57-58.

²²⁵MORALES, Rodrigo Rivera. *La prueba: Un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 256.

²²⁶BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valutazione razionale della prova*. Milano: Giuffrè, 2012. p. 93.

avaliação da prova, como apontam Comoglio, Ferri e Taruffo:

Sono d'altronde identificabili alcuni criteri generali per la valutazione delle prove. Così, ad esempio, occorre distinguere la valutazione della singola prova e la valutazione complessiva della prova. La valutazione della singola prova deve implicare soprattutto la *critica della prova*, ossia il controllo sulla credibilità delle fonti che costituisce il mezzo di prova (credibilità del teste, autenticità del documento, e così via). Inoltre, si tratta di stabilire se ed in quale grado quella prova fornisce elementi di attendibilità idonei a fungere da supporto razionale dell'ipotesi sul fatto. Questa operazione può richiedere la formulazione di inferenze anche complesse: il problema fondamentale è allora quello della formulazione e giustificazione dei passaggi inferenziali e dell'uso corretto delle *massime d'esperienza* che di solito ne rappresentano la base. [...] Soprattutto, poi, occorre che la decisione sulle prove sia controllabile, che il giudice ne esperisca gli aspetti rilevanti e li giustifichi con idonei argomenti nella motivazione della sentenza.²²⁷

A admissibilidade da produção probatória em “máxima potencialidade”²²⁸ revela, portanto, apenas uma das tantas facetas do direito fundamental à prova. Requer possua também faceta de *efetividade*, reconhecida no direito de “realmente poder influir no convencimento do juiz, valendo-se de todos os meios de prova considerados úteis e idôneos para demonstrar a existência e a eficácia dos fatos pertinentes e relevantes para a causa.”²²⁹

Aponta-se, enfim, a necessidade de que essa valoração da integralidade do material probatório, inclusive de eventuais indícios²³⁰, se dê de forma racional e não completamente aleatória,²³¹ pois só o exame racional pode estar sujeito a controle efetivo, pelas partes, sociedade e instâncias superiores.²³²

²²⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado, TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile – I. Il processo ordinario di cognizione*. 5ª ed. Bologna: Il Mulino, 2011. p. 478-479.

²²⁸ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001. p. 170.

²²⁹ *Ibid.*, p. 170.

²³⁰ Tonini, examinando o tema na ótica do processo penal italiano, refere que “o indício não é uma prova ‘menor’, mas uma prova que deve ser verificada. O indício é idôneo para apurar a existência de um fato histórico delituoso somente quando presentes outras provas que excluam uma diversa reconstrução do acontecimento. O princípio é formulado no art. 192, inciso 2, do CPP: a existência de um fato não pode ser deduzida por meio de indícios, a menos que estes sejam graves, precisos e consonantes. Desta regra emerge, em primeiro lugar, que um único indício nunca é suficiente.” TONINI, Paolo. *A Prova no Processo Penal Italiano*. São Paulo: RT, 2002. p. 58. A respeito do modelo de constação no processo penal quando há prova exclusivamente indiciária, vide KNIJNIK, Danilo: *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 43 e ss.

²³¹ É inegável que os juízes possuem certo grau de discricão na prolação de suas decisões, mas eles estão, na maior parte de sua atividade, sujeitos a restrições muito significativas, “eles simplesmente não podem proceder como bem desejarem.” KOZINSKI, Alex. What i ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making. In: O'BRIEN, David. *Judges o judging: views from the Bench*. 3. ed. Washington, D.C.: CQ Press, 2009. p. 98. A opinião de Kozinski sobre a noção popularmente referida de que o que o julgador comeu ou se teve uma boa noite de sono influencia em suas decisões é de que essas conclusões não passam de “horse manure”.

²³² MORALES, Rodrigo Rivera. *La prueba: Un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 256.

1.8 CONCLUSÕES PARCIAIS

Neste capítulo, propôs-se examinar e estabelecer a fundação básica do direito probatório, a partir do prisma dos direitos fundamentais processuais. O processo civil moderno, de corte cooperativo, estrutura-se a partir da Constituição Federal, de cima para baixo, portanto. Não é à toa que na redação do Novo Código de Processo Civil, o legislador tanto se ocupou em assegurar referidos direitos, não pensando única e exclusivamente no tema da celeridade processual (*rectius*: duração razoável do processo). Valeu-se, para tanto, da estrutura inicial da nova lei processual para que sejam valorizados e percebidos apenas alguns dos direitos fundamentais processuais mais caros: acesso à justiça, cooperação, paridade de tratamento (igualdade), contraditório, motivação, dentro outros que destes se deduzem.

Pode-se verificar, portanto, a atualidade dos direitos fundamentais processuais, em pleno estágio de desenvolvimento e fortalecimento, outorgando aos jurisdicionados uma ampla gama de direitos contra o arbítrio estatal. O contraditório e a ampla defesa são usualmente colocados ao lado do direito à prova e com este confundidos, fazendo parecer com que o direito de provar está absorvido por eles. Na realidade, esta sinergia não se confunde com total identificação: o contraditório é, além do direito de ciência bilateral dos atos processuais e participação, efetivo direito de *influência* na decisão judicial. Essa influência pode se dar também através de prova, mas especialmente através do exame racional operado pelas partes dos argumentos e material probatório produzido nos autos.

A defesa, de sua vez, é realidade peculiar do réu, contraposta ao direito de ação. Defender-se em juízo não é conduta do autor, mas do demandado. Nesta linha, o direito de defesa, especialmente a partir do princípio da eventualidade, distingue-se do direito de ação e do direito à prova, já que este se estende às partes indistintamente.

Conclui-se que essa densificação do direito fundamental à prova, permite extrair consequências diretas e práticas, nem sempre percebidas pela doutrina e pelos tribunais. A de maior relevo para o presente estudo é a necessidade de valoração adequada da prova, que necessita ser visualizada sob a ótica do objetivo do processo (reconstrução dos fatos para obtenção da ‘verdade?’) e também em perspectiva epistemológica.

CAPÍTULO II – PRESSUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS DO DIREITO PROBATÓRIO

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Faz-se necessário que o processo almeje, ou deva almejar, a obtenção da verdade.²³³ Como já referido, a prova desempenha papel de destaque no íterim transcorrido desde a propositura de uma demanda até seu julgamento final, que deverá repousar, de uma forma ou de outra, sobre o resultado da atividade probatória das partes e, modernamente, também do julgador. Afinal, como bem salienta Jeremy Bentham, o “poder do procedimento reside na ligação entre prova e decisões corretas.”²³⁴

Só que a atuação judicial parte de uma conformação previamente desenhada pelo legislador, atuando o magistrado nestes lindes. Juan Montero Aroca²³⁵ assinala que o legislador está consciente das dificuldades inerentes à obtenção da verdade no processo, pois está sujeito a regras conformadoras e a princípios, bem como a garantias processuais essenciais, que terminam por solapar tal busca. Menciona, no lugar de verdade, a ideia de certeza ou de ‘elementos suficientes’ para que se tenha como provada alguma das afirmações das partes sobre os fatos. Mas o que poderia justificar a expressão “elementos suficientes” mencionada pelo jurista espanhol? Seriam elementos probatórios suficientes? E o que justifica a ideia de que sejam suficientes, ou de possam, de fato, representem material probatório crível (ou apropriado²³⁶) a ponto de formar o convencimento do juiz?

Destaque-se que se revela sutil a diferença proposta entre ‘verdade’ e ‘certeza’. O que pretende o jurista é uma transposição de um possível critério metafísico de verdade para uma convicção individual (a tal certeza) do magistrado. Mesmo com essa tentativa, o problema não se resolve, ou, melhor dizendo, denota que o direito probatório não está infenso de incursão no plano da epistemologia.²³⁷ Esta se apresenta como o estudo do conhecimento e de crenças²³⁸ justificadas.²³⁹ A necessidade de uma aproximação entre o Direito, como um

²³³ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 153.

²³⁴ Cf. GENN, Hazel. *Judging Civil Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 13.

²³⁵ AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2011. p. 51.

²³⁶ GENN, op. cit., p. 13.

²³⁷ O Direito como um todo está imerso “até o pescoço em epistemologia”. HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry*. New York: Prometheus Books, 2009. p. 362.

²³⁸ Optou-se pela tradução do termo *belief* enquanto *crença*.

²³⁹ DWYER, Déirdre. *The Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 14.

todo, em particular no âmbito probatório, e a epistemologia, é evidente e foi obra de diversos juristas desde meados do século XVIII, sem muito êxito, por conta do estágio bastante inicial dessas áreas – o hiato existente entre elas, então, era grande demais para uma aproximação.²⁴⁰

Por outro lado, o tratamento preferencial dado pela doutrina nacional à teoria geral da prova não menciona o viés epistemológico do direito probatório, demonstrando a necessidade imperiosa de se questionar quais são os conceitos fundamentais ligados à epistemologia propriamente dita.²⁴¹ O presente capítulo oferece o exame necessário à compreensão de tais elementos, bem como vincula o direito probatório à perspectiva de uma “função epistêmica do processo”, este devendo ser considerado como “um conjunto estruturado de atividades encaminhadas a obter conhecimentos verdadeiros sobre os fatos relevantes para a solução da controvérsia.”²⁴²

Para tanto, são examinados alguns dos temas diretamente relacionados à prova e à epistemologia: a reconstrução dos fatos no processo e a verdade que pode ser obtida naquele âmbito, algumas das diferentes vertentes que tratam do conhecimento justificado na epistemologia e os principais sistemas de avaliação da prova. O objetivo é o restabelecimento de uma ligação clara entre o direito e a epistemologia, com evidentes ganhos para a ciência jurídica e, no particular, para o direito probatório. Enquanto essa relação não for estabelecida e permanecer o direito probatório como tema indigente, relegado ao segundo plano das discussões processuais, o resultado da atividade processual tenderá a ser prejudicado.

2.2 A RELEVÂNCIA DA RECONSTRUÇÃO DOS FATOS

O processo, em perspectiva tradicional, se divide em dois momentos: o primeiro, que se presta à reconstrução dos fatos, e o segundo, no qual cabe a aplicação do direito.²⁴³ Curioso que comumente se perceba tal divisão, muito embora nada disso se reflita nos cursos de Direito no Brasil. Talvez este seja um fenômeno global. Como bem destaca William

²⁴⁰ DWYER, Déirdre. *The Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 21.

²⁴¹ Bem ao contrário, o (parco) enfrentamento do tema probatório em âmbito nacional acaba por adentrar sempre os mesmos conteúdos, quando não se dedica a exame pouco profícuo das provas em espécie. Apenas nas últimas duas décadas é que algumas poucas obras ofereceram um olhar revigorado sobre o tema, como as obras de Luís Alberto Reichelt (*A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009), Danilo Knijnik (*A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007) e Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (*Prova*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011).

²⁴² TARUFFO, Michele. *Simplymente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 155.

²⁴³ FORNACIARI, Michele. *La Ricostruzione de Fatto nel Processo*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 7.

Twining,²⁴⁴ a partir de uma história fictícia criada para um seminário sobre educação jurídica, em certa nova faculdade de Direito, os professores discutiam sobre qual grande inovação poderiam apresentar no currículo. Depois da apresentação de algumas ideias, todas descartadas, o professor decano falou. Sua argumentação estabeleceu que, como já percebido, noventa por cento dos advogados gastam noventa por cento de seu tempo examinando fatos e que isso deveria se refletir na educação fornecida na graduação.

Propôs que todo currículo se baseasse nessa premissa e que o título fornecido fosse de Bacharel em Fatos. As críticas logo se seguiram: a descoberta de fatos só pode ser aprendida pela experiência; não se pode ensinar o que pertence ao senso comum; não há livros sobre o tema; os estudantes não achariam a tarefa nem fácil, nem interessante.²⁴⁵ A inquietação trazida por tal percepção remonta, como aponta o autor, às lições de Jerome Frank.²⁴⁶ Um dos precursores²⁴⁷ do que seria entendido como *realismo jurídico*²⁴⁸, a partir de sua visão absolutamente peculiar de todo sistema jurídico, percebeu que existe um desequilíbrio entre a atenção direcionada a questões nas Cortes Superiores e atenção voltada à discussão de questões de fato na primeira instância. Tal consideração estabelece a premissa de que “a quantidade de energia intelectual devotada ao tema varia inversamente conforme sua importância prática.”²⁴⁹

O mencionado *realismo jurídico* levou Roscoe Pound a propor uma diferenciação ainda evidente no momento atual do Direito. Refere a diferença do Direito “nos livros” e “na

²⁴⁴ TWINING, William. *Rethinking Evidence*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 14/15.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 15.

²⁴⁶ Twining também destaca que Jerome Frank não foi o único jurista a trazer tais percepções ou a propor uma nova visão sobre o Direito. Cita, ainda, Hugo Muensterberg e sua campanha por uma psicologia experimental científica, uma disciplina de ‘fatos’, da iniciativa de Albert Osborn, dentre outros. TWINING, op. cit., p. 15/16.

²⁴⁷ Ao lado de Oliver Wendell Holmes, tido como quem efetivamente lançou as primeiras bases desta ‘teoria’: “The life of the law has not been logic: it has been experience”. HOLMES, Oliver Wendell. *The common law*. In: FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Orgs.). *American legal realism*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 9.

²⁴⁸ O fato é que o realismo jurídico, rica fonte de visões diferenciadas sobre o fenômeno jurídico, trouxe também como consequência de suas percepções crítica que se revela bem mais extensa do que as populares críticas à ‘romantização’ da atividade judicial. Registre-se a inadequação de se falar em “escola realista”, ou grupo de realistas, já que Karl Llewellyn bem advertiu: “There is no school of realists. There is no likelihood that there will be such a school. There is no group with an official or accepted, or even with an emerging creed. There is no abnegation of independent striking out. We hope that there may never be. New recruits acquire tools and stimulus, not masters, nor over-mastering ideas. Old recruits diverge in interests from each other. They are related, says Frank, only in their negations, and in their skepticisms, and in their curiosity.” LLEWELLYN, Karl Nickerson. Some realism about realism: responding to dean pound. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 44, p. 1233-1234, 1930/1931. Algumas das consequências das percepções dos chamados ‘realistas’ são bem examinadas por Remo Siltala. Ele aponta pelo menos três consequências do legado do realismo norte-americano, como o desenvolvimento da análise econômica do direito e o instrumentalismo do processo, além de determinar que o trabalho iniciado na virada do século XIX para o XX teria sido continuado pelo movimento dos *Critical Legal Studies*. SILTALA, Remo. *Law, Truth, and Reason*. New York: Springer, 2011. pp. 151/153.

²⁴⁹ TWINING, op. cit., p. 15.

prática”²⁵⁰, conferindo importância ao papel do advogado. Sua consideração certamente se baseia, também, na percepção referida por Twining, de que 81% do tempo dos advogados é investido no exame dos fatos. Por isso mesmo Pound compreende que o sistema jurídico deve se apresentar como resultado de cooperação entre advogado e juiz, considerando, ainda, que o Direito é amplamente informado por outras ciências.²⁵¹ Conclui-se que a ciência jurídica (e, em igual medida, dela derivada, a ciência jurídico-probatória) deve levar em consideração os fatos e também os outros ramos do conhecimento que os explicam, já que o Direito não esgota, nem jamais esgotará, por si só, o fenômeno fático. Isso deve se refletir nas práticas dos tribunais, com o devido cuidado²⁵² nos currículos acadêmicos de graduações e pós-graduações, nas publicações científicas. Nessa linha, equivocada a conclusão de que o realismo jurídico poderia ser visto como fenômeno datado. Suas consequências são perceptíveis e ainda estudadas na literatura estrangeira e, em muito menor medida, no Brasil.²⁵³

Apresenta-se o objetivo precípuo deste trabalho em destacar, simultânea e conjuntamente, a importância e necessidade de valorização de uma ciência particularmente jurídico-probatória e, umbilicalmente conectada a ela, a percepção da importância dos fatos no processo. Essa preocupação tanto mais se revela atual e incômoda na medida em que existem diversos instrumentos voltados à qualificação de estudantes, advogados, magistrados, promotores e demais operadores do Direito, mas ainda não se fortaleceu, tanto quanto necessário, a preocupação com mencionada primeira etapa processual. A questão é simples – e a tarefa difícil –: caso não se coloque em prática tal consideração, a própria legitimidade da atividade jurídica é posta em xeque.²⁵⁴

Lidar cientificamente com fatos, embora seja rotina em qualquer ramo da ciência, desperta certa desconfiança no quesito jurídico. Em maior ou menor medida, isso também se deve ao realismo jurídico já mencionado. Mas não a todos os realistas. Se não existiu, de fato,

²⁵⁰ POUND, Roscoe. Law in books and law in action. *American Law Review*, v. 44, p. 12-36, 1910.

²⁵¹ O termo “cooperação” não é empregado pelo autor, muito embora seja, na época atual, o mais adequado. POUND, op. cit.

²⁵² Twining delinea quatro argumentos básicos a serem levados em conta antes de pura e simplesmente haver a inserção de disciplinas e conteúdo voltado ao exame dos fatos: 1. Se algumas habilidades e conhecimento de cunho geral precisam ser ensinados, eles devem ser pré-requisitos para ingresso na Faculdade de Direito. 2. Tudo ligado à descoberta dos fatos que derivar de senso comum não é necessário ser ensinado. 3. Enquanto que conhecimento relevante e percepção são facilmente adquiridos através de leitura e experiência gerais, o precioso tempo da Faculdade de Direito não deve ser investido nisto. 4. Até onde efetiva manipulação dos fatos envolva habilidades, técnicas e perspectivas antiéticas, não racionais, ou anti-intelectuais, é inadequada ensiná-las na academia. TWINING, William. *Rethinking Evidence*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 25.

²⁵³ Exceção verificada em KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: _____. (Org.). *Prova judiciária: novos estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

²⁵⁴ Esta advertência consta da introdução da obra de MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 26.

uma ‘escola de realistas’, verificaram-se, em diferentes autores, diferentes matizes do que amplamente se denominou *realismo*. Na versão extremada, acarretaria ceticismo radical, levando o juiz a modificar, subjetivamente, os fatos²⁵⁵, o que levaria a uma decisão diversa para cada juiz diferente: *tot capita est sententiae*.²⁵⁶

Contudo, bem assinala Danilo Knijnik, que “a ideia de que o fato seria deformável segundo o subjetivismo dos julgadores sequer foi aceita linearmente pelo movimento realista, e, de fato, não parece ser uma proposição minimamente aceitável.”²⁵⁷ A lição a ser extraída seria bastante diversa, afastando essa perspectiva extremada, “resta a contingência, ainda que indesejável, de reconhecer que a formalização do juízo de fato, no processo, recebe influências inúmeras, para além, é claro, da pura e simples percepção-constatação. Parece ser esta sua advertência fundamental.”²⁵⁸

Estabelecida a premissa da relevância fática no contexto jurídico-processual, em caráter preliminar, deve-se questionar qual é o objetivo da reconstrução fática. Diz-se comumente – e acertadamente – ser a verdade. No âmbito de conceitos polissêmicos como epistemologia, ideologia, a verdade também se apresenta em diversas versões, conteúdos e perspectivas.

2.2.1 A verdade no âmbito processual

O tema da verdade suscita bastante controvérsia no meio jurídico – e não somente nele. Trata-se de um problema perene: inquietou os pré-socráticos, assim como inquieta os modernos, sejam juristas, sejam filósofos, cientistas de toda sorte. No mais variados âmbitos, ciclicamente ressurge o singelo conceito aristotélico de verdade, consistente no juízo de correspondência entre a coisa e a correta percepção da coisa. Nessa linha:

²⁵⁵ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 13.

²⁵⁶ O ceticismo fático de Frank ofuscaria a metodologia em torno da atividade judicial e, no particular, da atividade probatória. Não se pode dar “atenção exclusiva aos fatores psíquicos com a exclusão programática de cada referimento a critérios de controle sobre a confiança da decisão.” PASTORE, Baldassare. *Giudizio, Prova, Ragion Pratica*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 114.

²⁵⁷ KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: _____. (Org.). *Prova judiciária: novos estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 21/22.

²⁵⁸ KNIJNIK, op. cit., p. 22. De fato, o magistrado está sujeito a significativas restrições, não lhes sendo lícito “proceder como bem desejarem.” KOZINSKI, Alex. What I ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making. In: O’BRIEN, David. *Judges on judging: views from the Bench*. 3. ed. Washington, D.C.: CQ Press, 2009. p. 98. O jurista estadunidense reforça, portanto, a visão de Danilo Knijnik, afastando a noção alardeada por alguns dos ‘realistas’ mais extremos de que o juiz comera no café da manhã ou se havia tido uma boa noite de sono influencia em suas decisões.

Que é a verdade? – A isto corresponde o conceito aristotélico de verdade. Tem um pronunciado caráter objetivista. “A verdade consiste em dizer que o ser é e o não-ser não é” (Met. Γ, 7; 1011b 27). “Não é por crermos que és branco que tu o és, mas é por seres branco que o afirmamos, assim enunciando a verdade” (Met., Θ, 10; 1051b 7). A verdade não depende, pois, de pontos de vista subjetivos, do crer ou do desejar, do útil ou fecundo de uma teoria, do espírito do tempo nem do sangue ou da raça. O pensador antigo pode, sob o nome da verdade, só representar-se uma proposição que reproduz a objetividade do real. O moderno psicologismo ou pragmatismo seria possível para a sofística, não, porém, para Aristóteles. [...] Mas como ficaremos então certos de ter a verdade? O lugar por último citado nos dá a chave da explicação: “A verdade a diz quem exprime como separado o separado, e como o unido o que está unido. E erro comete quem, ao contrário, se coloca em oposição à verdade”. Isto implica na definição do juízo como sendo uma conexão de conceitos.²⁵⁹

Nessa perspectiva, a reconstrução fática há de estar compromissada com o que efetivamente se passou. Em outras palavras, apurar se a ideia que se tem dos fatos no processo corresponde, efetivamente, aos fatos preteritamente ocorridos.²⁶⁰ Isso atribui ao julgador um compromisso com a verdade²⁶¹ do qual não pode afastar-se, muito menos demitir-se. Revela-se, nessa medida, bastante inadequada a proposta de que as provas apresentadas em processo judicial teriam o único objetivo de convencer *psicologicamente* o julgador com respeito à existência ou inexistência dos fatos ocorridos.²⁶² Essa noção, errada ao menos em parte, esgota o fenômeno probatório igualando-o à argumentação das partes, que nada tem de compromisso com a verdade e nada possui de caráter de prova. A argumentação da parte, seja de autor, seja de réu, será sempre parcial, pois advinda de uma única *parte*. Essa perspectiva já reforça, *ab initio*, a necessidade de uma perspectiva epistemológica sobre o processo.

²⁵⁹ HIRSCHBERGER, Johannes. *História da Filosofia na Antiguidade*. São Paulo: Herder Editora, 1957. p.148.

²⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 28.

²⁶¹ Existente desde longa época, Cf. KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999. p. 457. Em perspectiva moderna, o compromisso é com a verdade ou falsidade dos enunciados sobre os fatos da causa. COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado, TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 5ª ed. Bologna: Il Mulino, 2011. p. 457.

²⁶² Essa é a proposta de GUASP, Jaime, ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. 7ª ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005. p. 374. A perspectiva apresentada não ignora a função demonstrativa da prova, apenas a apresenta como “uma atividade que se propõe a demonstrar a existência ou inexistência de um fato, a verdade ou falsidade de uma afirmação; orientação que arranca de ponto de vista sólido, mas que oferece o inconveniente de sua possibilidade prática, posto que a obtenção real no processo de uma demonstração desse tipo é teórica e praticamente impossível.” Idem, *ibid.*, p. 373. Não é à toa a ponderação realizada justamente por autores espanhóis, já que o ordenamento daquele país não confere poderes instrutórios para o juiz. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 78. No mesmo sentido: “El deber que se impone al juzgador de resolver no lleva al legislador a dejarle en libertad para investigar los hechos, sino que esa actividad se configura de modo reglado. Las reglas más importantes son que el juzgador no investiga sino que verifica, que lo hace utilizando sólo los elementos probatorios que propongan las partes y que lo hace según un procedimiento preestablecido.” AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2011. p. 41. Por todos, uma análise minuciosa dos poderes instrutórios do juiz civil: LLUCH, Xavier Abel, PICÓ I JUNOI, Joan (org.). *Los Poderes del Juez Civil em Materia Probatoria*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2003.

Afinal, se a preocupação com a descoberta da verdade advém necessariamente de uma investigação (*inquiry*), a busca da verdade fica comprometida na medida em que se apresenta, na realidade, uma *pseudo* investigação (*pseudo-inquiry*). A investigação como realizada na advocacia tende a se aproximar desta última forma, comprometendo a meta pretendida.²⁶³

O compromisso com a verdade não se estabelece de sua argumentação, mas da atuação do magistrado. Por isso mesmo outorga-lhe a lei, em diversos ordenamentos, amplos poderes probatórios e controle sobre a atividade probatória das partes.²⁶⁴ A análise da verdade no processo acaba por remeter à discussão em torno de qual seria a *função* da prova nesse âmbito. De fato, a partir de uma visão dicotômica²⁶⁵, pode-se perceber que a prova tem finalidade argumentativa²⁶⁶ ou demonstrativa²⁶⁷, sendo que não se pode falar em visões diametralmente opostas, mas, na verdade, possuem uma relação de “polaridade e assimetria”.²⁶⁸ Elas exercem funções complementares no processo, já que, como assinalado por Taruffo, não é possível apontar um modelo comum a vários sistemas, definido e unitário.²⁶⁹

Primeiramente, pontue-se que o termo prova, como destaca Carnelutti, “*si usa per controllo della verità di una proposizione; non si parla di prova se non rispetto a qualche cosa che viene affermato, quando si tratta di controllarne la esattezza.*”²⁷⁰ Aponta, ainda, que se

²⁶³ HAACK, Susan. *Evidence Matters*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 12.

²⁶⁴ Essa é a perspectiva trazida pelo art. 130 do Código de Processo Civil de 1973, transportada para o Novo CPC em seu artigo 370 e correspondente parágrafo único. Assim, muito embora houvesse resistência à iniciativa probatória do juiz, a tendência reafirmada pelo Novo CPC é de que o juiz possui poderes instrutórios, favorecendo uma visão mais ativa de sua função (no sentido probatório). BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 73 e 158. No direito italiano, o art. 115 do *Codice di Procedura Civile* permite alguma abertura em relação à iniciativa probatória do juiz, como nos casos de inspeção, perícia, requisição de informações, dentre outros. COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado, TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 5ª ed. Bologna: Il Mulino, 2011. p. 468.

²⁶⁵ Fredie Didier Jr. fala em tripartição, diferenciando um pouco o aspecto tradicional. Seriam possíveis finalidades da prova: a) a de estabelecer a verdade; b) colocação formal dos fatos dentro do processo; c) convencimento do juízo. Adota abertamente uma visão cética, apontando que o estabelecimento da verdade “é uma noção ontológica, objetiva, e o conhecimento que cremos ter dela é subjetivo. Assim, como já se viu anteriormente, é absolutamente impossível ao ser humano atingi-la ou, ao menos, ter a certeza de tê-la atingido.” DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 49.

²⁶⁶ Para Marinoni e Arenhart, a prova “não tem por objeto a reconstrução dos fatos”, prestando-se apenas a servir como “peça de argumentação no diálogo judicial.” MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 53.

²⁶⁷ Ainda que tal cisão se mostre viável apenas em termos didáticos, pois não existem em “formas puras”. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 10.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 11.

²⁶⁹ “*Sarebbe forse eccessivo, a questo riguardo, ritenere che esista un modello epistemologico definito, unitario e comune ai vari sistema.*” TARUFFO, Michele. Modelli di Prova e di Procedimento Probatorio. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Milano: Giuffrè, anno XLV, nº 2, apr./giug. – 1990, p. 444.

²⁷⁰ CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 45. Na mesma linha: MANDRIOLI, Crisanto. *Curso di Diritto Processuale Civile*. Tomo II. 12ª ed. Torino: Giappichelli Editore, 1998. p. 156.

trata do procedimento pelo qual se “demonstra ou encontra uma verdade afirmada.”²⁷¹ O modelo clássico de prova, argumentativo ou persuasivo, repousa sempre na premissa do discurso retórico, distanciado da noção de verdade proposta pelo jurista italiano. A percepção traz consequências: o compromisso retórico é com o convencimento do destinatário ou grupo de destinatários: podem ser eles o julgador ou o júri. Cumprido esse objetivo, exaure-se a finalidade própria do discurso retórico, caracterizada como *artificialis ratio*.²⁷²

No viés argumentativo, a prova acaba por se identificar e mesclar com os próprios argumentos da parte, com o intuito de persuadir o juiz a decidir de certo modo.²⁷³ O ciclo, nessa linha, é vicioso e pernicioso: ao considerar que essa é a *única* função da prova, o processo como um todo repousa no viés exclusivamente retórico e, logo, não pode ter qualquer compromisso com a verdade. O engano se demonstra pela acertada proposição de que “a verdade como valor permeia toda a atividade judicial e foi já confundida com a finalidade desta mesma atividade.”²⁷⁴ E, como bem salienta Pontes de Miranda, “onde se falta à verdade, há injustiça.”²⁷⁵

No *common law*, não existe a ideia preponderante de uma prova retórico-argumentativa. Na verdade, diversos princípios como o *law of evidence*, entre outros, vão tomar a prova do ponto de vista probatório dos fatos, e não retórico, demonstrando uma conotação eminentemente *lógica* da prova. Em outras palavras: o ponto de vista do advogado não é suficiente para construir uma teoria da prova²⁷⁶, nem para explicar sua função. Portanto, dadas estas características, é insustentável admitir que a característica *persuasiva/retórica* da prova seja o *proprium* definidor geral e exclusivo da prova jurídica.²⁷⁷

Não se olvide que, nas palavras de Hermes Zaneti Jr., “a necessária racionalidade jurídica não se apresenta como assepsia lógica. O direito brasileiro tem plenas condições de [...], apresentar soluções mais adequadas do que antagonismo virtual entre os modelos probatórios apresentados.”²⁷⁸ A complementaridade se faz necessária, e um ou outro modelo só poderiam ser considerados indesejáveis se houvesse a pretensão de adotá-lo

²⁷¹ CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 45.

²⁷² GIULIANI, Alessandro. *Il Concetto di Prova*. Milano: Giuffrè, 1971. p. 63.

²⁷³ COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado, TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 5ª ed. Bologna: Il Mulino, 2011. p. 458.

²⁷⁴ FLACH, Daisson. *A Verossimilhança no Processo Civil e sua aplicação prática*. São Paulo: RT, 2009. p. 41.

²⁷⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. São Paulo: Forense, 1974, p. 263.

²⁷⁶ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 328.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 330/331.

²⁷⁸ ZANETI JR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: MITIDIERO, Daniel Francisco, ZANETI JR., Hermes. *Introdução ao Estudo do Processo Civil – Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: Fabris, 2004, p 160.

exclusivamente.

O viés argumentativo é fundamental na atividade judiciária, pois a partir dele se estabelece o contraditório, com diferentes visões e consequências sobre o que se verificam ser, no mais das vezes, os mesmos fatos. Dizer que a prova seria exclusivamente demonstrativa equivaleria a reduzir o juiz a um simples burocrata, remetendo a dois possíveis sistemas: ou o da prova legal²⁷⁹ ou a outro, no qual se separa o julgador dos fatos²⁸⁰, talvez um perito²⁸¹, da figura oficial, convertendo o magistrado apenas em aplicador do direito a partir dos fatos que lhe são dados como ocorridos.

O objetivo próprio do modelo demonstrativo demonstra suas limitações. Propor uma reconstrução fática no processo leva à suposição da viabilidade de “uma atividade empírica que introduza a verdade nos autos.”²⁸² O pressuposto finalístico desse modelo é o conhecimento total da verdade, de todo conteúdo fático exatamente conforme ocorrido. O preenchimento pleno desse objetivo é inatingível. A par do que refere Chaïm Perelman, a prova judicial nunca irá conseguir basear-se na lógica da demonstração matemática e científica, a partir do método axiomático-dedutivo, o que lhe outorga campo de atuação restrito ao da argumentação retórico-persuasiva.²⁸³

Na realidade, de forma crítica à colocação de Perelman, esclarece Taruffo que essa proposição só é verdadeira quando se entende que a prova judicial não pode demonstrar, da mesma forma que o método científico-matemático demonstra, a obtenção de seus resultados. Logo, sua perspectiva não resolve em definitivo o tema da função da prova, apenas exclui “a versão mais banal e evidente que não conta com fundamentos.”²⁸⁴ De outro lado, soma-se à valoração da função demonstrativa a percepção de que “nenhuma decisão judiciária é justa se

²⁷⁹ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 49.

²⁸⁰ Tal qual a figura do *iudex unus* no processo formulário que, a partir da *formula* do pretor, presidia a porção do processo *in iudicio*. Nessa linha: “Os procedimentos judiciais sob o processo formulário consistiam em duas partes, exatamente como nas *legis actiones*. A primeira parte, dos procedimentos diante do pretor, era conhecida como procedimento *in iure*, e o julgamento em si, ou procedimentos diante do *iudex*, era conhecido como *in iudicio*. O objeto dos procedimentos diante do pretor era para determinar o assunto (*litis contestatio*). Superada esta etapa, o pretor preparava a fórmula que nomeava um *iudex*, indicado pelo pretor, para julgar o caso, e dispunha as instruções necessárias para a condução dos depoimentos.” BURDICK, William L. *The principles of roman law and the relation to modern law*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2004. p. 638.

²⁸¹ E é precisamente o risco apontado por Damaska ao referir que os achados científicos dos peritos estão cada vez mais distantes do conhecimento e controle dos juízes, especialmente no direito continental. DAMASKA, Mirjan R. *Evidence Law Adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997. p. 151.

²⁸² KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 11.

²⁸³ Cf. TARUFFO, Michele. *Proceso y decisión*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 245.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 246.

se funda em uma verificação errônea dos fatos.”²⁸⁵ Conforme afirma Carrata²⁸⁶, a função da prova é verdadeira atividade heterogênea, composta de várias atividades lógicas do juiz, no sentido de que não ocorre um mero “silogismo probatório”, como a aplicação de uma simples fórmula ou, através da verificação de um simples fato chegar à solução (decisão) final daquele processo.

Toda atividade de descoberta da verdade possui limitações naturais. A limitação, no campo jurídico, repousa na limitação da atividade cognitiva do julgador ao que consta dos autos processuais, independente do responsável por sua produção. E a atividade do físico, do matemático, não encontra nenhuma limitação? Evidentemente sim. Mas tende-se a supervalorizar tais áreas, como se pudessem alcançar o conhecimento verdadeiro pleno, relegando ao mundo jurídico uma verdade que é tudo, menos verdadeira, dita “formal”.

Tende-se progressivamente a abandonar a dicotomia entre verdade material²⁸⁷ e formal²⁸⁸ (ou processual) no âmbito jurídico²⁸⁹, bem como do atrelamento daquela ao processo penal e desta ao processo civil.²⁹⁰ Existem, no âmbito civil, diversas questões

²⁸⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado, TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 5ª ed. Bologna: Il Mulino, 2011. p. 458.

²⁸⁶ CARRATA, Antonio. Funzione Dimostrativa della Prova (Verità del fatto nel Processo e Sistema Probatorio). In: *Rivista di Diritto Processuale*, Milano: Giuffrè, anno LVI, n° 1, genn./mar. – 2001. p. 102.

²⁸⁷ Juan Montero Aroca destaca uma aparente contradição: embora reconhecida a relativização da verdade como o modelo atingível, na prática, pelo processo civil, fixou-lhe, como fim político, a obtenção da verdade material – atribuindo à prova a mesma finalidade. Essa visão só se sustenta na perspectiva teleológica, mas não quando se alia que só ocorre a justiça do caso concreta quando se atinge a verdade material – o que implicaria desconhecimento dos princípios do dispositivo e do contraditório no processo civil. AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2011. p. 56/57. Quanto à perspectiva teleológica mencionada, vide BELTRÀN, Jordi Ferrer. *Prova e Verità nel Diritto*. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 79 e seguintes.

²⁸⁸ Lessona empregava o termo “certeza moral”, pois era mais ‘útil’ na perspectiva jurídica, já que o termo certeza ‘absoluta’ não admitia prova em contrário e que o homem deve se contentar com os débeis meios dos quais pode se valer para atingir a certeza. LESSONA, Carlos. *Teoria General de la Prueba en Derecho Civil*. Tomo I. 4ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1957. p. 7/8. Gerhard Walter assinala que, no processo civil, ante a possível requisição de provas de ofício, se superou o afastamento existente desde com o processo penal. WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba*. Traduzido por Tomás Banzhaf. Bogotá: TEMIS, 1985. p. 324.

²⁸⁹ Já no início do século XX Carnelutti criticava tal perspectiva. Veja-se: “Il concetto di questa reazione viene compendiato comunemente nella antitesi significativa della *verità materiale* alla *verità formale* o *giuridica*; il risultato della ricerca giuridicamente limitata o disciplinata non è più la *verità materiale*, o, come si direbbe con efficace truismo, la *verità vera*, ma una *verità convenzionale*, che si battezza per *verità formale*, in quanto ad essa conduce una indagine regolata nelle forme, o per *verità giuridica*, in quanto essa è ricercata mediante leggi giuridiche si sostituisce alla *verità materiale*. Ma senza fallo non si tratta qui che di una metafora. Nella sostanza è affatto agevole osservare come la *verità* non possa essere che una, onde la *verità formale* o *giuridica* coincide con la *verità materiale*, e non è che *verità*, o ne diverge, e non è che una non *verità*, così che, fuor di metafora, il processo di ricerca assoggettato a norme giuridiche, che ne constringono e ne deformano la purezza logica, non può essere sinceramente considerato come un mezzo per la conoscenza della *verità dei fatti*, bensì per una *fissazione* o *determinazioni dei fatti medesimi*, ce può coincidere o non coincidere con la *verità* di questi e ne rimane affatto indipendente.” CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 29.

²⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 34.

gravosas que não se restringem ao patrimônio das partes.²⁹¹ A diferença entre o processo civil e o penal não repousa no resultado almejado (sempre se busca a decisão justa), mas sim na estrutura, em particular do modelo de constatação a ser adotado. E, ainda, na formação da coisa julgada. Em âmbito criminal, a revisão será possível justamente diante da indesejável manutenção de uma decisão que se funde em falsidade. No civil, o desejo pela estabilização do litígio não impede a propositura de ação rescisória ou de *querela nullitatis*. As hipóteses de cabimento de tais medidas apenas aumentam em excepcionalidade.

Por outro lado, não se pode falar em diferentes verdades dentro ou fora do processo; pois “a verdade dos enunciados sobre os fatos do caso depende da realidade destes fatos, e isso ocorre tanto no processo como fora dele.”²⁹² A verdade apresenta-se relativa, não porque está no contexto processual, jurídico, mas sim porque está no contexto do que é real e alcançável.²⁹³ Conforme Danilo Knijnik, essa percepção acarreta a desvinculação de uma relação ontológica entre prova e verdade, estabelecendo uma relação *teleológica*.²⁹⁴ “é altamente desejável que o sistema chegue a um juízo de fato o mais próximo da verdade, mas é preciso ter a clara consciência de que aquilo que está provado pode ser falso; e o que não foi provado pode ser verdadeiro.”²⁹⁵ A busca da verdade através do processo se medeia por todos os demais valores processuais e limites “lógicos e formais do processo”.²⁹⁶ Um dos exemplos mais claros dessa empreitada se revela na admissibilidade dos meios atípicos de prova, auxiliares na verificação dos fatos e, conseqüentemente, relevantes para a percepção da verdade do que se passou.²⁹⁷

Retoma-se, então, o conceito original de verdade como correspondência, a partir da proposta aristotélica. Será verdadeiro um juízo sobre um fato, se o fato realmente se apresenta da forma como percebido. A neve é branca só - e somente se - é branca. Existe certo desconforto em se perceber que existe, aqui, um ciclo que se torna autojustificativo. Há algumas considerações a serem feitas a fim de que a verdade enquanto correspondência siga

²⁹¹ Por exemplo, a investigação de paternidade e a perda de pátrio poder no direito de família e também questões atinentes à improbidade administrativa, que podem acarretar a perda de direitos políticos.. Danilo Knijnik os denomina “processos civis especiais”. KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 38/39.

²⁹² TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 101

²⁹³ A Verdade maiúscula, tida como verdade absoluta, “não pertence ao mundo das coisas humanas, e também não pertence ao mundo da justiça e do processo.” A esses conceitos, Taruffo qualifica como sendo distinções inúteis, porque não trazem qualquer consequência de ordem prática. TARUFFO, op. cit., p. 99.

²⁹⁴ Como também entende BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La Valutazione Razionale della Prova*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 14.

²⁹⁵ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 14.

²⁹⁶ FLACH, Daisson. *A Verossimilhança no Processo Civil e sua aplicação prática*. São Paulo: RT, 2009. p. 50.

²⁹⁷ RICCI, Gian Franco. Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa. In *Le Prove Nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 181/182. O autor destaca o problema do controle da prova científica, meio atípico e que será objeto de exame no último capítulo deste estudo.

sendo (bem) empregada.

A primeira é perceber, a partir do que refere Popper, que se deve ter como verdadeira a hipótese h_1 se o seu conteúdo de verdade excede seu conteúdo de falsidade e, de outro lado, como falsa a hipótese h_2 se a falsidade prevalece sobre sua possível verdade. Aqui, soma o autor a necessidade de se combinar, ainda, as teorias epistêmicas sobre verdade, em particular o papel das crenças (naquele sentido).²⁹⁸ Esse elemento epistêmico pode auxiliar na discussão sobre verdade e até mesmo substituir alguns dos critérios que resultam em tanta controvérsia.²⁹⁹ A segunda é notar que a verdade de um certo enunciado sobre a prova (do tipo ‘ p ’ está provado)

Não depende daquilo que o juiz, o tribunal ou um júri decidiram. Eles podem decidir de considerar p provado, e declará-lo provado. Mas a verdade do enunciado probatório depende exclusivamente de sua correspondência com a realidade. Neste caso depende do fato que efetivamente existam ao menos elementos de juízo suficientes a favor de p que foram objeto do processo. O elemento chave neste caso é aquele da suficiência de elementos do juízo.³⁰⁰

Esses elementos *suficientes* trazem à tona a perspectiva de uma conclusão que *provavelmente* está certa. Nem mesmo o conceito de probabilidade se apresenta unívoco. Ainda sofrendo da tentação de matematizar o Direito, diversos doutrinadores referem que essa probabilidade apresenta-se na ordem *quantitativa*, em grande medida a partir do Teorema de Bayes.³⁰¹ Pelo Teorema, o grau de confirmação que as provas atribuem a uma proposição fatural seria determinável matematicamente e seria expressa através de um percentual. A probabilidade que mais se afina à perspectiva jurídica, refere Taruffo, seria a lógica, que não opere com números, mas sim que leve em conta a estrutura lógica “das inferências por meio das quais, a partir das informações probatórias disponíveis, se junta à confirmação de conclusões em torno da verdade ou falsidade das proposições relativas aos fatos da causa.”³⁰²

Estabelecida a necessária dupla função da prova, bem como esclarecida qual a verdade buscada em âmbito processual, percebe-se que a suficiência de elementos mencionada por Jordi Ferrer Beltrán passa por etapa anterior à percepção do verdadeiro ou falso: da própria possibilidade de reconstrução dos fatos. Somente finda esta atividade é que o

²⁹⁸ MORALES, Rodrigo Rivera. *La Prueba: Um análisis racional y practico*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 87/88.

²⁹⁹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e Verità nel Diritto*. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 92.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 91.

³⁰¹ Cuja utilização judicial é extremamente perigosa, por se fundar em uma forma de lógica julgada inadequada desde a virada do século XX. BRILMAYER, Lea. Second-order evidence and Bayesian logic. *Boston University Law Review*. Vol. 66, 1986. p. 674.

³⁰² TARUFFO, Michele. La verità nella prova dei fatti. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 32, n. 154, p. 207-222, dez. 2007. p. 219/220.

magistrado passa a valorá-los, até mesmo porque vedada a inadmissão de prova por já estar formado o convencimento judicial.³⁰³

2.2.2 A possível reconstrução dos fatos³⁰⁴

O juiz não é um historiador. A comparação do perfil das atividades, na lição clássica de Calamandrei³⁰⁵, traz uma série de inquietações, também na esfera política, sobre a função do juiz, e a aproximação com outra que lhe parece tão similar. As regras às quais se submete o historiador são bem menos rígidas do que aquelas às que se curva o julgador.³⁰⁶ Como assinala Calamandrei, “na vida prática não há nunca um fato perfeitamente igual a outro: ora, se os efeitos jurídicos dos fatos devessem ser diversos cada vez que diverso fosse o evento material [...] estaria destruída [...] a possibilidade de normas gerais.”³⁰⁷ Isso impediria que se atribuíssem os mesmos efeitos jurídicos à mesma categoria de fatos.

De outro lado, o historiador não se prende à mesma lógica, interpretando com liberdade os fatos e procedendo à reconstrução dos mesmos de igual forma. Incumbe-lhe, nessa medida, uma obrigação moral³⁰⁸, ao contrário da obrigação legal e responsabilidade que

³⁰³ Não se confundem *admissibilidade* de prova com *valoração* de prova. DALL’ALBA, Felipe Camilo. A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição de inadmissão de prova por já estar convencido o juiz. In KNJINIK, Danilo (org). *Prova Judiciária – estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 93 e seguintes. No mesmo sentido, em perspectiva atualizada, RAMOS, Vitor de Paula. Direito Fundamental à Prova. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 38, n. 224, pp. 41-61, out.2013. p. 59.

³⁰⁴ A reconstrução fática é uma atividade tanto mais delicada caso o processo trate de matéria criminal. A diferença se baseia, por óbvio, no direito em questão. Nos processos cíveis, embora não se trate de matéria exclusivamente patrimonial, como ocorre em algumas ações em direito de família ou atinentes à improbidade administrativa, o modelo de constatação exigido, ou seja, o rigor com a qualidade do material probatório é diferenciado daquele presente nas demandas criminais. Aí a preocupação com o modelo do ‘*guilty beyond a reasonable doubt*’ presente nos ordenamentos do *common law* ou da ‘*conviction intime*’ do direito francês. A assimetria daí resultante é evidente, a ponto de que os processos criminais possuem rito diferenciado e, dependendo do ordenamento, revelam-se muito mais demorados do que os processos civis. Em particular nos Estados Unidos, o veredito de culpado (*guilty*) exige a presença de uma “quase certeza”, a ponto de que sua não apresentação acarreta apenas que o réu é *not guilty*, ao invés de declará-lo inocente, o que não descarta, portanto, a possibilidade de que a suposta vítima seja, de fato, vítima e o réu culpado. Apenas não se conseguiu uma reconstrução fática com provas suficientes que levasse à condenação. Tudo conforme DWYER, Déirdre. *The Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 31. Com efeito, o processo penal traz certas peculiaridades que não são abordadas neste estudo, que se volta principalmente ao processo civil.

³⁰⁵ CALAMANDREI, Piero. El juez y el historiador. In: *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires: Editorial Bibliografica I Argentina, 1945.

³⁰⁶ MASTROGREGORI, Massimo. Il gioco di lusso. A proposito de ‘il giudice e lo storico’ de Piero Calamandrei. *Il Ponte*. Anno XLVII, n. 8-9, ago./set. 1991, Vallecchi Editore. p. 152.

³⁰⁷ CALAMANDREI, Piero. La genesi logica della sentenza civile. *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano, 1914. p. 26.

³⁰⁸ BERLIN, Isaiah. Determinismo, relativismo e juízos históricos. In: GARDINER, Patrick (Org.) *Teorias da história*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 390-392. Cabe assinalar passagem do autor

pendem sobre a atividade judicial. A meta é que lhes é comum: nenhum deles tem por desiderato basear qualquer relato ou decisão em falsidade. Seu compromisso é com a busca da verdade no seu sentido pleno, ainda que de cunho relativo, como anteriormente observado.³⁰⁹ Logo, correta a comparação quando se examina a procura de resultado válido no plano gnosiológico. Mas esta não é a única finalidade do processo, pois a busca do juiz está inexoravelmente conectada aos fins eminentemente práticos do processo, sendo que a prova processual, por exemplo, é um aspecto fundamental dessa atividade, já que não está tão somente vinculada ao plano de “puro juízo”, mas também à interferência procedimental da lei.³¹⁰ Portanto, trata-se de verdadeiro equívoco igualar as atividades, o que reforçaria a aparência de um livre convencimento judicial operado em campo neutro, onde não há valores nem interesses.³¹¹

As colocações de Calamandrei devem ser analisadas não meramente como uma análise do método historiográfico ou singela contribuição ao estudo do processo; mas como “um ponto de confluência de algumas teses jurídicas com uma meditação filosófica: um raro exemplo de filosofia particular [...] de teoria jurídica fundamentada de acordo com uma visão da realidade.”³¹² A comparação deve extrair uma dupla conclusão: se, de um lado, as funções não são absolutamente idênticas, embora possuam pontos de confluência, destacadas as liberdades de juiz e de historiador, por outro lado, o historiador também tem um compromisso de cunho *científico*³¹³, a partir dos objetivos e escopos próprios da ciência.³¹⁴ Sua obrigação moral, como observado, não lhe permite seja desonesto com a ciência histórica. Há um compartilhamento, nessas funções, em maior ou menor medida, de um método para

na qual, embora discorrendo sobre a função de historiador, poderia estar descrevendo a função judicial: “Segue-se que, para julgarmos com toda a justiça, devemos ter diante de nós todas as provas capazes; devemos possuir imaginação suficiente, noção bastante de como evoluem as instituições e de como agem e pensam os seres humanos, para assim nos ser possível compreender tempos e lugares, caracteres e situações bem diversas das nossas; para não nos deixarmos cegar pelo preconceito nem pela paixão, [...] é necessário que nos mantenhamos justos mesmo em face dos grandes batalhões.” Ibid. p. 399-400.

³⁰⁹ Em sentido contrário, Couture entende que o compromisso do historiador é com a verdade real e do julgador com a verdade formal, expondo uma perspectiva, como já visto, bastante datada a respeito do tema. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Aniceto Lopes, 1942. p. 283.

³¹⁰ Cf. NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 48.

³¹¹ Ibid., p. 50.

³¹² MASTROGREGORI, Massimo. Il giuoco di lusso. A proposito de ‘il giudice e lo storico’ de Piero Calamandrei. *Il Ponte*. Anno XLVII, n. 8-9, ago./set. 1991, Vallecchi Editore. p. 153.

³¹³ A visão da prova enquanto *experimentum*, nas palavras de Luís Alberto Reichelt, colocaria a prova jurídica em pé de igualdade com a prova lógico-científica. “Essa paridade, por sua vez, alicerça-se na suposição da existência de dois pontos comuns entre os conceitos acima elencados: *a consideração da verdade material como objetivo da investigação e a identidade entre as atividades do juiz e do historiador.*” REICHELTL, Luís Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 40.

³¹⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La Valutazione Razionale della Prova*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 13.

verificação e raciocínio acerca dos fatos.³¹⁵ Particularmente relevante, para este estudo, a verificação dos fatos, que não prescinde de uma *reconstrução fática* comprometida com a verdade.³¹⁶

A atividade judicial é, portanto, exercida através de interpretação “orientada aos fatos, no sentido que seu ponto de partido é o caso particular, uma situação controversa, da qual se busca uma solução.”³¹⁷ Essa atividade interpretativa pode ser dividida em três partes: a) um momento de formação do conjunto dos elementos de juízo que serão utilizados na decisão; b) o momento da valoração da prova; c) o momento decisório.³¹⁸ Interessa, precisamente, a primeira etapa neste momento, pois ignorá-la prejudicaria irreversivelmente as fases subsequentes. A dizer: a descoberta de fatos, dependendo do sistema jurídico, mediado por regras mais ou menos flexíveis, e pelo procedimento cognitivo adotado³¹⁹, afetará a decisão a ser tomada. Um sistema que se baseie em regras de exclusão muito severas, restringe, possivelmente em excesso, o resultado final do processo. Um sistema que não reconhece o direito à prova enquanto direito fundamental acaba por prejudicar o direito fundamental ao processo justo e a busca por uma decisão justa. A possibilidade de conhecimento da realidade é um *pressuposto* do trabalho judicial, assim como de tantos outros.³²⁰

O início do trabalho reconstrutivo repousa nas alegações sobre os fatos³²¹ de cada

³¹⁵ Michele Taruffo entende a questão metodológica que aqui se propõe encontra semelhanças. Apenas observa que a indagação deve ser mais profunda acerca das instituições envolvidas em cada metodologia. Assinala que o conceito de explicação do fato deve ser investigado, para que possa ser feita uma análise do juízo de fato. Tal explicação do fato constitui-se de dois momentos, da sua verificação e, outro, do raciocínio acerca daqueles fatos, verdadeira lógica. Analisar essa estrutura é clarificar a natureza dos elementos que compõem o esquema segundo o qual se realiza a reconstrução dos fatos. TARUFFO, Michele. Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 22, p. 438-465, 1967. Guido Calogero, já havia reconhecido essa similitude, pois “assim como o historiador, o juiz tem, diante de si, o fato não como uma realidade já existente, mas como algo a ser reconstruído.” Em seguida, pontua que a atividade de ambos é idêntica quanto à gnosiologia do processo cognitivo. CALOGERO, Guido. *La logica del giudice*. Padova: CEDAM, 1937. p. 129.

³¹⁶ “Científicos y jueces aspiran a conocer la realidad” LAGIER, Daniel González. *Quaestio facti – Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. México: Editorial Fontamara, 2013. p. 15.

³¹⁷ PASTORE, Baldassare. *Giudizio, Prova, Ragion Pratica*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 49.

³¹⁸ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La Valutazione Razionale della Prova*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 58. Divisão similar é efetuada por Pastore: fase de descoberta das informações sobre os fatos que se apresentam controvertidos, a fase decisória e a etapa da motivação. PASTORE, Baldassare. *Giudizio, Prova, Ragion Pratica*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 50. Contudo, soa mais adequada a visão oferecida por Beltrán, na medida em que a separação do momento de produção da prova deve, necessariamente, ser diverso do momento em que ela é valorada. Idem, *ibid*.

³¹⁹ Por todos, WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

³²⁰ LAGIER, Daniel González. *Quaestio facti – Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. México: Editorial Fontamara, 2013. p. 15.

³²¹ Opta-se pela perspectiva adotada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart de que a prova se dá não sobre os fatos, mas tem por objeto as alegações sobre os fatos. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011. p.55. Destaque-se o extenso estudo de Luís Alberto Reichelt indicando os principais autores, nacionais e estrangeiros, que adotam essa perspectiva ou se

uma das partes. Aqueles fatos não alegados não podem ser conhecidos pelo julgador, não podendo integrar a ‘obra’ final. Por outro lado, tanto os fatos controversos (alegados por uma parte e negados pela adversa) quanto os controversos (i.e., alegados por uma parte e admitidos) fazem parte desse esforço reconstrutivo. Apenas sobre estes últimos, por incontestados, não se apresenta a necessidade de produção de prova, mas é evidente que são relevantes para o resultado final.³²²

Estabelecidos os pontos *controvertidos* sobre os quais será necessária a produção de prova, verifica-se quais são as provas que cada parte pretende produzir, formulando pedido expresso nesse sentido.³²³ Neste momento, pondera-se, primeiramente, a verificação do sistema valorativo aplicável. Pois, ainda que não se trate de *valorar* a prova, pode-se verificar a inadmissibilidade³²⁴ dela diante de sistema que se pautar, mesmo excepcionalmente, pela prova legal.³²⁵ Não por acaso, o tarifamento probatório amplo revela descrédito no Poder Judiciário, trasladando o poder de julgar ao Legislativo. Conforma-se, então, o procedimento à prova justificada e deferida pelo julgador³²⁶, admitindo-se, *e. g.*, o julgamento antecipado da lide caso não haja mais provas a produzir, além daquelas juntadas com inicial e contestação e, possivelmente, réplica. De outro lado, o requerimento de produção de prova pericial e testemunhal necessariamente impõe uma ordem pré-disposta em lei para essa atividade.

No entanto, a todos os meios de prova, produzidos em conjunto com inicial ou contestação, ou ao longo da fase instrutória, aplicam-se as regras de admissibilidade probatória. O momento é delicado, pois neste ponto exsurtem diversos temas que, irresponsavelmente analisados, podem trazer risco à própria estrutura processual moderna,

filiam a de que a prova se dá sobre os fatos. REICHELTL, Luís Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 50.* Soma-se a lista dos doutrinadores estrangeiros que adotam a mesma ótica deste estudo: ABELLÁN, Marina Gascón. *Cuestiones Probatorias.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. p. 34.

³²² Até pela destacada importância que a confissão tem na ampla maioria dos ordenamentos jurídicos, com consequências que lhe são peculiares, mas não correspondem ao reconhecimento jurídico do pedido da parte contrária. Acrescente-se que mesmo um fato confesso pode ser tido como não verdadeiro, diante da liberdade que o julgador possui na valoração do material probatório, posterior à coleta de provas. Nesse sentido: “Revisão de alimentos. Filha menor. Descabimento. O agravo retido com o pedido para decretar a confissão e a revelia do alimentante não prospera, pois se tratando de direito indisponível, não tem efeito a regra do art. 319 do Código de Processo Civil.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ementa parcial. Apelação Cível Nº 70042675199, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, Julgado em 22/09/2011.

³²³ É o que preconiza o artigo 319, VI, do Novo CPC, exigindo que a petição inicial indique “as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados”. Cabe ao réu, como determina o art. 336 do NCPC, deduzir na contestação as provas que quer produzir.

³²⁴ A doutrina italiana fala em admissibilidade nesse sentido mínimo, de que a lei permita a produção da prova pretendida. COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado, TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile – I. Il processo ordinario di cognizione.* 5ª ed. Bologna: Il Mulino, 2011. p 472.

³²⁵ Vide tópico 3.2.3.

³²⁶ Conforme preconiza o art. 370 do NCPC, que dispõe acerca dos poderes instrutórios do juiz, e respectivo parágrafo único, que versa sobre as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

lesando irremediavelmente seu caráter democrático. A atenção à origem e a observância do contraditório na produção de provas atípicas, por exemplo.³²⁷

Iniciou-se referindo que apenas sobre os fatos controversos admite-se produção de prova. Com efeito, a *controvérsia* que paira sobre determinado fato é que leva adiante a necessidade de verificar qual ou quais alegações representam um juízo verdadeiro sobre o que se passou e quais representam um juízo falso. Desde um singelo acidente automobilístico até uma consequência indesejada de um ato cirúrgico tais eventos prescindem de prova quando ambas as partes estão de acordo quanto à sua ocorrência. O que estará em jogo, tanto em um caso quanto em outro, será a responsabilidade dos envolvidos, aí sim necessitando de prova testemunhal, documental, pericial, dentre outras possíveis. A prova sobre fato incontroverso não é *relevante*, pois este não é objeto de verificação do que se passou – ele já está definido.³²⁸

A relevância, de seu turno, exige que se apresente uma relação lógica entre o meio de prova e as alegações que se pretende provar; preenche o requisito quando se apresente idônea a “fornecer elementos de conhecimento úteis para a verificação dos fatos da causa.”³²⁹ Só que tais fatos não são apenas aqueles fatos principais – são também os fatos secundários, que podem ter influência decisiva na demanda.³³⁰ Michele Fornaciari delinea cinco grupos de fatos presentes na reconstrução do processo, sobre os quais não necessariamente se produzirá prova, mas que guardam relação com a atividade probatória nos mais variados momentos. Refere, por exemplo, que também são fatos os pressupostos processuais, os requisitos da capacidade do juiz, os motivos de recusa/abstenção do julgador e que podem também ser objeto de reconstrução oportuna.³³¹ Em outras palavras, o transcorrer do procedimento é, ele mesmo, um fato, que também poderá ser objeto de reconstrução posterior. Essa acepção transborda o escopo deste tópico, que se atém mais diretamente às alegações sobre os fatos que as partes pretendem ver provados na demanda.

Percebe-se, na doutrina estrangeira, uma diferença bastante sensível no que toca aos

³²⁷ REICHELDT, Luís Alberto. *A Prova no Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 286/288.

³²⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado, TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile – I. Il processo ordinario di cognizione*. 5ª ed. Bologna: Il Mulino, 2011. p 472. Na mesma quadra, os fatos notórios não dependem de prova. Como refere Jaime Guasp, a partir de Chiovenda, os fatos notórios são aqueles que “são considerados como certos e indiscutíveis para o conhecimento humano geral, já pertencendo à história, às leis naturais, aos fatos sociais e políticos que interessem a vida pública atual; fala-se também de uma notoriedade mais restrita, isto é, de fatos que são comumente conhecidos em um determinado lugar, de modo que qualquer pessoa que resida nele coloca-se em condição de sabê-los.” GUASP, Jaime. *Juez y Hechos em El Proceso Civil*. Barcelona: Bosch, 1943. p. 21/22.

³²⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado, TARUFFO, Michele, op. cit., p 472.

³³⁰ FORNACIARI, Michele. *La Ricostruzione del fatto nel processo*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 113/114.

³³¹ *Ibid.*, pp. 115/117

requisitos da produção probatória. Diferentes ordenamentos utilizam os mesmos termos em sentidos diversos. Por exemplo, o que os espanhóis denominam *pertinencia*, corresponde à *amissibilità* italiana.³³² A relevância, mencionada retro, integra a perspectiva italiana e é compartilhada pela doutrina espanhola com o mesmo termo, representando a mesma perspectiva de que, ao fim, o processo judicial deve ser “construído de tal modo a facilitar a incorporação do maior número possível de provas relevantes.”³³³ A relevância está diretamente atrelada à possibilidade de influenciar o convencimento final do julgador, de maneira diferenciada. Só que essa noção poderia levar à exclusão de prova redundante. Mas elas podem ser redundantes de forma diversa. Podem sê-lo por representar o mesmo tipo de prova (um novo depoimento testemunhal que apenas irá repetir o anterior, pois presenciaram os mesmos fatos), ou por serem provas diversas que dizem respeito ao mesmo fato.³³⁴ Uma gravação oriunda de câmera de vigilância que capta o momento do acidente configura redundância quando também se pretende ouvir testemunha sobre o mesmo fato. As perspectivas oferecidas são bastante diversas. Preocupado com o *erro* judicial, Larry Laudan aponta que o maior número de provas disponível ao julgador é uma conduta preferível, do ponto de vista epistêmico, precisamente com o intuito de evitar o erro.³³⁵

Retorna-se, novamente, ao tema da epistemologia. O próximo passo, naturalmente, seria examinar quais os meios de prova e as formas de raciocínio levadas a cabo pelo julgador, quando da etapa própria de valoração do material probatório admitido ao processo. Essas considerações se realizarão na segunda parte deste trabalho. Impõe-se, considerar, apenas, que a proposta que vai se desenhando ao longo do estudo não é de sugerir que o processo represente *exclusivamente* uma atividade epistêmica; ele é *também* percebido como uma atividade epistêmica.³³⁶ O que se propõe, ao lado de todo construto teórico sobre o qual se alicerça o processo, se reforcem as bases no particular do direito probatório.

Diante da relação íntima estabelecida entre reconstrução dos fatos e verdade, e da

³³² TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970. p. 107.

³³³ BELTRÀN, Jordi Ferrer. *La valutazione razionale della prova*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 59.

³³⁴ *Ibid.*, p.67/68.

³³⁵ LAUDAN, Larry. *Truth, Error and Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 122. Refere o autor: “Conjeturo que cada falha em respeitar a regra da relevância – isto é, cada exceção a ela – aumenta as chances que o jurado irá errar quando avaliar a culpa ou inocência aparentes do acusado.” *Id.*, *ibid.*

³³⁶ TARUFFO, Michele. *Contro la Veriphobia*. Osservazioni sparse in reposta a Bruno Cavallone. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. LXV, n. 5, CEDAM, set./out. 2010. p. 1007. No particular, critica a visão de Cavallone de que a regra do ônus da prova seria ‘antiepistêmica’, pois levaria o julgador a decidir sobre a falta de provas. Taruffo refere que a regra se afigura nessa situação apenas na ausência de prova, revelando-se regra de julgamento; não torna, em momento algum, o verdadeiro, falso e nem o oposto. Na realidade, apenas tem por objetivo evitar o *non liquet* e não leva a julgamento injusto, precisamente o contrário. *Idem*, *ibid.*, p. 1008.

inegável relevância dessa primeira etapa processual, permeada pela atividade probatória, empresta-se a conclusão formulada por Danilo Knijnik:

A formação do juízo de fato tem de ser mediada pela dogmática processual, não podendo ser considerada terra estranha ao trabalho do jurista prático ou assunto privativo do mundo fenomênico, para o qual todo o saber tecnológico do jurista seria dispensável. Dito de outro modo: o realismo, ainda que não se concorde inteiramente com suas premissas, permite evidenciar a necessidade de um direito probatório sistemático, com categorias e instituições próprias, de modo a evitar que o convencimento judicial escape a toda forma de controle dogmático e a um real contraditório.³³⁷

Permite-se ir mais além: esse direito probatório sistemático deve ser apresentado como verdadeira ciência jurídico-probatória, amparado não só pelo exame tradicional das provas em espécie (que também é objetivo deste estudo, em particular nos capítulos 3 e 4), como por uma robusta teoria geral da prova. A reconstrução fática hodiernamente atravessa a passagem da prova comum para a prova científica.³³⁸ As máximas de experiência, ainda ao alcance do julgador³³⁹, não lhe permitem sua utilização na presença de prova técnica. Esse ponto particular será abordado na segunda parte deste estudo. O fato é que a prova científica é apenas uma das dificuldades apresentadas para o moderno direito probatório. Para mediar o desenvolvimento desse novo direito probatório, apresenta-se, uma vez mais, a necessidade de abordagem epistemológica. Cabe, primeiramente, estabelecer os elementos mínimos para o desenvolvimento dessa epistemologia jurídica.

2.3 ELEMENTOS MÍNIMOS PARA UMA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA(MENTE RELEVANTE)

O vocábulo epistemologia não atrai unanimidade³⁴⁰, muito embora não pareça haver

³³⁷ KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: _____. (Org.). *Prova judiciária: novos estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 25.

³³⁸ LOMBARDO, Luigi. La Scienza e il Giudice nella Ricostruzione del Fatto. *Le Prove nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 129.

³³⁹ O art. 335 do CPC/73 foi transfigurado no art. 375 do NCPC, mantendo-se, ao alcance do julgador, a utilização das regras de experiência. Art. 375, NCPC: “O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.”

³⁴⁰ Como bem aponta Richard Foley, os temas centrais da epistemologia são “the concept of knowledge and a cluster of normative concepts applying to beliefs, a cluster that includes rational, reasonable, justified and warranted belief.” O que se leva pouco em consideração, refere o autor, é que esses conceitos são

discordância entre os juristas do que venha a ser epistemologia jurídica.³⁴¹ Ao menos não no sentido de oposição com o que se denomina “filosofia das ciências” ou de “teoria do conhecimento”. Trata-se de uma opção linguística variável. Em francês, o que se diz, aqui, por epistemologia, é, na realidade, percebido como a mencionada filosofia das ciências^{342 343}, já que, naquela língua, há uma clara distinção entre a gnosiologia (teoria do conhecimento) e a própria epistemologia, mas que não é comum em outras línguas, como o italiano e o inglês.³⁴⁴

O viés gnosiológico acaba por se distanciar, ao menos no patamar atual, do intuito dos estudiosos da epistemologia jurídica, já que questiona, de forma muito mais profunda, o próprio conhecimento, sua origem, natureza e limites.³⁴⁵ Talvez este aprofundamento não revele (ao menos hodiernamente) o viés prático trazido pelo estudo de corte epistemológico da área jurídica, em particular o direito probatório. Esta última perspectiva oferece um exame crítico “dos princípios, das hipóteses e dos resultados das diversas ciências, destinado a determinar sua origem lógica (não psicológica), o seu valor e a sua importância objetiva.”³⁴⁶

Adotando-se o termo epistemologia não enquanto gnosiologia, portanto, oferece-se a

empregados de maneiras completamente diversas. Ou seja, além do próprio termo *epistemologia* atrair controvérsia, também seus pontos centrais trazem grande discussão – nem sempre levada em conta. Esses tópicos derivados do termo serão abordados no item 2.4 deste capítulo. Tudo conforme FOLEY, Richard. *Conceptual Diversity in Epistemology*. In MOSER, Paul K. (org.). *The Oxford Handbook of Epistemology*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 177.

³⁴¹ Por todos: DWYER, Déirdre. *The Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, *passim*. Não se encontra nesta área a mesma discussão havida no âmbito da questão em torno do que seja uma lógica propriamente ‘jurídica’. Georges Kalinowski, ao afirmar que “é vão tentar estudar uma lógica jurídica no sentido próprio do termo, pois ela não existe.” *Juristische Logik*. Berlin: Springer, 1966, p. 7 apud PERELMAN, Chaim. *Logique Juridique: nouvelle retorique*. Paris: Dalloz, 1999. p. 71. Crítica mais ampla, mas ainda acurada, é oferecida por Larry Alexander e Emily Sherwin. Como destacam os autores, “nós acreditamos que o raciocínio legal é o raciocínio comum aplicado aos problemas legais.” Referem, ainda, que um processo decisório puramente analógico não existe, e não se justifica sua existência, nem a partir de um raciocínio indutivo ou dedutivo. ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Desmystifying legal reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 3 e 87/88.

³⁴² “Começamos por distinguir o sentido da expressão ‘filosofia das ciências’ de um termo que, às vezes, é confundido com ela: ‘epistemologia’. A epistemologia evidentemente se interessa pela ciência, mas seu verdadeiro objeto é, como indica a etimologia da palavra, o conhecimento (o *logos* sobre a *épistémê*). Dessa forma, a epistemologia se aproxima mais de uma filosofia do conhecimento do que de uma filosofia das ciências.” NOUVEL, Pascal. *Filosofia das Ciências*. Campinas: Papyrus, 2013. p. 17.

³⁴³ O termo comporta dissenso mesmo entre os franceses: “Ela [a epistemologia] pode ser apresentada como um ramo da filosofia das ciências que estuda de maneira crítica o método científico, as formas lógicas, e os modos de inferência utilizados na ciência, examinando ainda os conceitos fundamentais, teorias e resultados das diversas ciências, seu valor e porte objetivo.” ATIAS, Christian. *Épistémologie juridique*. Paris: Dalloz, 2002. p. 2. Nessa mesma linha, pontua Hervé Barreau a explica de forma um pouco diversa, entendendo que a denominação *epistemologia* veio a substituir a expressão anterior de filosofia das ciências, utilizada por Auguste Comte e Augustin Cornot, mas segue sendo empregada, embora em um sentido mais ampla do que aquele designado para o primeiro termo. BARREAU, Hervé. *L’Épistémologie*. 8ª ed. Paris: PUF, 2013. p. 3. Ainda: BERTHELOT, Jean-Michel. *Verbete Épistémologie des Sciences Humaines*. MESURE, Sylvie, SAVIDAN, Patrick (orgs.). *Le Dictionnaire des Sciences Humaines*. Paris: PUF, 2006. p. 378.

³⁴⁴ LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 313.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 449. Ainda que seja indispensável a distinção, não há como se negar que a existência de profunda ligação entre essas áreas. *Idem*, p. 314.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 313.

ideia de que ela se presta a examinar diferentes áreas do conhecimento, como física, química, medicina, dentre outras, interrogando-se sobre a forma de sua construção, “seu grau de veracidade, sua robustez, as conexões entre si, as consequências de sua utilização em outros ramos do saber ou em atividades humanas diversas.”³⁴⁷ Ao contrário da ampla teoria do conhecimento, assinala Pascal Nouvel, seu ponto de partida não é o conhecimento geral e abstrato, “mas de um domínio de conhecimento preciso e especificado.”³⁴⁸

Embora a epistemologia não seja “propriamente o estudo dos métodos científicos”³⁴⁹, o resultado de seu enfrentamento poderá contribuir para o aprimoramento de certo método, mas este não é seu objetivo precípuo. Ao questionar o valor e importância do conhecimento de determinada área, auxilia na melhor compreensão da ciência em si e até mesmo para a eliminação de alguma metodologia que se revele inadequada para o descobrimento da verdade.³⁵⁰ Trata-se, no particular jurídico, de diagnosticar algumas das causas de *erro* que podem ocorrer durante o processo judicial.³⁵¹

Não se oculta, aqui, o salto da Epistemologia para o Direito. Há de se demonstrar que aquela ciência, embora originada das recentes descobertas das ciências físicas, químicas e biológicas, pode trazer benefícios para o campo jurídico. Não há sentido em alijar o Direito de questionamento da validade de seus resultados, ainda que, sob certo aspecto, não tenha atravessado uma ‘redescoberta espetacular’ como passaram outras ciências em época recente, tal qual se deu após a revolução de Galileu.³⁵²

Basta que se defina, enfim, qual o conceito de epistemologia empregado, e poder-se-á falar em uma epistemologia jurídica. Propõe o jurista francês Christian Atias que seja compreendida como “um estudo crítico dos eventos que pontuaram a história do corpo de conhecimentos que uma coletividade sábia alimenta, corrige e trabalha.”³⁵³ Sua proposta presume que o saber jurídico requer uma epistemologia descritiva, retrospectiva e, ainda, diferencial. Em seu caráter descritivo, ocupa-se de observar e descrever o saber jurídico como ele é, a partir de seu conteúdo, suas práticas, convicções e concepções. Nesse tópico, ela aponta sobre uma teoria que poderia se apresentar como ‘acabada’, crítica que demonstra suas fraquezas e fragilidades, desde as escolhas havidas até as consequências verificadas, através

³⁴⁷ NOUVEL, op. cit., p. 20.

³⁴⁸ NOUVEL, Pascal. *Filosofia das Ciências*. Campinas: Papyrus, 2013. p. 20.

³⁴⁹ LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 313.

³⁵⁰ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 156.

³⁵¹ LAUDAN, Larry. *Truth, Error and Criminal Law*. Cambridge: Cambridge, 2006. p. 9.

³⁵² ATIAS, Christian. *Épistémologie juridique*. Paris: Dalloz, 2002. p. 3.

³⁵³ *Ibid.*, p. 3.

da explicitação do mecanismo intelectual empregado.³⁵⁴

Quanto à qualidade retrospectiva, percebe-se que

O estado atual do saber não se deixar analisar como uma etapa, mas como um resultado. Cada ‘conquista adquirida’ vem depois de outras. Ela é o enriquecimento, o prolongamento, a retificação, o substituto. Um saber sem passado não é nada mais do que um catálogo fechado, morto, infenso à análise. A entrada neste passado não é jamais simples. Aquele que se engaja nas mudanças a constatar, não apenas em seu senso cronológico, mas a partir de seu presente que é o seu futuro. O anacronismo ameaça cada passo. Para evitá-lo, a epistemologia ganha a se fazer decididamente retrospectiva.³⁵⁵

Uma epistemologia jurídica não pode ser visualizada da mesma maneira que uma epistemologia geral³⁵⁶, que se emprega para analisar os astros, um exame médico ou as engenharias. Ela é peculiarmente jurídica e leva em conta as diferenças existentes entre os diferentes ramos dentro do próprio Direito – entre o direito civil e o penal, o empresarial e o de família, e assim por diante. Isso lhe outorga caráter necessariamente *diferencial*.³⁵⁷ Sonegar-lhe tal característica é o mesmo que negar as idiosincrasias de cada uma das áreas do conhecimento e do Direito em si.³⁵⁸

Focando o âmbito do direito probatório, tal consideração é ainda mais delicada quando se percebe uma dupla dificuldade epistêmica. Explica-se: o direito probatório atual, que poderíamos denominar como “ciência da prova no processo”, ainda em um estágio inicial de construção³⁵⁹, depende de outras ciências. É o caso quando se fala de prova testemunhal e nada se sabe a respeito de Psicologia³⁶⁰, quando se fala de prova pericial em âmbito de demanda que discute erro médico e não se entende absolutamente nada de Medicina ou do conhecimento técnico necessário a qualquer outra área. Eis aí duas perspectivas simples, mas de caráter prático evidente, que demandam por aprofundamento epistemológico. Transparece,

³⁵⁴ Ibid., p. 57.

³⁵⁵ ATIAS, Christian. *Épistémologie juridique*. Paris: Dalloz, 2002. p. 57/58.

³⁵⁶ DWYER, Déirdre. *The Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 21.

³⁵⁷ ATIAS, Christian. *Épistémologie juridique*. Paris: Dalloz, 2002. p. 58/59.

³⁵⁸ Em sentido contrário, refere Susan Haack que, “na sua boca”, “legal epistemology” ou “epistemology legalized” referem-se não a um gênero especializado e peculiar de epistemologia, mas simplesmente ao “trabalho epistemológico relevante aos temas que surgem no direito.” HAACK, Susan. *Evidence Matters*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 6.

³⁵⁹ Twining propõe algumas questões a serem respondidas antes que se possa falar em uma ‘ciência integrada da prova’. TWINING, William. *Rethinking Evidence*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. pp. 450-451.

³⁶⁰ Ou igualmente não se compreendem as técnicas que podem auxiliar no conhecimento da verdade, tal qual o instituto do *cross examination* típico do *common law*, que permite que a informação seja diretamente filtrada pelas partes, sob a mediação direta do julgador da causa. DAMASKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority*. London: Yale University Press, 1986. p. 137.

igualmente, a possibilidade de erro a que Larry Laudan³⁶¹ alude, pois o resultado da atividade probatória (incluída sua valoração e, via de consequência, a própria decisão judicial) daquele processo em particular (pode) resta(r) prejudicado.

Reforça-se a interação entre epistemologia e processo, a fim de comprovar se os meios pelos quais se produzem as provas no processo são válidos ou não para a descoberta da verdade acerca das alegações sobre os fatos. Contudo, bem alerta Michele Taruffo³⁶², há de se considerar o problema revelado pelas escolhas ideológicas que definem, limitam, conformam o processo. A depender da ideologia selecionada, o comprometimento em âmbito probatório seria tão severo que poderia acarretar a total “anulação da dimensão epistêmica do processo.”³⁶³ Trata-se de situação incontornável e inerente a todo e qualquer processo judicial, assim como a própria subjetividade do juiz, percebendo, então, que “o verdadeiro problema, portanto, não é o de demonstrar ou negar que o juiz vá além do Direito. Que isso acontece é óbvio, e, além do mais, o Direito não pode ser concebido como algo autônomo e destacado da realidade social e da cultura em cujo seio o juiz atua.”³⁶⁴ O que se quer dizer é que de nada adianta desenvolver instrumental epistemológico adequado se, na perspectiva ideológica, o processo está conformado com um objetivo que não seja a busca da verdade, mas a legitimação de um entendimento peculiar do julgador ou da ideologia estatal vigente.

A *ideologia*, portanto, relaciona-se inevitavelmente com o Direito. Ainda que se pudesse advogar a tese de um processo sem influência ideológica de parte do juiz, isso não passaria de uma utopia, seja pela realidade prática³⁶⁵, seja pelo fato de que a ideologia

³⁶¹ O autor esclarece que se refere ao termo *erro* não como o fazem as cortes de apelação, no sentido de erro quanto às regras de prova ou de procedimento foram violadas. *Erros*, define o autor, são mencionados levando em consideração dois aspectos diversos: primeiramente, não têm nenhuma relação com “se o sistema seguiu as regras (o sentido de ‘erro’ relevante para as cortes de apelação) mas total relação com o resultado de se houve a condenação dos culpados e libertação dos inocentes. (...) Em segundo lugar, as discussões padrão de erros na lei (...) tende a definir erros apenas para aqueles casos que chegam a julgamento e emitem um veredito. Tais autores, naturalmente, distinguem entre vereditos falsos e verdadeiros. Essa é certamente uma legítima e importante distinção, mas não é nem a mais ampla nem a mais útil forma de distinguir erros. Como minha definição de erro já indicou, eu alego que erros ocorrem sempre que inocentes são condenados pelo sistema e sempre que culpados deixam de ser condenados.” LAUDAN, Larry. *Truth, Error and Criminal Law*. Cambridge: Cambridge, 2006. p. 10/11.

³⁶² TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 157.

³⁶³ *Ibid.*, p. 158.

³⁶⁴ TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo: v. 2, nº 2, p. 171-204, julho-dezembro/2001. p. 172. Recorda-se também a questão acerca da discussão se seria desejável a presença de juízes realistas, ou seja, que deixam sua subjetividade afetar, de uma forma ou de outra, o resultado do processo. Como conclui Jerome Frank, não cabe pensar se desejamos um modelo “livre” de juiz, cabe admitir que nós já o temos. FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New York: Tudor Publishing Company, 1936. p. 158.

³⁶⁵ Susan Philips realizou levantamento acerca da ideologia presente na linguagem dos juízes, examinando as atividades judiciárias dos magistrados da cidade de Tucson, Arizona. Também efetuou entrevistas, concluindo que, embora abertamente filiados à determinada corrente ideológica, afirmaram que isso não influenciava suas decisões. Mas isso somente ficou claro em relação aos *trial court judges*, “que não fazem a

ingressaria de igual forma no meio processual através da atividade legislativa. A ideologia, no entanto, não pode ser o único norte da decisão judicial, embora componha o perfil decisório do julgador, até mesmo se considerada a afirmação de Cappelletti, de que o conflito ideológico é “tremenda espada de Dâmocles que pende ameaçadora sobre a existência da humanidade e civilização”³⁶⁶. A atividade humana, judicial³⁶⁷, legislativa ou meramente mundana, está impregnada de ideologia, ainda que se saiba da polissemia do termo.³⁶⁸

A necessidade de se atentar à ideologia é fundamental no tema probatório. Isto ocorre justamente porque se propõe uma análise epistêmica do Direito e, em particular, do direito probatório, ou, como se pretende criar e consolidar, de uma “ciência probatória” com cariz jurídico (daí ‘ciência jurídico-probatória’), mas não infensa à interdisciplinaridade. Se a ideologia – não aquela do julgador, mas aquela do legislador que estruturou legalmente o processo – não tem qualquer compromisso com a verdade, qualquer construção epistêmica dificilmente terá qualquer efeito prático. Como bem refere Taruffo, se

a função do processo se esgota no desenvolvimento de uma competição procedimentalmente correta entre indivíduos privados, a busca da verdade resulta estranha e não significativa diante da dinâmica da livre contradição entre as partes. Assim mesmo, se se considera que o fim do processo é exclusivamente de por fim de *qualquer modo* à controvérsia, sem que seja relevante a qualidade da decisão que conclui o procedimento, a busca da verdade parece irrelevante e, inclusive, contraproducente. Se a tensão se resolve a favor de uma dessas ideologias do processo, a consequência óbvia

lei, mas implementam a lei que é feita por outros.” A autora admite que essa “não ideologia” dos *trial court judges* não passa de um mito aprendido nos bancos universitários, pois a “negativa dos juízes de influência ideológica no seu comportamento judicial reflete a atual influência ideológica da ordem dos advogados, que se organizou”. PHILIPS, Susan U. *Ideology in the language of judges*. New York: Oxford University Press, 1998. p. 7-15.

³⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, v. 13, p. 17, 1978.

³⁶⁷ No levantamento realizado sobre a ideologia na linguagem dos juízes, Susan Philips, ao analisar profundamente as atividades judiciárias dos juízes da cidade de Tucson, Arizona, e também entrevistá-los, verificou que eles, embora confessadamente filiados à determinada corrente ideológica, afirmam que isso não influencia suas decisões. Mas isso somente ficou claro em relação aos *trial court judges*, “que não fazem a lei, mas implementam a lei que é feita por outros.” Em seguida, a autora admite que essa “não ideologia” dos *trial court judges* não passa de um mito aprendido nos bancos universitários, pois a “negativa dos juízes de influência ideológica no seu comportamento judicial reflete a atual influência ideológica da ordem dos advogados, que se organizou”. PHILIPS, Susan U. *Ideology in the language of judges*. New York: Oxford University Press, 1998. p. 7-15. Contudo, a atitude da ordem dos advogados do Arizona foi de simplesmente pressionar os magistrados para que não se vinculassem exclusivamente às influências da comunidade na qual estão inseridos, e que privilegiassem a *imparcialidade* como valor fundamental de sua função. Ora, essa “pressão” é louvável e não se confunde com ideologia, apenas configura exigência democrática do adequado desempenho que o cargo exige.

³⁶⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 18. Refere o ilustre jurista que Terry Eagleton registrou *dezesseis* significados diferentes para o termo. Idem, *ibid*. Todo estudo sobre ideologia pressupõe o estabelecimento de um de seus muito significados para o início do debate, já que “poucas palavras, na área de humanas, são tão polissêmicas como essa.” FIGUEIREDO, Luiz Eduardo. Verbete Ideologia. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 453.

é que a função epistêmica do processo resulta postergada ou anulada; no melhor dos casos, resultaria limitada e modelada de diversas formas em função do que considere oportuno desde a perspectiva da ideologia que se adota.³⁶⁹

A opção ideológica de todo um sistema, a considerar, no direito processual, que sofre influência tanto do julgador quanto do legislador³⁷⁰, afeta diretamente o resultado do processo e também todos os seus meandros, aí inclusa a atividade probatória. Em outras palavras: se o compromisso processual não é com a verdade, de nada adianta tecer considerações epistêmicas a tal respeito. O fato é que o processo civil não é uma ‘entidade única’ para todos os ordenamentos jurídicos, desenvolvendo-se e estruturando-se a partir de das diferentes concepções quanto ao seu objetivo.³⁷¹ Existem, assim, “diversas ideologias do processo civil”, oriundas, simplificadamente, de duas visões distintas: de um lado, a orientação difusa de que o processo deve servir para a resolução de controvérsias; de outro, designa-se o mesmo objetivo ao processo, “mas através de decisões justas fundadas na correta aplicação das normas que regulam o suposto fato objeto do processo.”³⁷²

A preocupação com o método científico é anulada quando o *único* objetivo é a satisfação ou implementação de alguma ideologia. Não se trata de propor um processo asséptico, o que não é meramente inviável, é impossível. De se levar em consideração que de nada adiante aparelhar e tentar aprimorar um instrumento que não presta ao fim a que se deseja. A tentativa é de aproximar dois discursos que são distintos: um de cunho científico e outro de cunho ideológico.³⁷³ O científico possui uma função descritivo-informativa,

³⁶⁹ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 158.

³⁷⁰ E até mesmo do Estado como um todo, dependendo de certas opções de cunho ideológico. Como aponta Damaska: “Where the violation of a right has been ascertained, the conflict-solving process typically extends from dispute over the right to dispute over the proposed remedy. And just as the judge cannot overstep the parameters set by the parties for the first level of their dispute, so he cannot disregard these parameters in the second stage of controversy. Were he to extend the range of the proposed award or sanction, or otherwise attempt freely to choose the appropriate remedy, he would cease to be a mere conflict resolver. Again, the ideology of the reactive state supports the purity of the conflict-solving process. Within certain statutory limitations, citizens who initiate a lawsuit are sovereign in deciding what form of relief suits their interests. Were a state official permitted to second-guess the propriety of demands for redress, the litigant’s interest could always be trumped by the desire of the state to realize some vision of public good. The legal process would then no longer serve as a device for the resolution of disputes in civil society and become an administrative endeavor or an occasion for realization of state policy.” DAMASKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority*. London: Yale University Press, 1986. p. 117/118. Do ponto de vista histórico, vide Trocker para o estabelecimento das bases histórico-ideológicas do processo alemão e italiano: TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. pp. 3 e seguintes.

³⁷¹ TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 367.

³⁷² *Ibid.*, p. 367.

³⁷³ Não há sentido, segundo Bobbio, em caracterizar de falsa ou verdadeira determinada ideologia, já que seu conceito não comporta distinções de tal natureza. Para ele, “a ideologia [...] é a expressão do comportamento *avaliativo* que o homem assume face a uma realidade, consistindo num conjunto de juízos de valores relativos a tal realidade, juízos esses fundamentados no sistema de valores acolhido por aquele que o formula, e que têm o escopo de *influir* sobre tal realidade.” BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*.

enquanto o outro uma função valorativo-prescritiva, com a tendência de “influir na conduta humana quando das escolhas preferenciais.”³⁷⁴ Enquanto o discurso científico está sujeito a controle racional, é da própria natureza do ideológico ser reduzido a uma partícula puramente opinativa, incapaz de ser demonstrada através de provas experimentais.³⁷⁵

Soa mais adequado, no caso, perceber que o Direito, enquanto fenômeno complexo que representa, não se explica apenas por uma técnica, modelo ou método. Assim como a Psicologia não esgota e explica o fenômeno jurídico por inteiro, assim não o fazem a Matemática, a Economia, a Estatística ou qualquer outra ciência. Elas apenas providenciam diferentes *visões*, nem mais, nem menos corretas, mas todas incompletas da ciência jurídica.³⁷⁶ Nessa quadra, retorna-se à questão epistêmica, que não remete à matematização do Direito, mas bebe da mesma fonte que é o nascedouro das ciências modernas³⁷⁷, passando pela noção de *sistema* que necessariamente atrai, em maior ou menor medida, a noção de não-contradição, típica e indispensável para a construção matemática.

Ante o exposto, percebe-se que o exame de corte epistemológico deve ter como pressuposto mínimo e indispensável a inexistência de amarras ideológicas, do contrário, perde inteiramente seu sentido e propósito. Habilita-se a servir de instrumento na análise

Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 223. O presente estudo se alinha mais com o entendimento de que o ideológico, na lição de Émile Durkheim, “é todo conhecimento pré-científico, subjetivista, que não respeita os critérios de objetividade na produção do conhecimento.” FIGUEIREDO, Luiz Eduardo. *Verbete Ideologia*. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 453. Para André Lalande, o termo tem possível conotação pejorativa, caracterizado pela “análise ou discussões vazias de ideias abstratas, que não correspondem aos fatos reais.” LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 510.

³⁷⁴ LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 143.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 143. Registra o autor: “Um determinado sistema de valores não pode ser logicamente deduzido ou empiricamente verificado, mas pode ser justificado por argumentos que, se não se impõem pela necessidade da demonstração ou pela irrefutabilidade do experimento, todavia fornecem as razões das nossas escolhas: esses são os “raciocínios” que, apesar de não serem dotados de força cogente, não chegam a obrigar o interlocutor ao consenso.” *Idem*, *ibid.*, p. 144. É precisamente o que conclui Taruffo, quando afirma que “se poderia dizer que cada ordenamento processual constitui um contexto particular, com suas regras, seus mecanismos e seus valores, de modo que a análise deveria situar-se em cada sistema particular e conformar-se a ele, para, enfim, verificar sua coerência interna. Deste modo se adotaria uma perspectiva radicalmente relativista, em virtude da qual cada sistema processual teria sua própria história e se justificaria de forma autorreferencial.” TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 159.

³⁷⁶ Enraizada em toda essa crítica está a visão negativa (e anciã) das ciências sociais, às quais se negou, por muito tempo, o título próprio de ciência. Como já de muito se salientou: “É de ser injusto com elas, visto reunirem todas as condições que constituem as ciências propriamente ditas. a) Os fenômenos que estudam são muito reais e especificamente distintos dos que são objeto das outras ciências; b) As causas e as leis determinadas nestas ciências exprimem relações necessárias entre os fatos e entre os atos. E a regra ideal a que se devem conformar; c) Enfim, as suas conclusões têm um caráter incontestável de certeza, embora de ordem diferente das ciências físicas ou matemáticas.” LAHR, C. *Manual de Filosofia*. 5ª ed. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1950. p. 413.

³⁷⁷ O próprio termo epistemologia, na França, só aparece na França depois do início do Século XX. ATIAS, Christian. *Épistémologie juridique*. Paris: Dalloz, 2002. p. 1. Ainda: STENGERS, Isabelle. *L'invention des sciences modernes*. Paris: Flammarion, 1995, *passim*.

comparatista de “diversos sistemas probatórios desde o ponto de vista de sua maior ou menor eficiência para a determinação da verdade”³⁷⁸, até mesmo para apontar o possível comprometimento ideológico deste ou daquele sistema – o que só é factível quando o próprio meio utilizado – a epistemologia – não é, ele próprio, tisonado por qualquer ideologia. De outro lado, essa nova perspectiva pode oferecer uma possível complementação à tradicional visão de verdade enquanto correspondência, acima examinada, marcando a passagem para uma percepção da verdade como uma propriedade do estado mental de um indivíduo – um conhecimento ou uma crença.³⁷⁹

Assim, poderá qualificar-se a ciência jurídico-probatória e, diretamente, o resultado da atividade processual, deixando relegada ao passado a crítica de que as ciências sociais ocupam “o último lugar na hierarquia das ciências sob o ponto de vista de precisão de seus resultados”³⁸⁰. Tal visão se apresentava a partir da ótica de que os fenômenos físicos, regidos por leis fatais, podem prever-se e “alguns ao menos, provocar-se à vontade do observador; pelo contrário a liberdade que intervém mais ou menos nos fenômenos morais e sociais, desnorteia as previsões e malogra os cálculos.”³⁸¹ Voltar-se-á ao tema mais adiante, em particular no último capítulo.

2.4 A ESTRUTURAÇÃO DE UMA EPISTEMOLOGIA APLICÁVEL AO DIREITO PROBATÓRIO

Não há ciência sem método.³⁸² A dupla percepção até aqui estabelecida, de um lado, que aponta a necessidade da aproximação entre Epistemologia e Direito e, de outro, que denota a relevância do momento reconstrutivo dos fatos no processo, remete à estruturação de abordagem epistemológica do direito probatório. Essa iniciativa só poderá ser realizada com a introdução de conceitos elementares, já que propor uma *abordagem epistemológica* pode se revelar empreitada inócua a menos que se apresentem *quais* as estruturas de justificativa possíveis. Evita-se, assim, uma opção por esta ou aquela estrutura de forma *ad hoc*, muito

³⁷⁸ TARUFFO, op. cit., p. 159.

³⁷⁹ Ainda que Popper diferencie essas visões como opostos (uma objetiva – a da correspondência – e outra subjetiva – aquela epistemológica), isso em nada altera as conclusões expostas. São, na realidade, abordagens complementares do mesmo fenômeno – a busca da verdade. A visão do autor se extrai de POPPER, Karl. *Conjectures and Refutations*. New York: Routledge, 2002. p. 227.

³⁸⁰ LAHR, C. *Manual de Filosofia*. 5ª ed. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1950. p. 413.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 414.

³⁸² BARREAU, Hervé. *L'Épistémologie*. 8ª ed. Paris: PUF, 2013. p.41.

embora, a final, perceba-se que há conceitos que se relacionam melhor com o direito probatório do que outros.

Essa estrutura pode estar relacionada a diferentes vertentes na Epistemologia. Duas dizem respeito às diferentes formas de justificar o conhecimento - o Evidencialismo (*Evidentialism*) e o Confiabilismo (*Reliabilism*). Outras duas, o Coerentismo (*Coherentism*) e o Fundacionalismo (*Foundationalism*) dizem respeito à estrutura dessa justificação. Uma terceira forma será analisada, conforme a proposta de Susan Haack, e diz respeito ao *Foundherentism*, aqui traduzido como *Funderentismo*.³⁸³ Em preliminar à discussão que se faz necessária, apresentam-se alguns conceitos elementares indispensáveis ao entendimento dessa etapa. Não se pretende e nem seria possível esgotar o tema, pois a diversidade conceitual em Epistemologia é vasta e rende profícuas e extensas discussões. Contudo, percebe-se que quando o tema vem abordado em perspectiva jurídica, raramente são mencionados tais elementos, o que torna qualquer edificação jurídica sobre o tema epistemológico frágil sem algum tipo de esclarecimento preliminar.

2.4.1 Conceitos elementares

Em grandes linhas, a epistemologia trata do estudo do conhecimento e das crenças justificadas. Normalmente, em estudos da área, se trata do tema através de representações como “S” (sujeito) conhece “p” (proposição), desde que atendidas certas condições, ocasionalmente enunciadas na expressão “se e somente se”. A fim de evitar que esse conhecimento seja acidental (ainda que verdadeiro), essa crença deve apresentar-se de forma justificada, o chamado *justified true belief*. Ou seja, ‘S’ conhece ‘p’ não por mero acaso, mas porque ele realmente acredita que possui um conhecimento verdadeiro e justificado acerca de ‘p’.³⁸⁴

Esse é o ponto de partida fundamental que habilita o prosseguimento do tema e já leva à primeira divergência natural: de que forma esse conhecimento pode ser justificado? Apresentam-se duas perspectivas diversas. A primeira estabelece que o conhecimento de ‘S’ só é realmente justificado se ele possui as evidências (ou provas) necessárias que estabeleçam esse conhecimento. Esta perspectiva é chamada de *Evidencialismo (Evidentialism)*. A outra

³⁸³ A mesma expressão consta da tradução realizada por Eduardo Rodrigues da Cruz em JENSEN, Jeppe Sinding. Introdução: temas epistemológicos para o estudo da religião. *Rever*, São Paulo: PUCSP, ano 13, n. 2, jul./dez. 2013. p. 174.

³⁸⁴ Verbete *Epistemology*. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/epistemology/>>. Acesso em 15.11.2014.

visão possível no tema exige de ‘S’ a utilização de um processo cognitivo confiável para que possa ter uma crença justificada em ‘p’. Denomina-se esta última de *Confiabilismo* (*Reliabilism*) e refere-se, portanto, a que o processo em questão “leva a uma alta proporção de conhecimentos justificados, com o grau de justificação dependente do grau de confiabilidade.”³⁸⁵ Nesse viés, o conhecimento justificado se mede pelo mesmo grau de probabilidade que o processo cognitivo empregado para produzi-lo.

Pode-se, então, abordar o chamado problema de Gettier. Cunhado por Edmund Gettier, em um breve artigo datado de 1963³⁸⁶, a questão se resume a dois diferentes casos, partindo de uma premissa comum, que é a base do Evidencialismo: (a) ‘S’ sabe ‘p’ se e somente se (i) ‘S’ aceita ‘p’; (ii) ‘S’ possui prova adequada que ‘p’; (iii) ‘p’ é verdadeiro. Ele então formula a seguinte situação: Smith possui fortes evidências de que (b) Jones possui um Ford. Ele se recorda que Jones sempre possuiu um Ford e que acabou de receber uma carona desse amigo, num Ford. Imagine-se, então, que Smith tem outro amigo, Brown, cuja localização ele desconheça. Smith seleciona aleatoriamente três locais e constrói três diferentes proposições: (c) Ou Jones possui um Ford, ou Brown está em Boston; (d) Ou Jones possui um Ford, ou Brown está em Barcelona; (e) Ou Jones possui um Ford, ou Brown está em Brest-Litovski.³⁸⁷ Ligando um fato ao outro, ele tem um conhecimento que se considera justificado. Acrescentando, ainda, outras duas condições, percebe-se o equívoco de Smith: Jones está, na realidade, dirigindo um carro alugado e Brown está de fato em Barcelona. Pensado dessa maneira, muito embora (d) seja verdadeira, Smith não faz ideia que ele possui, de fato, o conhecimento verdadeiro do tema. Essa breve demonstração aponta que (a) não esgota a perspectiva da justificativa do conhecimento.³⁸⁸ Outros problemas foram

³⁸⁵ BONJOUR, Laurence. Internalism and Externalism. In MOSER, Paul K. (org.). *The Oxford Handbook of Epistemology*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 244.

³⁸⁶ O artigo escrito (“Is Justified Belief True Knowledge?”) por Edmund Gettier e publicado em 1963 trouxe enorme discussão sobre o tema. A versão estudada encontra-se disponível em <<http://fitelson.org/proseminar/gettier.pdf>>. Acesso em 15.12.2014.

³⁸⁷ Optou-se por manter os nomes originais utilizados por Gettier.

³⁸⁸ O autor refere ainda outro caso: “Suppose that Smith and Jones have applied for a certain job. And suppose that Smith has strong evidence for the following conjunctive proposition: (d) Jones is the man who will get the job, and Jones has ten coins in his pocket. Smith’s evidence for (d) might be that the president of the company assured him that Jones would in the end be selected, and that he, Smith, had counted the coins in Jones’s pocket ten minutes ago. Proposition (d) entails: (e) The man who will get the job has ten coins in his pocket. Let us suppose that Smith sees the entailment from (d) to (e), and accepts (e) on the grounds of (d), for which he has strong evidence. In this case, Smith is clearly justified in believing that (e) is true. But imagine, further, that unknown to Smith, he himself, not Jones, will get the job. And, also, unknown to Smith, he himself has ten coins in his pocket. Proposition (e) is then true, though proposition (d), from which Smith inferred (e), is false. In our example, then, all of the following are true: (i) (e) is true, (ii) Smith believes that (e) is true, and (iii) Smith is justified in believing that (e) is true. But it is equally clear that Smith does not KNOW that (e) is true; for (e) is true in virtue of the number of coins in Smith’s pocket, while Smith does not know how many coins are in Smith’s pocket, and bases his belief in (e) on a count of the coins in Jones’s pocket, whom he falsely believes to be the man who will get the job.” GETTIER, Edmund. *Is*

desenvolvidos à luz da proposta de Gettier, trazendo, rigorosamente, os mesmos questionamentos. Veja-se, a esse título, o caso criado por Alvin Goldman:³⁸⁹

Henry está dirigindo pelo interior com seu filho. Para a felicidade do garoto, Henry identifica vários objetos na paisagem conforme eles vão aparecendo. ‘Aquela é uma vaca’, diz Henry, ‘Aquilo é um trator’, ‘Aquilo é um silo’ ‘aquilo é um celeiro’ etc. Henry não tem dúvida sobre a identidade desses objetos; em particular, ele não tem dúvida de que o último mencionado é um celeiro, o que de fato ele é. Cada um dos objetos identificados apresenta características de seu tipo. Adicionalmente, cada um dos objetos está a plena vista, Henry possui excelente visão e ele tem tempo suficiente para analisá-los cuidadosamente, já que há pouco tráfego para distraí-lo.

Henry, contudo, não dispõe de uma informação essencial sobre o tema: ele acabou dirigindo por uma área onde foram criadas fachadas idênticas celeiros originais, arquitetadas de forma a enganar os viajantes que passam por aquela estrada. Com essa nova informação, questiona-se se Henry possui conhecimento justificado e, mesmo que ele esteja agora vendo o que é, de fato, um celeiro e não uma mera fachada, haverá alguma cautela em certificar que ele possui conhecimento verdadeiro sobre isso. O autor, optando-se por neutralidade no tema, aponta que a condição de ‘conhecedor putativo’ coloca em jogo a percepção de alternativas ou variáveis que sejam efetivamente relevantes. Quais são os locais que possuem, em trânsito aberto, fachadas de celeiros que podem confundir Henry?³⁹⁰

A ideia básica por trás dos problemas propostos por Gettier e Goldman é de que alguém pode ter justificativa para acreditar em uma falsidade, crendo-a verdadeira e, portanto, não sabendo do seu real estado. As colocações desses autores marcaram uma busca por um elemento adicional que se apresente como condição do conhecimento (além da justificação, verdade e crença).³⁹¹ Como consequência, também se reforçou a oposição entre o *internalismo* e o *externalismo*, demonstrada no particular pelo exemplo de Alvin Goldman, que, mesmo antes da criação do problema das fachadas, já sustentava que a justificação epistêmica também deve ser fruto das crenças de alguém que foram produzidas e sustentadas por processos cognitivos confiáveis.³⁹² O autor apenas registra que não pode se confundir as *condições para a verdade* com a *verificação do conhecimento verdadeiro*. O último

Justified Belief True Knowledge? Disponível em <<http://fitelson.org/proseminar/gettier.pdf>>. Acesso em 15.12.2014.

³⁸⁹ GOLDMAN, Alvin. Discrimination and Perceptual Knowledge. *The Journal of Philosophy*, New York: Columbia University, vol. 73, n. 20, 1976. p. 772 e seguintes.

³⁹⁰ Ibid., p. 775/777.

³⁹¹ FOLEY, Richard. Conceptual Diversity in Epistemology. In MOSER, Paul K. (org.). *The Oxford Handbook of Epistemology*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p.178.

³⁹² GOLDMAN, Alvin. A Causal Theory of Knowing. *The Journal of Philosophy*, New York: Columbia University, vol. 64, n. 12, 1967. p. 357 e seguintes.

procedimento é sempre mais difícil que o primeiro.³⁹³ Essa vertente, adotada por Goldman, demonstra uma visão *externalista* da justificação epistêmica, já que um processo cognitivo “apenas é confiável se é adequado a produzir crenças verdadeiras no ambiente externo no qual está operando.”³⁹⁴

Há diversas críticas à perspectiva externalista, ligada a esse Confiabilismo. Um dos questionamentos suscitados reside na falta de exigência que o sujeito ‘S’ “tenha qualquer tipo de acesso cognitivo ao fato de que o processo de produção de crença seja confiável para seu conhecimento ser justificado.”³⁹⁵ Perfiladas a essa crítica, também se encontram outras três: (i) um mundo no qual os sujeitos estejam privados do conhecimento sensorial (pela existência de um demônio ou gênio, tal qual elaborado por Descartes)³⁹⁶; (ii) pela utilização de processos cognitivos não convencionais³⁹⁷, mas que podem gerar conhecimento verdadeiro, como clarividência; (iii) pela excessiva generalidade da formulação do que seja um “processo cognitivo confiável”.³⁹⁸ A última crítica, talvez a mais abrangente e também incisiva, demonstra que nenhum externalista conseguiu demonstrar quais seriam esses processos. A percepção de uma simples xícara branca na mesa se apresenta como um conhecimento justificado por qual motivo? Porque há boa iluminação; ou porque há proximidade entre o sujeito e o objeto; ou porque o sentido utilizado (visão) é confiável; ou finalmente porque se trata de um dos sentidos e, então, ele é confiável?³⁹⁹

Uma das possíveis respostas oferecida por Goldman é de que esse tipo de análise conceitual (que testa o modelo proposto pelo Confiabilismo) possui limitações. O autor afirma que a busca de uma explicação do que realmente torna o conhecimento *justificado*

³⁹³ “Truth conditions should not be confused with verification conditions. My analysis of “S knows p” does not purport to give procedures for finding out whether a person (including oneself) knows a given proposition. No doubt, we sometimes do know that people know certain propositions, for we sometimes know that their beliefs are causally connected (in appropriate ways) with the facts believed. On the other hand, it may often be difficult or even impossible to find out whether this condition holds for a given proposition and a given person. For example, it may be difficult for me to find out whether I really do remember a certain fact that I seem to remember. The difficulties that exist for finding out whether someone knows a given proposition do not constitute difficulties for my analysis, however.” GOLDMAN, Alvin. *A Causal Theory of Knowing*. *The Journal of Philosophy*, New York: Columbia University, vol. 64, n. 12, 1967. p. 372.

³⁹⁴ FOLEY, Richard. *Conceptual Diversity in Epistemology*. In MOSER, Paul K. (org.). *The Oxford Handbook of Epistemology*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 179.

³⁹⁵ BONJOUR, Laurence. *Internalism and Externalism*. In MOSER, Paul K. (org.). *The Oxford Handbook of Epistemology*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 244.

³⁹⁶ Alvin Goldman tenta estabelecer uma teoria a partir da qual o raciocínio típico Cartesiano não seja necessário, embora admitidamente “deixe uma porta aberta para o ceticismo pela sua postura no tocante às alternativas relevantes.” GOLDMAN, Alvin. *Discrimination and Perceptual Knowledge*. *The Journal of Philosophy*, New York: Columbia University, vol. 73, n. 20, 1976. p. 790.

³⁹⁷ A respeito das fontes convencionais do conhecimento: AUDI, Robert. *The Sources of Knowledge*. In MOSER, Paul K. (org.). *The Oxford Handbook of Epistemology*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 72-94.

³⁹⁸ BONJOUR, op. cit., p. 246-250.

³⁹⁹ Ibid., p. 251.

acaba por fazer referências às próprias crenças acerca da confiabilidade, e não sobre os próprios fatos. “O motivo pelo qual nós contamos crenças como justificadas”, diz Goldman, “é porque elas são formadas por aquilo que nós *cremos* ser um processo confiável de formação de crenças. Nossas crenças sobre qual processo de formação de crença é confiável podem ser errôneas, mas isso não afeta a adequação da explicação oferecida.”⁴⁰⁰ Mais adiante, conclui: “Como nós cremos que o *wishful thinking* é uma forma não confiável de formação de crença, nós consideramos as crenças formadas por esse processo como não justificadas. O que importa é o que nós cremos sobre o tema, e não o que é verdadeiro sobre ele.”⁴⁰¹ Perceba-se que o autor trata, no ponto, apenas sobre a questão da justificativa do conhecimento, não querendo transmitir a ideia de um relativismo absoluto sobre o tema.⁴⁰²

De outro lado, o viés *internalista*, normalmente ligado ao Evidencialismo, igualmente desperta crítica, nem sempre partindo das premissas corretas. Tome-se, por exemplo, a ideia de que a justificção epistêmica tem relação com o preenchimento do dever ou responsabilidade de alguém enquanto criatura racional. As crenças desse indivíduo são justificadas na mesma medida em que esse dever ou responsabilidade foi cumprido e aceito, a denominada “concepção deontológica da justificção.”⁴⁰³ Há de considerar, então, a ‘condição epistêmica’⁴⁰⁴ desse indivíduo, assim como seus recursos epistêmicos. Em uma situação em que disponíveis paupérrimas ferramentas probatórias e cognitivas, esse indivíduo ainda poderia apresentar uma crença justificada, pois, na visão internalista, isso dependeria apenas da aceitação do dever enquanto ser racional. Contudo, não parece razoável que algum (ou qualquer) internalista aceitasse como justificada tal crença.⁴⁰⁵ Seria possível cumprir o dever epistêmico proposto sem que se apresente uma justificativa epistêmica.⁴⁰⁶ Em outras palavras: a condição racional impõe a busca pela verdade, mas nem por isso toda atividade racional produz conhecimento verdadeiro. Trata-se de crítica que não se sustenta. Afinal, o papel do

⁴⁰⁰ GOLDMAN, Alvin. What is justified belief? Disponível em: <http://www.niu.edu/~gpynn/Goldman_WIJB.pdf> . Acesso em 10.04.2015. p. 101.

⁴⁰¹ Ibid., p. 101.

⁴⁰² Até mesmo porque o artigo em questão trata do conhecimento justificado *ex ante* e *ex post*, estabelecendo que uma “pessoa *S* está *ex ante* justificada em crer *p* no tempo *t* se e apenas se há um processo de formação de crença confiável disponíveis para *S* que se caracteriza como tal se *S* aplicar a operação em seu estado cognitivo total no tempo *t*, *S* acreditaria *p* em *t mais delta* (para um delta razoavelmente pequeno) e aquela crença estaria justificada *ex post*.” GOLDMAN, op. cit., p. 101.

⁴⁰³ BONJOUR, Laurence. Internalism and Externalism. In MOSER, Paul K. (org.). *The Oxford Handbook of Epistemology*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 236.

⁴⁰⁴ “O conceito de justificção é um conceito valorativo, um de uma malha de conceitos para a verificação do estado epistêmico de algum indivíduo. Dizer que uma pessoa está justificada em relação a alguma crença dela é, daqui em diante, fazer uma avaliação favorável de seu estado epistêmico. Então a tarefa de explicação aqui clama por uma consideração descritiva de um conceito valorativo.” HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry*. 2ª ed. New York: Prometheus Books, 2009. p. 49.

⁴⁰⁵ BONJOUR, op. cit., p. 236.

⁴⁰⁶ Ibid., p. 237.

epistemólogo não é tão acrítico; a atividade epistemológica requer o “emprego de alguns *standards* de evidência, o que conta como uma razão a favor ou contra uma crença – *standards* dos quais alguém se vale como uma indicação da verdade.”⁴⁰⁷

O problema residiria em dois outros pontos: (i) quando o sujeito não possui a sofisticação epistêmica necessária para tal atividade e (ii) pela não apresentação de crença justificada, na perspectiva internalista, sobre diversos temas comuns. Na primeira crítica, animais, crianças e até mesmo alguns adultos não possuem as condições epistêmicas necessárias para que questionem se possuem algum tipo de crença justificada. Eles (e em especial os adultos), no entanto, possuem crenças justificadas e possuem conhecimento acerca de diversos temas, ainda que não compartilhem da proposta da estrutura internalista para a justificativa desse conhecimento. A segunda destaca que o internalismo desborda em ceticismo quando as possíveis justificativas que desenvolve não explicam diversos desses conhecimentos de senso comum de uma forma amplamente acessível. Em outras palavras: esse conhecimento adquirido por essas pessoas é, ao mesmo tempo, verdadeiro e independente da estrutura proposta pelos internalistas.⁴⁰⁸

A crítica aqui estabelecida, de maneira ampla e bilateral, não impede que seja adotada esta ou aquela perspectiva, até porque o escopo do estudo não é resolver o problema do conhecimento, mas efetuar aproximação entre a epistemologia e o direito probatório. Nas conclusões parciais deste capítulo, o assunto será retomado. Cabe aprofundar a discussão com o intuito de apresentar algumas características das principais estruturas justificativas do conhecimento, como propõe a epistemologia.

2.4.2 Estrutura da justificação

Há diferentes formas de se estruturar a justificativa do conhecimento. Essa estrutura representa, portanto, a própria estrutura do conhecimento. Na medida em que se aproxima ou abertamente se adota uma outra percepção, algumas críticas podem ser suscitadas, como já se viu anteriormente, mas aqui de forma mais específica ao *Coerentismo*, *Fundacionalismo* e *Funderentismo*. Essas representações não são as únicas estruturas justificativas em epistemologia, mas são boas representações das principais vertentes sobre o tema, sendo a

⁴⁰⁷ HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry*. 2ª ed. New York: Prometheus Books, 2009. p. 50.

⁴⁰⁸ Tudo cf. BONJOUR, Laurence. Internalism and Externalism. In MOSER, Paul K. (org.). *The Oxford Handbook of Epistemology*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 242/243.

derradeira, de autoria de Susan Haack, particularmente relevante para o direito probatório.

2.4.2.1 *Fundacionalismo* (Foundationalism)

O Fundacionalismo se baseia na imagem de que as crenças justificadas se estruturam como um prédio. Elas se dividem em uma fundação e uma superestrutura, esta dependente da primeira. Um sistema básico de crenças é válido por si só, independente do suporte de outra crença; enquanto que todas as demais crenças são derivadas deste sistema básico, através de suporte direto ou indireto.⁴⁰⁹ Essa estrutura justificativa precisa, na perspectiva de alguns fundacionalistas, para existir, assumir que essas crenças básicas são “certas, incorrigíveis, infalíveis... isto é, que é impossível que elas sejam falsamente consideradas.”⁴¹⁰ A própria designação *Fundacionalismo* dispõe a visão tradicional do tema e explica a necessidade de existência desses elementos básicos inquestionáveis, sob pena de a inteira estrutura que neles se assenta ‘desmoronar’.⁴¹¹

O problema *prima facie* desta vertente da justificativa do conhecimento é a questão do regresso *ad infinitum* à justificativa fundamental, ou seja, às bases da crença justificada. O exemplo trazido por Richard Fumerton bem exemplifica essa situação: imagine-se abordado por um amigo que lhe diz que Fred morrerá em breve. A justificativa apresentada é que esse amigo viu a (infame) ‘linha da vida’ da mão de Fred e percebeu que ela é extremamente curta. A informação inicialmente chocante é defletida pela ausência de conexão razoável entre a conclusão apresentada e o ponto de partida utilizado. Assim, pode-se determinar o princípio da justificação inferencial, de forma que para “ter justificativa para crer *P* com base em *E*, deve-se ter (1) justificativa para crer em *E* e (2) também justificativa para crer que *E* torna provável *P*.”⁴¹² Perceba-se que o problema pode se apresentar da seguinte forma em juízo: o jurado *A* crê na proposição de que *X* é culpado. Questionado por um colega de júri, o jurado *F*, ele responde que crê que canhotos são homicidas em potencial, e que *X* é canhoto. O colega de júri, tal qual o exemplo supramencionado, não se deixaria convencer por uma

⁴⁰⁹ HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry*. 2ª ed. New York: Prometheus Books, 2009. p. 51.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 52.

⁴¹¹ Considere-se, de todo modo, que o termo Fundacionalismo não comporta univocidade, pois há perspectivas clássicas e modernas sobre o tema, nem todas tendo o mesmo ponto de partida de infalibilidade dessas crenças, muito embora essa seja uma das visões mais tradicionais do tema. FUMERTON, Richard. Theories of Justification. In MOSER, Paul K. (org.). *The Oxford Handbook of Epistemology*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 210.

⁴¹² FUMERTON, Richard. Theories of Justification. In MOSER, Paul K. (org.). *The Oxford Handbook of Epistemology*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 211.

evidência tão fraca e que não remete à nenhuma probabilidade considerável de que X seja culpado. No entanto, outro jurado, *B*, fornece a mesma declaração: crê que X é culpado por ele ser canhoto. Ante o desprezo de *F*, *B* afirma que crê nessa proposição porque uma das provas do crime comprova que o assassino era canhoto. Agora, sim, há uma crença minimamente justificada aliada à probabilidade de que ela conduza à *P*. Só que isso também não impede que se remeta à crença anterior no que diz respeito à própria prova (*E*) na qual se basearam as conclusões de *F*.

Alguns fundacionalistas sustentam que o regresso cessa no ponto em que se localiza a crença básica anteriormente mencionada, que se justifica *per se*. A justificativa de crenças lógicas básicas é resultado de seu caráter intrínseco e de seu conteúdo (ou falta de conteúdo, como afirma Susan Haack).⁴¹³ Argumentam que essa situação se equipara ao conceito daquilo que é intrinsecamente bom, ainda que não se localize a fonte que determina o que seja essa bondade.⁴¹⁴

2.4.2.2 Coerentismo (Coherentism)

Oposta à visão fundacionalista, o Coerentismo não estrutura a justificativa sobre uma base, mas sim em relação a uma teia, na qual a força (ou resistência) de uma área corresponde diretamente à força (ou resistência) das áreas ao seu redor. Enquanto que a visão anterior revela uma linearidade, esta se apresenta sobre a forma de um ‘círculo de crenças’, argumentando que se compreende “a justificativa epistêmica para uma crença de tal forma que a proposição acreditada é coerente com outras proposições acreditadas.”⁴¹⁵ Isso não impede que se avaliem quais são os conjuntos de conhecimentos relevantes para cada caso, assim como haja variação no que diz respeito ao grau de coerência exigida de cada um desses conjuntos.⁴¹⁶ Aproveitando o exemplo anterior, do júri, seria necessário que a singela proposição “X é culpado” seja coerente com o conjunto de crenças produzidas ao longo da instrução probatória (*X* esteve no local do crime; a arma utilizada pertence à *X*; trata-se de item raro e de colecionador; *X* tinha um desafeto com a vítima; eles brigaram em outras

⁴¹³ HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry*. 2ª ed. New York: Prometheus Books, 2009. p. 53. Destaque-se que a autora perfila diversos tipos de Fundacionalismo (‘puro’, ‘impuro’, ‘fraco’, ‘forte’, dentre outros), adotando-se aqui apenas as linhas mais gerais do que seriam os conceitos elementares do tema.

⁴¹⁴ FUMERTON, Richard. Theories of Justification. . In MOSER, Paul K. (org.). *The Oxford Handbook of Epistemology*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 213.

⁴¹⁵ Ibid., p. 226.

⁴¹⁶ HAACK, op. cit., p. 55.

ocasiões; X ameaçou a vítima em público no dia dos fatos etc.).⁴¹⁷ Perceba-se que o transporte aqui desses temas para o direito probatório (e particularmente quanto à valoração da prova) deve ser feito gradativamente, já que os próprios autores que tratam do tema se preocupam com esse tipo de exemplo e com toda a possibilidade de erro (e suas consequências) no âmbito processual.⁴¹⁸

De forma um tanto simples, o Coerentismo compartilha do mesmo problema do Fundacionalismo. Note-se que há duas possibilidades: (1) uma crença é epistemicamente justificada desde que forme uma parte de um todo coerente; (2) a crença é epistemicamente justificada se o indivíduo está consciente que a crença é coerente (está de acordo) com o todo restante que também é acreditado.⁴¹⁹ Na primeira, o sistema de coerência se forma um todo arbitrário e um tanto aleatório ou acidental, permitindo aquilo que desde sempre se mencionou como indesejado, que um conhecimento seja verdadeiro meramente por acaso. O indivíduo, nessa situação, não teria qualquer chance de apresentar as conexões que dão suporte à sua crença. Na segunda, volta-se ao regresso que contamina o Fundacionalismo, pois o ‘conjunto de crenças’ acaba por não diferir da ‘estrutura fundamental’.⁴²⁰ Apresenta-se a necessidade de uma terceira via.

2.4.2.3 O Funderentismo (Foundherentism)

Uma proposta mista foi apresentada por diversos autores⁴²¹, mas talvez aquela desenvolvida por Susan Haack seja a que merece mais destaque. Sua analogia das palavras cruzadas, uma adequada representação de seu *Funderentismo*, auxilia na solução das críticas existentes ao Coerentismo e Fundacionalismo.

A autora caracteriza sua teoria como: (a) *evidencialista*, na medida em que uma pessoa tem justificativa ou não para crer em algo dependendo de quão boa é sua evidência, incluindo, aí, tanto sua evidência experimental quando suas razões ‘de fundo’; (b)

⁴¹⁷ Lembra-se aqui o modelo adotado no processo penal indiciário (“razoável excludente de qualquer hipótese de inocência”), conforme registra KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Penal, Cível e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 43.

⁴¹⁸ A preocupação quanto ao erro é sempre clara na obra de Larry Laudan, e ele sempre ocorre quando se condena um inocente e se liberta um culpado, independente da total observância das regras procedimentais. LAUDAN, Larry. *Truth, Error and Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 10 e seguintes.

⁴¹⁹ FUMERTON, Richard. Theories of Justification. . In MOSER, Paul K. (org.). *The Oxford Handbook of Epistemology*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 229.

⁴²⁰ Ibid., p. 230.

⁴²¹ Ibid., p. 230.

experimentalista, pois leva em consideração a evidência presente relacionada aos sentidos utilizados pelo sujeito, de ver, ouvir etc. ou de lembrar ter visto, ouvido etc; (c) *gradativa* ou *escalonada*, pois não apresenta a qualidade da evidência como algo categórico, mas sim apontando que podem existir evidências fracas ou fortes, fazendo com que alguém esteja mais ou menos justificado em crer em algo;⁴²² (d) *funderentista*, pois se apresenta como a intermediária entre duas teorias de justificação epistêmica que, por mais tradicionais que sejam, não esgotam as possibilidades do tema.⁴²³ Acrescenta, ainda, que sua teoria é (e) *material*, pois leva em conta os fatos sobre o mundo, não levando em conta aspectos meramente formais ou sintáticos da qualidade da evidência; (f) *quase-holística*, pois não é atomista (como as teorias fundacionalistas) nem completamente holística (como as coerentistas) – ‘nem tudo é relevante para tudo’; e, finalmente, (g) possui elementos *sociais* e *individuais*.⁴²⁴

O viés proposto por Haack se preocupa com a estrutura da evidência (ou prova). A autora trabalha, para explicá-la, com a analogia das palavras cruzadas: a evidência experimental representa o análogo das dicas, e as razões o análogo das palavras já completadas (ou ‘entradas’ no esquema). É dessa comparação que se torna possível qualificar a evidência como forte ou fraca, levando em conta três pontos fundamentais:

O quanto de suporte a evidência confere à crença em questão (análogo: o quão bem uma entrada nas palavras cruzadas se encaixa com a dica e todas as entradas interseccionais já completadas); o quão seguras as razões são, independente da crença em questão (análogo: quão razoáveis são aquelas entradas interseccionais já completadas, independentemente daquela em questão); o quão abrangente a evidência é (análogo o quanto das palavras cruzadas já foi completado).⁴²⁵

Com efeito, a teoria proposta parece ser a mais adequada, ao menos quando analisado à luz do direito probatório. Afigura-se extremado optar por um viés fundacionalista ou coerentista quando se fala na atividade judicial, já que essa teoria intermediária, como proposta por Haack, determina mais do que um excelente e razoável meio-termo; ela apresenta o viés epistêmico que melhor se encaixa na atividade valorativa da prova. Levando em conta os pontos fundamentais supramencionados, a relação com qualquer processo judicial mostra-se possível.

Basta verificar que qualquer meio de prova se presta, em tese, a preencher as lacunas

⁴²² HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry*. New York: Prometheus Books, 2009. p. 118-119.

⁴²³ HAACK, Susan. *Evidence Matters*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 12-13.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 15.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 127.

em um jogo de palavras cruzadas. As entradas já preenchidas estão aptas a serem visualizadas de diferentes formas: podem ser tanto fatos incontroversos, bem como fatos já tidos por comprovados. Nessa linha, também se valoriza a persuasão racional do juiz.⁴²⁶ Lembre-se que a proposta do *Funderentismo* não se preocupa apenas com a justificativa do que a pessoa crê, mas questiona o *porquê* de ela crer naquela proposição.⁴²⁷ A justificativa a ser apresentada pelo julgador apresenta exatamente essa perspectiva, da apresentação de seus motivos decisórios, em decisões interlocutórias, sentenças, decisões monocráticas ou acórdãos.⁴²⁸ Isso também demonstra muito bem dois entendimentos amplamente consolidados na lei e na jurisprudência, respectivamente: que o magistrado não é obrigado a acatar as conclusões do laudo pericial⁴²⁹ nem está vinculado à confissão de parte⁴³⁰. Ao completar o jogo de ‘palavras cruzadas’ inerente a todo e qualquer processo judicial, as lacunas a serem preenchidas pelos

⁴²⁶ Sobre o tema, já se disse: “A tarefa da qual é incumbido o juiz não é só aquela de julgar, mas também de embasar, lastrear, enfim, fundamentar sua decisão. Este é um de seus tantos deveres. E, para que haja um mínimo grau de certeza de que sua disposição não foi arbitrária ou parcial, ele deve motivar os fundamentos, dar a razão justificadora de porque optou por determinado fundamento em detrimento de outro, fazendo com que as partes saibam como “foi formada sua convicção [...] [e] as razões que, em concreto, o determinaram. A verdade deste sistema não é uma mera verdade de impressão, mas uma consequência lógica da consciência do juiz, que deve expô-la e fundamentá-la, a fim de permitir um adequado e possível controle através de recurso, para apontar, por exemplo, um erro de interpretação sobre a prova.” FORSTER, João Paulo Kulczynski. *O Controle Da Decisão Judicial E Da Fundamentação Atrás Da Fundamentação*. 2011. 218f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, UFRGS, Porto Alegre, 2011. p. 73.

⁴²⁷ HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry*. New York: Prometheus Books, 2009. p. 119.

⁴²⁸ Muito embora o art. 165 do CPC/73 preveja a fundamentação concisa das decisões interlocutórias, ele reforça um dos requisitos essenciais da sentença, previsto no artigo 458, II, do mesmo dispositivo legal: os fundamentos. O parágrafo 1º, do art. 273, do CPC/73, determina que o julgador indique, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. O artigo 461, em seu parágrafo 3º, traz o mesmo espírito, declarando a necessidade de fundamentação na decisão revocatória ou modificatória de liminar concedida. Os dois últimos artigos são fruto da Lei 8.952/94, com vista a proporcionar mais amplo embasamento infraconstitucional à matéria. O art. 489 do Novo CPC regulou a matéria de forma um pouco diversa, não adotando o termo “fundamentação concisa”. O §1º do artigo mencionado prevê que “não se considera motivada a decisão judicial” a partir da ocorrência das situações previstas nos incisos, como a utilização de conceitos jurídicos indeterminados ou a mera indicação de dispositivo legal. No caso do agravo interno, regulado no artigo 1.021 do Novo CPC, há ainda mais rigor, vedando a simples fundamentação *per relationem*: “§ 3º É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.”

⁴²⁹ Art. 436, CPC/73: “O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.” E o correspondente no Novo CPC: Art. 479. “O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.” A mudança é expressiva e será objeto de análise nos próximos capítulos.

⁴³⁰ Nesse sentido, veja-se precedente do Superior Tribunal de Justiça: “6. Ausência de violação do art. 334 do CPC, porquanto a confissão não vincula o Juízo, que, em razão do princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC), dar-lhe-á o peso que entender adequado.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1145728/MG, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 08/09/2011. No mesmo sentido: “Se, por este lado, goza a confissão de eficácia ímpar perante as partes, por outro não tem ela este mesmo efeito frente à cognição do juiz. O direito brasileiro adotou como regra o princípio da persuasão racional do juiz. (...). Decorre daí que, conquanto as partes fiquem vinculadas pela verdade da afirmação contida na confissão, poderá o juiz suplantar aquele indicativo, desde que, lastreado nos elementos de prova constantes dos autos, se convença de que o fato ocorreu de forma diversa.” MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 459.

meios de prova podem se mostrar mais ou menos adequados. A analogia é, portanto, mais do que adequada.

Retomando-se a proposta de Haack, o *Funderentismo* possui três pontos fundamentais: a evidência deve fornecer suporte, segurança e abrangência a fim de que possa haver crença justificada em uma determinada proposição. A autora refere que o último ponto nem sempre é bem resolvido pela analogia das palavras cruzadas⁴³¹. O seu papel estaria ligado a questionar a justificação da crença de algum sujeito quando ele falhou em levar em consideração algumas evidências relevantes ou examiná-las de forma mais adequada. Isso também se relaciona com a função judicial, já que a decisão se baseia sempre em visão recortada da realidade dos fatos. A questão proposta é: levando em consideração esse recorte, bem como os meios de prova utilizados, superou-se o *standard* necessário à formação da ‘crença’ do julgador? A abrangência demonstra que, se a prova efetivamente produzida revela-se insuficiente, não se atende o *standard* ou modelo de constatação daquele caso em particular. O tema será examinado no último capítulo.

2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

Na atividade de conhecer, há necessidade de estabelecimento de alguns deveres fundamentais. Um desses deveres primários inclui, ao mesmo tempo, a procura da verdade e que se evite o erro,⁴³² o que necessariamente resulta em críticas a partir dos problemas apresentados pelos diferentes vieses existentes na área. Examinar uma aproximação entre a epistemologia e o direito probatório e não examinar esses problemas, como se disse, é assentar qualquer conclusão obtida em estrutura frágil. No entanto, não se pode pretender responder a tais objeções em profundidade no presente estudo, pois não é este sua meta. A exposição da crítica elementar tem por objetivo fortalecer o viés epistemológico e sua relação com o processo precisamente através da demonstração de suas fragilidades. O fato é que o Evidencialismo é apenas *uma* das tantas expressões do mencionado *internalismo*, e pode tentar responder satisfatoriamente a algumas dessas críticas, já que apenas a adoção de uma

⁴³¹ HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry*. New York: Prometheus Books, 2009. p. 132.

⁴³² BONJOUR, Laurence. Internalism and Externalism. In MOSER, Paul K. (org.). *The Oxford Handbook of Epistemology*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 236.

perspectiva particular de internalismo pode permitir algum tipo de esclarecimento.⁴³³

Pondera-se que essas diferentes propostas de justificativa epistêmica não esgotam, exclusivamente em seu viés, todas as possibilidades de justificativa para o conhecimento. Diferentes fenômenos requerem diferentes instrumentos. Se o internalismo oferece embaraço em alguns tipos de situação, não parece crível distanciá-lo do escopo deste estudo. O Evidencialismo revela-se em certa medida adequado ao cenário do processo civil (não se olvidando sirva, na mesma medida, ao processo penal), pois as críticas a ele direcionadas não se apresentam no curso de uma demanda. Aquele que julga a lide está em suas plenas faculdades mentais e possui, sem dúvida alguma, a sofisticação epistêmica necessária para a aquisição baseada em evidências. Conecta-se ao modelo racional de valoração da prova, na qual o magistrado é levado a analisar uma proposição ‘p’ (alegação sobre um fato) a fim de determiná-la verdadeira a partir do material disponível.

Noutra linha, o externalismo parece estar relacionado ao sistema da íntima convicção⁴³⁴, especialmente a partir das colocações de Alvin Goldman, analisadas anteriormente. Em outras palavras: ainda que esteja comprometido com a verdade, o externalismo valoriza o processo de conhecimento mais do que a evidência em si, quando a preocupação, ao menos no recorte que é realizado em âmbito processual, não é exatamente essa. Argumentando em extremo, o juiz poderia decidir de qualquer forma, desde que se valesse de um processo confiável para aquisição de crenças. Sendo o processo válido, o resultado também o seria. No viés prático, isso impossibilitaria o controle do conteúdo decisório, em particular através de apelação, pois a decisão se tornaria inimpugnável, já que a crítica teria que possuir um alto grau de sofisticação ao invés de se fundar no ataque à valoração da prova.

Contudo, a perspectiva trazida à tona pelo Evidencialismo não permite uma adequada contextualização de todas as provas, nem parece esclarecer como relacioná-las, em particular no âmbito processual. Aí se destaca o *Funderentismo* de Susan Haack, pois, a partir de suas noções elementares de suporte, segurança e abrangência, auxilia na valoração de multiplicidade de evidências ou provas, com destacada felicidade para a analogia das palavras cruzadas (*crossword puzzle*). Destaque-se que a palavra *puzzle* também traz a percepção de um quebra-cabeça, ou seja, existe de fato uma maneira mais adequada de *encaixe* das provas

⁴³³ BONJOUR, Laurence. Internalism and Externalism. In MOSER, Paul K. (org.). *The Oxford Handbook of Epistemology*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 244.

⁴³⁴ LESSONA afirma que este sistema valorativo da prova está vinculado não a uma verdade de *impressão*, mas de *consciência do juiz*, que deve julgar de acordo com as regras “*da verdade histórica, que deve fundamentar.*” LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en derecho civil*. Tomo I. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1957. p. 355.

enquanto peças de um enigma diante do julgador: quem detém a razão em sua argumentação sobre os fatos? O que realmente se passou? Pode-se, com base nas peças apresentadas pelas partes, remontar um quadro fidedigno do que se passou e a partir daí, formar a convicção judicial?

A relevância dessas perguntas é comum ao processo civil ou criminal em qualquer perspectiva – o nível de exigência das respostas é que difere de um para o outro, assim como os correspondentes modelos de constatação.⁴³⁵ A motivação também desempenha papel fundamental em toda essa atividade, já que é a partir dela que se compreende o exame das provas, bem como qual o modelo de constatação adotado pelo juiz e, ainda, a máxima de experiência utilizada.⁴³⁶ Muito embora não seja possível, e isso se conclui de antemão, apresentar um conjunto de variáveis que seja eficaz para a verificação dos fatos,⁴³⁷ o que pode ser feito, em perspectiva epistêmica, é questionar como particularmente a prova pericial pode colaborar para a formação do convencimento judicial. Esta é a proposta da segunda parte desta tese, com exame particular do tema da prova pericial em seu viés técnico-científico.

⁴³⁵ E a própria consecução do processo justo: “só se sabe se um processo é adequado ou justo se os atos praticados no processo forem proporcionais e razoáveis ao ideal de protetividade do direito alegado.” ÁVILA, Humberto. O que é ‘devido processo legal’? *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 33, n. 163, set.2008. p. 55.

⁴³⁶ Trata-se de “requisito de fundamentação da própria decisão, ficando também sujeitas ao contraditório e ao debate dos interessados.” KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 194.

⁴³⁷ DWYER, Déirdre. *The Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 40.

CAPÍTULO III – PROVA PERICIAL E CONHECIMENTO CIENTÍFICO

3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Estabelecidas as premissas básicas a partir das quais se compreende a relevância do direito fundamental à prova, bem como a necessidade de uma justificativa epistêmica em âmbito probatório, procede-se à análise da prova pericial. As diferentes espécies de prova pericial podem trazer diferentes problemáticas; o tema de interesse deste estudo cinge-se ao exame da prova técnica com viés de conhecimento especializado. Em outras palavras, do conhecimento de um *expert* que utiliza um método cientificamente reconhecido ou altamente especializado a fim de esclarecer os fatos complexos que estão fora do alcance do conhecimento do julgador. Este meio de prova é indispensável à resolução dos conflitos, porém cabe descobrir como ele poderá desempenhar essa função de forma otimizada.⁴³⁸

O fato é que, modernamente, o alto grau de especialização do conhecimento, nas mais diversas áreas, afasta progressivamente do controle do julgador a efetiva qualidade do laudo produzido pelo perito. Na realidade, os mais diversos ordenamentos colocam à disposição do julgador e das partes a prova através de especialista, que deverá colaborar para a formação da atividade cognitiva do julgador⁴³⁹, quando se apresentem fatos ou circunstâncias relevantes que dependam de abordagem especializada – e não apenas no viés científico.⁴⁴⁰ Em que medida essa prova é confiável? Poderia o julgador estar vinculado às

⁴³⁸ LEARNED HAND, Billings. Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony. *Harvard Law Review*, Cambridge: Harvard Law Review Association, Vol. 15, n. 1, mai.1901. p. 40.

⁴³⁹ DALBIGNAT-DEHARO, Gaëlle. *Vérité Scientifique et Vérité Judiciaire em Droit Privé*. Paris: LGDJ, 2004. p. 175.

⁴⁴⁰ Nessa linha, estabelece o art. 335, 1, da *Ley de Enjuiciamiento Civil* da Espanha: “1. Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal.” O art. 232 do *Code du Procédure Civile* francês: “Le juge peut commettre toute personne de son choix pour l’éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d’un technicien.” A *Zivilprozessordnung* alemã possui extenso regramento sobre a atuação de *experts*, destacando a importância de que o especialista esteja atuando no seu campo de atuação. A previsão do art. 407a, (1), da ZPO, assim se lê: “Der Sachverständige hat unverzüglich zu prüfen, ob der Auftrag in sein Fachgebiet fällt und ohne die Hinzuziehung weiterer Sachverständiger erledigt werden kann. Ist das nicht der Fall, so hat der Sachverständige das Gericht unverzüglich zu verständigen.” Em tradução: “O *expert* deve verificar imediatamente se o trabalho está dentro de sua área de conhecimento e se pode ser realizado sem o envolvimento de outros *experts*. Se não for este o caso, ele deve informar imediatamente a corte.” A regra 702a das *Federal Rules of Evidence* estadunidense dispõe: “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.”

conclusões do laudo pericial? No intuito de obter respostas plausíveis, o presente capítulo examina as diferentes espécies de prova pericial e traz algumas das principais questões sobre o tema do conhecimento científico na moldura da perícia técnica.

3.2 PREMISSAS DA VALORAÇÃO DA PROVA PERICIAL

3.2.1 *Espécies de prova pericial*

Primeiramente há de se estabelecer que todas as espécies de prova pericial implicam algum tipo de conhecimento especializado; nem todas elas abrangem conhecimento *científico*. Afinal, a prova pericial se faz necessária sempre que os fatos discutidos no processo sejam, ao mesmo tempo, *complexos*⁴⁴¹ e pertencentes à outra área científica que não a ciência do Direito. Tudo porque se optou, na ampla maioria dos ordenamentos, por um magistrado especialista na ciência jurídica e não em outras áreas sobre as quais se funda a controvérsia.⁴⁴² Esses fatos escapam do domínio do conhecimento acessível pela ‘cultura média’ e pelo próprio magistrado, requerendo, portanto, a participação de um *expert* no tema. Contudo, parece equivocada afirmar que ela seja cabível apenas quando o juiz não possua os conhecimentos necessários ao julgamento da demanda⁴⁴³, já que se veda o uso, pelo julgador, de seus conhecimentos privados.⁴⁴⁴

O artigo 420 do Código de Processo Civil de 1973 (repetido pelo artigo 464 do Novo CPC) dispõe que “a prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.” Não há unanimidade doutrinária quanto a cada um desses conceitos⁴⁴⁵, nem parece adequado restringir a ideia de vistoria a imóveis e exame aos demais elementos passíveis de perícia

⁴⁴¹ O artigo 464, § 1º, I, do NCPC, repete o texto do art. 420, § único, I do CPC/73: “§ 1º O juiz indeferirá a perícia quando: I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico.”

⁴⁴² AROCA, Juan Montero. *La Prueba em el Proceso Civil*. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2011. p. 332.

⁴⁴³ COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado, TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile – I. Il processo ordinario di cognizione*. 5ª ed. Bologna: Il Mulino, 2011. p. 532.

⁴⁴⁴ Como a situação em que o julgador se vale de seus conhecimentos privados, seja por ele ter informações sobre o caso, seja por ter alguma formação técnica na área objeto da demanda. Sobre o tema: STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Traduzido por Andres de Oliva Santos. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1973. p. 99.

⁴⁴⁵ Utiliza-se com frequência a classificação oferecida por Moacyr Amaral Santos, de que o arbitramento serve para estimativa de valor de coisas, direitos ou obrigações, enquanto que a avaliação objetiva determinar o preço justo de algo para fins de execução ou partilha. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 311. Essa distinção não possui qualquer importância para o presente estudo, que se ocupa da prova pericial de viés científico.

(pessoas, documentos, semoventes, móveis, dentre outros).⁴⁴⁶

A fim de não recair em algum falso problema conceitual, esclareça-se que a prova pericial relevante para este estudo é aquela que possui viés técnico, científico ou altamente especializado. Em outras palavras: o objeto de estudo é aquele conectada a algum método científico ou conhecimento especializado, sem o qual não poderia ser obtida. Excluem-se, portanto, singelas perícias descritivas ou que denotem a simples percepção de fatos⁴⁴⁷, como a que se restringe a relatar se existia ou não um buraco na via onde ocorreu o acidente. Ao não exigir propriamente um conhecimento especializado e podendo ser verificadas até mesmo através de inspeção judicial, essas conclusões não trazem a mesma perplexidade (nem a mesma consequência) de uma prova que se funde, por exemplo, em exame de DNA.⁴⁴⁸ Só não se pode excluir aprioristicamente de exame todo tipo de perícia associada, por exemplo, à inspeção judicial. Por vezes, um fato singelo pode necessitar de algum conhecimento de cunho científico, e não meramente especializado.⁴⁴⁹ Assim, independente da espécie de prova pericial, é objeto próprio deste estudo a prova pericial de cunho científico e que, portanto, emprega algum tipo de método dessa natureza a fim de instruir determinado processo, influenciando no convencimento final do julgador.

3.2.2 Prova pericial ou prova atípica?

Como visto anteriormente, não há hierarquia pré-disposta entre os meios de prova. O que existe no ordenamento jurídico brasileiro são resquícios do tarifamento probatório, examinado no tópico a seguir, e a ampla admissão dos meios de prova, conquanto moralmente legítimos. Isto implica que não se lhes exige previsão legal expressa, mas que não se caracterizem como meios ilícitos (ao menos em regra). Poderia representar um falso problema encarar determinado meio de prova como típico ou atípico, mas isto não é verdadeiro: os meios típicos possuem regramento diferenciado e, via de consequência, menor liberdade

⁴⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 796.

⁴⁴⁷ JOLOWICZ, J. A. *On Civil Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 225.

⁴⁴⁸ E que já ocasionou uma série de debates, no particular ao redor da determinação da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *iuris tantum* de paternidade.” Sobre o tema: CÂMARA, Alexandre Freitas. A valoração da perícia genética. In NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Provas – Aspectos Atuais do Direito Probatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 11-21.

⁴⁴⁹ Como ocorre no direito italiano, cf. MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Tomo II. 12ª ed. Torino: Giappichelli Editore, 1998. p. 257.

quanto à sua admissibilidade, rito e valoração. Considerar atípica a prova pericial seria o mesmo que tornar ineficazes todos os trâmites legais previstos no diploma processual civil atinentes à prova técnica.

As chamadas “provas novas” nada mais são, de um lado, do que reflexos da (não tão nova) comunicação moderna, trazendo ao âmbito processual questões típicas do mundo da informática, atinentes à confiabilidade de documentos eletrônicos, vídeos, gravações, dentre outros, e também da expansão do conhecimento técnico.⁴⁵⁰ Nessa última seara, acham-se a prova por DNA e outras perícias realizadas sobre coisas ou pessoas.⁴⁵¹ O fato é que as ditas “provas novas” podem ser reconduzidas às provas típicas listadas em lei e, mesmo quando isso não seja possível, não há como atribuir-lhes uma hierarquia pré-determinada,⁴⁵² vale dizer, o valor probatório do meio típico ou atípico de prova é o mesmo. O que clama por maior cuidado é o conhecimento que originou a prova, mormente quando se fala de prova de cunho científico.

Como se pode perceber, a prova de cunho científico traz igualmente requisitos com o cuidado envolvendo sua possível manipulação, que pode comprometer os resultados. Não poderá ser vista como prova atípica, pois necessita de rigoroso controle sobre sua produção no âmbito processual. Relevante examiná-la, portanto, como mais um elemento a ser levado em conta pelo magistrado, e não como verdadeira prova legal, vinculando o julgador.

3.2.3 Prova técnica não é prova tarifada

A prova pericial traz à tona, como nenhum outro meio de prova, certa ambiguidade. Essa dualidade reside no seguinte paradoxo: se o julgador não possui domínio sobre o tema, pois complexo, como ele poderá não se vincular (ou se deixar convencer) pelo resultado da

⁴⁵⁰ Em sentido contrário, Dominioni determina que a prova pericial, valendo-se do detalhado conhecimento científico moderno não é prova atípica, ainda que seu desenvolvimento nem sempre se encaixe no trâmite previsto em lei. De outro lado, refere que algumas provas, fora do elenco legal, reclamam compreensão diferenciada no que diz respeito à atipicidade interna e externa (“sua matriz normativa normativa reside em um norma que não faz parte da disciplina listada no catálogo dos meios de prova singulares.”). DOMINIONI, Oreste. *La Prova Penale Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 109. Destaque-se, ainda, a opinião de Denti: “(...) si dice, perciò, che funzione della perizia non è quella di fornire al giudice ‘i dati obiettivi del caso concreto’, bensì gli strumenti scientifici o tecnici per la loro rilevazione e valutazione. La perizia, quindi, non sarebbe propriamente un mezzo di prova, ma un mezzo di integrazione delle conoscenze del giudice.” DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 156.

⁴⁵¹ VERDE, Giovanni. *Prove Nuove*. In *Le Prove nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 23.

⁴⁵² RICCI, Gian Franco. *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*. In: *Le Prove nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 182.

atividade que ele próprio, *ab initio*, declarou fora da alçada de conhecimento do homem médio?⁴⁵³ Uma possível resposta passa, inicialmente, por dois diferentes sistemas de avaliação da prova.

A valoração da prova está intrinsecamente conectada à motivação da decisão judicial. É justamente nessa porção da decisão que o magistrado aponta os motivos que levaram à formação de seu convencimento. A Constituição Federal prevê, no artigo 93, IX, a nulidade das decisões não fundamentadas. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal na matéria⁴⁵⁴ é de que se trata de norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não sendo necessária legislação específica posterior sobre a matéria.⁴⁵⁵

No plano infraconstitucional, o art. 131 do Código de Processo Civil de 1973 concede ao juiz livre apreciação da prova, devendo indicar, no entanto, os *motivos que lhe formaram o convencimento*. Adota-se no Brasil o sistema da persuasão racional, através do qual o juiz possui a liberdade necessária para avaliação do material probatório dos autos, devendo expor *os fundamentos de sua convicção*.⁴⁵⁶ O Código de Processo Civil de 2015, em

⁴⁵³ MORALES, Rodrigo Rivera. *La prueba: Un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 269.

⁴⁵⁴ “A eficácia e a aplicabilidade das normas consubstanciadas no art. 93 da Carta Federal não dependem, em princípio, para que possam operar e atuar concretamente, da promulgação e edição do Estatuto da Magistratura.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIMC número 189/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 18.04.1990, DJ 18.05.1990, p. 4342.

⁴⁵⁵ Surpreende negativamente a já estabelecida e talvez irreversível adoção da tese da ofensa reflexa como filtro recursal. Não se pode sonegar às Cortes Superiores a instituição de *filtros* recursais que se demonstrem efetivos, mas que devem respeitar, necessariamente, a ordem democrático-constitucional, ou seja, carecedores de elaboração e debate pelo legislador infraconstitucional. A repercussão geral foi instituída diante do assoberbamento de processos que atingiam o Supremo Tribunal Federal, sob pena de colapso de todo o sistema. A finalidade é evitar o mero caráter revisional que não pode ser-lhe atribuído, a fim de “poder reservar sua atenção e seu tempo para matérias de mais vasta dimensão, para grandes problemas cuja solução deva influir com maior intensidade na vida econômica, social e política do país.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Emenda Constitucional 45/2004 e o processo. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 130, dez.2005, p. 240. A adoção de mecanismo de controle, pois, prioriza a ideia do acesso adequado ao Supremo Tribunal Federal, e não a do acesso universal e sem limites. E, a partir do advento da EC 45/2004, já se verificou significativo decréscimo no número de processos que chegam ao Supremo. O problema que se coloca é claro: se a tese da ofensa reflexa for completamente superada, toda e qualquer violação de dispositivo de lei federal que regulamentasse direito fundamental processual poderia ser considerado como violação do texto constitucional. Não é o caso, afinal, tal conclusão renderia inútil a existência do Superior Tribunal de Justiça e faria letra morta do art. 105, III, “a”, da Constituição. A perplexidade externada pelo Min. Moreira Alves, no julgamento do RE 226.855, de que era possível colocar “o Superior Tribunal de Justiça em disponibilidade remunerada, porque toda violação de direito infraconstitucional dará margem ao extraordinário para esta Corte.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 226855, Relator Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 31.08.2000, DJ 13.10.2000. p. 20. O trecho em destaque encontra-se na fl. 885 do processo) não encontra guarida na real análise dos casos. A fim de evitar o prolongamento da celeuma, o Supremo Tribunal Federal deve reassumir seu papel de guardião do texto constitucional, voltando a analisar ofensa a direitos fundamentais processuais. Tal postura não seria inédita, afinal, em mais de uma oportunidade, essa Corte já reconheceu a “insubsistência da tese no sentido de que a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 247262, Relator Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 13.02.2001, DJ 18.05.2001, p. 449.

⁴⁵⁶ GARCIA, André Almeida. *Prova civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 77-78. Não só o art. 131, mas também

seu artigo 371, traz a previsão de que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.” A nova dicção legal sobre o convencimento judicial traz à tona uma série de considerações⁴⁵⁷, mas se destaca a imposição, ao julgador, de que aprecie o ‘material probatório dos autos’, sendo-lhe vedado, ao mesmo tempo, deixar de levá-la em conta e motivar sua decisão em conhecimentos alheios ao processo e, portanto, ao contraditório.

O artigo 371 do NCPC valoriza o papel desempenhado pelo sistema probatório, que se apresenta em complexo *formal* de regras que determina os meios de prova⁴⁵⁸, quem deve produzi-la, as formas de valoração⁴⁵⁹. O formalismo opera papel fundamental a influenciar determinantemente na “*formação e valorização do material fático de importância para o estabelecimento da norma de decisão da causa.*”⁴⁶⁰ O formalismo que reveste o regramento processual, em sentido estrito, indica ao magistrado e às partes como devem agir para que esses atos tenham validade, por terem cumprido os requisitos legais exigidos quando da sua celebração.⁴⁶¹ Em sentido amplo e mais abrangente, compreende a totalidade do fenômeno processual, delimitando os “poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.”⁴⁶²

diversos outros do CPC referendam esse sistema, lembrando o mesmo autor os arts. 386, 405, par. 4º, 436, 439 e, ainda, o parágrafo 3º do art. 915.

⁴⁵⁷ A nova dicção do CPC reforça a ideia do ônus da prova enquanto regra de julgamento, já que não prevê punição ou benefício específicos para a parte que não produzir prova. A prova é levada em consideração independentemente de quem a produziu, podendo ter sido trazida aos autos até mesmo por um terceiro. A dicção do art. 371 também reforça a utilização dos modelos de constatação aplicáveis ao processo civil, dentro dos quais o julgador tem liberdade para valorar a prova, desde que o faça de forma racional e devidamente motivada. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015. p. 392.

⁴⁵⁸ A lei veda os meios de prova ilegítimos, e não restringe às hipóteses codificadas os meios de prova à disposição das partes, nos termos do artigo 332, do CPC. A razão para tanto é que não se poderia deixar à inteira discricção judicial quais os meios de prova possíveis, mas também não se pode pretender elencá-los exaustivamente. A relação que consta dos códigos, de forma geral, é aquela reconhecida *pela lógica e pela experiência judicial*. LESSONA, Carlos. *Teoría general de la prueba en derecho civil*. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1957. p. 11.

⁴⁵⁹ A valoração probatória é feita pelo julgador, mas nada impede as partes de exporem-lhe a valoração por elas efetuada. *Ibid.*, p. 354.

⁴⁶⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 26.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 28. Finalidade primordial essa que já ultrapassou a noção de *instrumentalidade* do processo, preconizado por Dinamarco, pois, no estágio atual da ciência processual compreende o fim do processo não é mais a singela realização do direito material, mas de “concretização da justiça material”. Destaca-se o formalismo-valorativo como nova fase metodologia nessa ciência, reconhecendo o núcleo formativo do formalismo processual a “partir de valores – justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança -, base axiológica a partir da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação.” *Ibid.*, p. 22.

Assim, mesmo quando a lei possua exigência expressa de atuação de perito, caso do art. 195, §2º, da CLT, que determina que a insalubridade ou periculosidade só poderão ser apuradas pela atuação, no processo, de Médico ou Engenheiro do Trabalho, o magistrado não está vinculado às conclusões desses *experts*. A redação da lei poderia indicar o contrário, mas a partir da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, que desvinculava o julgador das conclusões dos consultores técnicos, também se concluiu pela inexistência de vinculação no âmbito da justiça laboral.⁴⁶³

Impõe-se observar a diferença existente entre o regramento específico ao qual está submetido todo e qualquer procedimento⁴⁶⁴ e as técnicas à disposição do magistrado. Estas se alteram por diferentes razões⁴⁶⁵, e sempre impõem ao julgador o apontamento das razões de sua escolha. O magistrado está vinculado a modelos pré-constituídos, não se lhe permitindo a utilização de “*cânones de valoração por ele criados arbitrariamente*”.⁴⁶⁶ Os modelos referidos não equivalem à tarifação legal probatória, uma vez que plenamente vigente o princípio do livre convencimento motivado, insculpido no artigo 131 do Código de Processo Civil. Trata-se de regras que determinam o desenrolar da demanda de forma pré-

⁴⁶³ O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região adotou esse entendimento, na linha de entendimento consolidado nos tribunais pátrios. A ementa parcial do julgado esclarece o tema: “PERÍCIA. COMPONENTE PROBATÓRIO. VALORAÇÃO DO JUIZ. JUDEX PERITUS PERITORUM O nosso ordenamento processual consagra o juiz como o perito dos peritos. A ele a Lei atribui a tarefa de dar a resposta estatal à controvérsia apresentada em juízo, não importando a que ramo do conhecimento seja afeta. O Artigo 130, do Código de Processo Civil, dá ao juiz a atribuição de ordenar e coordenar as provas a serem produzidas, conforme a utilidade e necessidade, perante a controvérsia estabelecida na postulação do autor e resistência do réu, podendo, caso necessite de assessoria técnica, determinar a realização de perícia, nomeando profissional ou profissionais, com conhecimento necessário para auxiliá-lo no deslinde da questão alvo (Artigos 145, 421 e 431-B, CPC), formulando e acolhendo os questionamentos necessários aos esclarecimentos (Artigo 426 CPC), não estando adstrito ao laudo pericial, peça meramente informativa ao peritus peritorum, que poderá repeti-la, se não estiver suficientemente esclarecido e até desprezá-la, formando seu convencimento com outros elementos ou fatos provados nos autos (Artigos 436 e 437, CPC). Mesmo quando a Lei impõe a realização de perícia, como nos pedidos relativos à insalubridade e periculosidade (Artigo 195, § 2º, da CLT), não vincula o Juiz às conclusões do perito e faculta às partes a indicação de assistente técnico, para lhes assessorar na fundamentação de suas impugnações (Artigo 3º, da Lei nº 5.584/1970 e Artigo 421, do CPC). A decisão é fruto exclusivo do convencimento do Juiz, perito dos peritos, à vista das informações que lhe dá o conjunto probatório disponível nos autos, não estando restrito a qualquer prova; avaliadas segundo as regras de valoração ditadas pelas normas processuais, resolvendo a controvérsia diante do extrato dos fatos alegados e provados.” BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. RO 0050600-03.2009.5.15.0152; Rel. Des. Dagoberto Nishina; DEJTSP 21/08/2015. Disponível em: <www.trt15.jus.br>. Acesso em 28.08.2015.

⁴⁶⁴ O procedimento é a “espinha dorsal do formalismo”, tratando-se de uma “sequência legal de atos a ser observada pelo juiz e pelas partes, mas não só isso. Já há mais de século intuíra-se que o processo não estabelece tão somente o procedere, senão que determina também as faculdades e deveres das partes e do tribunal, e mútua e recíproca relação.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 156.

⁴⁶⁵ Como, por exemplo, no caso da necessidade de procedimentos especiais por conta das particularidades de cada caso, que demandam atenção diferenciada, *ad exemplum*, causas de família de alta complexidade e demandas seriadas de baixo valor, comuns aos Juizados Especiais Cíveis. *Ibid.*, p. 177.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 124.

constituída,⁴⁶⁷ cuja exceção ou relativização exige motivação expressa e muito bem amparada, quer em precedentes, quer na especificidade do caso concreto. A própria lógica do sistema probatório configura outro limitador da função jurisdicional. Se, no âmbito da prova legal⁴⁶⁸, não há margem de liberdade na valoração da prova⁴⁶⁹, no sistema da persuasão racional, a liberdade é mais ampla, mas não se confunde com discricionariedade. O tarifamento probatório vincula o julgador a determinado resultado da atividade probatória, sendo o oposto da livre apreciação da prova: na sua visão mais rigorosa, não confere ao juiz nenhuma

⁴⁶⁷ Assevera Giuliani que o “o processo de formação do convencimento do juiz não é livre: é regulado de forma geral, abstrata, preventiva. A finalidade de um sistema de provas legais é de fato a certeza na avaliação do fato que – através de um complexo mecanismo de restrições à liberdade valorativa – tende a se resolver numa fixação formal.” GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova*. Milano: Giuffrè Editore, 1971. p. 246.

⁴⁶⁸ Não resta dúvida de que uma das maiores expressões do sistema da prova legal se apresentou logo após a Revolução Francesa de 1789. Nessa linha, já se concluiu: “A finalidade daquela separação era atribuir a famosa e tão propalada função ao juiz de ser meramente a boca da lei, conforme desejava Montesquieu. Ele é o criador da jurisprudência mecânica e da integral submissão do juiz à lei, eliminando qualquer espaço de liberdade nessa função. Os référéés, criados pelo art. 12, título II da lei 16-24, de agosto de 1790, são o mais perfeito exemplo disto, pois atribuíam ao juiz uma função unicamente declarativa, completamente submissa à lei. O legislador, como se sabe, restou como o verdadeiro detentor do poder de interpretação autêntica do direito. A assembléia legislativa era legalmente designada a solucionar algumas controvérsias apuradas pelo julgador. Três dispositivos dessa lei são fundamentais para enlaçar a temática do juiz francês da época da Revolução com o presente trabalho, os dois primeiros encontrados sob o Título II (arts. 10 e 12) e o último (art. 15) sob o Título V: Art. 10. Os tribunais não poderão direta ou indiretamente tomar parte alguma no exercício do poder legislativo, nem impedir ou suspender a execução dos decretos do corpo legislativo, sancionados pelo Rei, sob pena de prevaricação. Art. 12. Eles não poderão fazer nenhum regulamento, mas eles se dirigirão ao corpo legislativo todas as vezes que entenderem necessário, seja para interpretar uma lei, seja para elaborar uma nova. Art. 15. A redação dos julgamentos, tanto em apelação quanto na primeira instância, conterà quatro partes distintas. Na primeira os nomes e as qualificações das partes serão enunciadas. Na segunda, as questões de fato e de direito que constituem o processo serão colocadas com precisão. Na terceira, serão declarados o resultado dos fatos reconhecidos ou constatados pela instrução e os motivos que terão determinado o julgamento. A quarta, enfim, conterà o dispositivo do julgamento. Todos os artigos citados versam sobre limitações dos poderes do juiz, sendo que o derradeiro é bastante atual, achando contraponto em diversos ordenamentos estrangeiros e inclusive no nacional. Em relação aos dois primeiros, tornam o julgador um reles burocrata estatal temporário que, na visão de Montesquieu, parecia ser um mal necessário. Não deveria pertencer a um corpo permanente de magistrados, exercendo o poder durante o tempo que fosse estritamente necessário. Pois a mera ideia de Poder Judiciário era algo “temível entre os homens”, não devendo existir essa profissão (de juiz), tornando esse poder invisível e nulo.” FORSTER, João Paulo Kulczynski. *O Controle Da Decisão Judicial E Da Fundamentação Atrás Da Fundamentação*. 2011. 218f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, UFRGS, Porto Alegre, 2011. p. 36-37.

⁴⁶⁹ Nesse sistema, Giuliani entende que o momento probatório se apresenta ao legislador antes de se manifestar perante o juiz, tornando a função deste último predominantemente burocrática. A valoração efetuada pelo legislador deseja se apresentar objetiva, em contraponto à do juiz, que pode ser “subjetiva e arbitrária”. GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova*. Milano: Giuffrè, 1971. p. 236. Lessona formula crítica em relação ao sistema da prova legal, que se caracteriza por ter peso aprioristicamente determinado em lei. Registra que o cálculo efetuado pelo legislador, nesse âmbito, revela-se frequentemente inexato, sendo o sistema da persuasão racional preferível, pois é o único a permitir que o julgador realmente analise a prova e chegue mais próximo do verdadeiramente ocorrido. LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en derecho civil*. Tomo I. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1957. p. 356. Arruda Alvim traça o seguinte esquema da prova legal: 1. O disciplinamento da prova legal é realizado por normas imperativas, “cujo desrespeito acarretará a impossibilidade de se ter como provado o fato jurídico a que esta prova se refere.” 2. Diante da supressão de escolha do meio de prova pelos litigantes, igualmente se veda a possibilidade de valoração desse material pelo juiz. 3. Portanto, o magistrado fica plenamente vinculado à prova apresentada que, se entendida como válida, reconhecendo-lhe, obrigatoriamente, a respectiva eficácia. ALVIM, op citc., p. 407.

margem de liberdade para conferir resultado diverso ao legalmente previsto.⁴⁷⁰ O motivo de sua existência se encontra em ordenamentos nos quais, diante da não-profissionalização da função judicial, dentre outros fatores, optou-se por predeterminar o valor e as consequências dos meios de prova.⁴⁷¹

A partir dessas considerações, percebe-se que existem, no ordenamento processual civil brasileiro, diversos resquícios atinentes ao sistema da prova legal, contraposto ao que se denomina princípio da prova racional. O fato é que, no primeiro, o valor da prova está fixado em lei que deve ser seguida pelo juiz mesmo contra sua própria convicção.⁴⁷² Muito embora inicialmente o referido sistema envolvesse um formalismo excessivo e que abrangia praticamente todos os aspectos da valoração probatória em diferentes sistemas legais⁴⁷³, sua presença em diferentes ordenamentos, em maior ou menor medida, se apresenta até hoje. Especificadamente no direito brasileiro, transparece quando se fala da eficácia probante do documento público, presente no artigo 364 do CPC/73 e reprisado pelo artigo 405 do NCPC.

De outro lado, também pode se considerar como sistema da prova tarifada toda previsão legal que restrinja a persuasão racional do magistrado. Um desses exemplos se encontra no art. 405 do CPC/73 (artigo 447 do NCPC), que dispõe acerca dos requisitos necessários para que o depoimento seja efetivamente testemunhal. Em não preenchendo os mencionados requisitos, não se impede a oitiva, que ocorre independentemente de compromisso, estabelecido que o “juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.” Ainda que haja aqui certa flexibilidade, a regra primordial é clara no sentido de que *não podem depor* as pessoas incapazes, impedidas ou suspeitas. O artigo 228 do Código Civil apresenta um argumento contrário à compreensão dessa limitação enquanto prova tarifada, já que, em seu parágrafo único, dispõe que “para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo.”

Uma situação possivelmente mais interessante acha-se na alteração legislativa promovida pelo Novo Código de Processo Civil. O artigo 227 do Código Civil de 2002 previa que não se admitia prova *exclusivamente* testemunhal nos contratos de valor superior a 10 salários mínimos, regra esta repetida pelo artigo 401 do CPC/73. Contudo, o NCPC não traz mais esta regra atinente ao valor, exigindo apenas o “começo de prova por escrito” quando a

⁴⁷⁰ MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Tomo II. 12ª ed. Torino: Giappichelli Editore, 1998. p. 168.

⁴⁷¹ IACOBONI, Alessandro. *Prova legale e libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 33.

⁴⁷² ENGELMANN, Arthur et al. *A History of Continental Civil Procedure*. Traduzido por Robert Wyness Millar. New York: Rothman Kelley, 1969. p. 39.

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 40 e seguintes.

lei exija prova escrita da obrigação.⁴⁷⁴

A partir do exposto, só se reforça a complexidade do tema probatório. Ao mesmo tempo em que não se pode falar na adoção exclusiva deste ou daquele sistema de avaliação da prova⁴⁷⁵, revela-se igualmente inadequado ignorar a figura, na etapa pré-valorativa do material probatório, do necessário esclarecimento das circunstâncias. Como bem pontua Gerhard Walter⁴⁷⁶, não é correta a livre apreciação da prova que se funda em circunstâncias não esclarecidas. Cita o jurista alemão como exemplo a situação da vedação de produção de material probatório por já estar convencido o juiz, confundindo, portanto, o necessário *dever de esclarecimento* das circunstâncias, etapa anterior, conjunta à admissibilidade probatória, com a valoração probatória, que somente se apresenta após o encerramento da fase instrutória, no momento de decidir a lide. Portanto, a prova pericial deve estar apta a fornecer o esclarecimento necessário ao juízo, sem que se apliquem fórmulas pré-fabricadas de resolução entre provas conflitantes. Essas indagações, contudo, requerem exame que há de começar pelos contornos da prova técnica e de sua respectiva origem.

3.3 ELEMENTOS DA PROVA PERICIAL

3.3.1 *Visão comparatística da figura do perito*

Todas as colocações realizadas conduzem ao papel de destaque desempenhado pelo perito, a ponto de que se percebe que na ampla maioria dos sistemas jurídicos, todos parecem compartilhar de alguma modalidade de prova pericial, na qual o magistrado se vale do auxílio de um *expert*.⁴⁷⁷ O desenvolvimento dos trabalhos deste indivíduo merece especial atenção, a fim de que o julgador tenha à disposição mais uma ferramenta que lhe permita avaliar o resultado do trabalho do perito. A primeira questão pertinente no tema, à toda evidência, é de *quem* se trata e se de fato sua atuação profissional permite que utilize o termo

⁴⁷⁴ Art. 444. Nos casos em que a lei exigir prova escrita da obrigação, é admissível a prova testemunhal quando houver começo de prova por escrito, emanado da parte contra a qual se pretende produzir a prova.

⁴⁷⁵ O sistema pátrio, possui, na realidade, 'regras episódicas de prova' legal, cf. DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol 2. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 104

⁴⁷⁶ WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba*. Traduzido por Tomás Banzhaf. Bogotá: TEMIS, 1985. p. 324-326.

⁴⁷⁷ JOLOWICZ, J. A. *On Civil Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 226.

de especialista na área em que atuará no processo.⁴⁷⁸

O Novo Código de Processo Civil aportou novidades necessárias para a modalidade. O CPC/73 se limitava a exigir que o perito deveria cumprir “escrupulosamente” o encargo cometido (art. 423), podendo ser substituído quando carecesse de conhecimento técnico ou científico (art. 424, I). Diferentemente, no art. 465, §2º, II, do NCPC, exige que o *expert* apresente “currículo, com comprovação de especialização”. Inverte-se a lógica da lei anterior, quando a inabilidade do perito teria de ser questionada pelas partes, atribuindo o encargo de provar sua competência a ele próprio.⁴⁷⁹ Relevante a exigência de comprovação do currículo, no intuito de que se demonstre verdadeiramente especialidade no assunto.

No direito francês, o sistema é um tanto diferenciado e muito mais burocratizado – o que não é necessariamente criticável. Naquele sistema, existem listas locais e nacionais de *experts*, divididos em diferentes categorias, pré-catalogadas.⁴⁸⁰ Mais do que isso, o perito, ao assumir o encargo, faz um juramento – não para cada processo em que atua, mas para ser inscrito na lista. A lei 71-498 de 29 de junho de 1971 determina, em seu artigo 6º, que “antes de sua inscrição inicial em uma lista organizada por um tribunal, os *experts* prestam juramento perante a corte [...] de cumprir sua missão, de fazer seu relatório e de dar sua opinião, conforme sua honra e consciência.”⁴⁸¹ Essa exigência transparece como uma ‘formalidade anciã’ (e não apenas no direito francês) para que se comprometa com o fiel e adequado desempenho do encargo.⁴⁸² Esse formalismo, fortemente vinculado à religião em

⁴⁷⁸ No julgamento do Recurso Especial nº 1.145.728/MG, discutiu-se a condenação havida no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, pois recortara trechos de perícia técnica inconclusiva que havia sido elaborada por médica que não era da especialidade de pediatria. O tema da demanda envolvia pedido de indenização em função de possível erro médico ocorrido no parto de criança que, horas após, teve convulsões e apresentou paralisia cerebral. Como restou consignado no voto do Relator Ministro João Otávio de Noronha: “A causa de pedir está assentada na imperícia médica: obstetra não tem competência para realizar os primeiros procedimentos no nascituro. Por esse viés de pensamento, há de se pressupor que um médico não especializado seja inapto para desenvolver uma perícia que tem por fim a apuração de danos de ordem neurológica.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 08/09/2011.

⁴⁷⁹ O Código de Processo Penal italiano, em seu art. 221, prevê que o juiz indique o perito escolhendo-o entre os inscritos nos registros especiais ou entre as pessoas capazes na particular competência em que necessária a perícia. A intenção do dispositivo é, ao fim e ao cabo, de valorizar o profissionalismo da atividade, evitando uma escolha inteiramente discricionária pelo magistrado. RIVELLO, Pier Paolo. *La Prova Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2014. p. 262.

⁴⁸⁰ O consulente italiano também será escolhido preferencialmente a partir de registros prévios, nos termos do art. 61 do *Codice di Procedura Civile*: “La scelta dei consulenti tecnici deve essere normalmente fatta tra le persone iscritte in albi speciali formati a norma delle disposizioni di attuazione al presente codice.”

⁴⁸¹ “Lors de leur inscription initiale sur une liste dressée par une cour d'appel, les experts prêtent serment, devant la cour d'appel du lieu où ils demeurent, d'accomplir leur mission, de faire leur rapport et de donner leur avis en leur honneur et conscience.” Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000874942>>. Acesso em 15.03.2015.

⁴⁸² LECLERC, Olivier. *Le Juge et L'Expert*. Paris: LGDJ, 2005. p. 215. A falta de importância conferida ao direito probatório, no Brasil, também transparece nesse aspecto. Não há estabelecimento de um procedimento uniforme para inscrição em listas. Por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande

suas bases, já não possui mais essa nota. Seu conteúdo orienta o auxiliar do juízo a fazer uso da ciência a serviço da verdade, não apenas prometendo, mas de fato se vinculando ao bom exercício de tal encargo.⁴⁸³

Enquanto o rito francês aproxima-se do brasileiro, com a produção de laudo pericial ou possivelmente de explanação oral caso não seja necessária a apresentação de laudo escrito⁴⁸⁴, o direito estadunidense se baseia na ideia de *expert witness*. Relevante destacar que, muito embora o procedimento seja um tanto diferenciado entre os ordenamentos de *civil law* e do *common law* no ponto, a complexidade da prova científico-pericial é tema que exaspera ambos os sistemas. Valem-se as cortes, nos Estados Unidos, de testemunhas que na realidade são especialistas no tema enfrentado.⁴⁸⁵ A denominação *witness* não remove o caráter de perito; na realidade é uma consequência natural de um procedimento que se estrutura de forma muito oralizada, especialmente por conta da instituição do júri, presente em alguns casos. Agrega-se, na realidade, um ponto adicional à qualificação técnica que normalmente se exigiria de um perito. A habilidade de oratória é particularmente bem-vinda, para que possam ser impressionados aqueles responsáveis pelo julgamento com a clareza dos detalhes, seja o juiz, seja o júri.⁴⁸⁶

Essa distinção procedimental não é tão importante quanto outra: a *expert witness* é apresentada pelas partes, podendo cada uma ter seu próprio *expert*. Isso normalmente produz uma visão um tanto prejudicada do instituto. Afinal, as partes vão necessariamente procurar peritos que deem suporte ao seu caso, e não o contrário, já que a atividade costuma ser (bem) remunerada e é custoso pedir uma nova perícia, embora possível, caso a primeira não produza

do Sul possui facilidade de cadastro eletrônico para o catalogamento dos *experts*. O ato que regula a atuação pericial (Ato nº 051/2009-P) parece se preocupar exclusivamente com a remuneração do perito e esta é a única ressalva existente para a formalização do cadastro: que o perito tenha conhecimento dos valores pagos nas demandas daqueles que litigam sob o pálio da assistência judiciária gratuita. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/servicos/pericias_e_outras_especialidades/cadastro/>. Acesso em 15.03.2015.

⁴⁸³ LECLERC, Olivier. *Le Juge et L'Expert*. Paris: LGDJ, 2005. p. 218.

⁴⁸⁴ Art. 282 do Code du Procédure Civile francês: “Si l'avis n'exige pas de développements écrits, le juge peut autoriser l'expert à l'exposer oralement à l'audience ; il en est dressé procès-verbal. La rédaction du procès-verbal peut toutefois être suppléée par une mention dans le jugement si l'affaire est immédiatement jugée en dernier ressort.”

⁴⁸⁵ HAZARD JR., Geoffrey C., TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure*. New Haven: Yale University Press, 1993. p. 79/80. Relevante apontar que o direito inglês, nas suas *Civil Procedure Rules*, estabelece, na alínea 1 do artigo 35.5, que a prova por *expert* se dará através de laudo escrito, a não ser que o tribunal indique o oposto: “35.5(1) Expert evidence is to be given in a written report unless the court directs otherwise. (2) If a claim is on the small claims track or the fast track, the court will not direct an expert to attend a hearing unless it is necessary to do so in the interests of justice.” Contudo, tanto o sistema jurídico inglês quando o estadunidense rejeitam a ideia de uma lista de peritos da Corte – os *experts* são apresentados pelas partes. TAPPER, Colin. *Cross & Tapper on Evidence*. 12ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 549.

⁴⁸⁶ HAZARD JR., Geoffrey C., TARUFFO, Michele, op. cit., pp. 120-121.

os resultados necessários.⁴⁸⁷ A opinião científica poderia, ao menos em visão leiga ou superficial sobre o tema, ser ‘comprada’. Dentre as soluções que alguns juristas estadunidenses tentam fornecer, está a criação de um cadastro para escolha de peritos ou até mesmo a utilização de um intermediário (e não diretamente o advogado da parte) a fim de que não haja influência sobre a opinião a ser emitida pelo *expert*.⁴⁸⁸ O perito pode, na realidade, ter uma série de motivos para que o resultado de sua atividade esteja comprometido, e o fato de estar vinculado a apenas uma das partes é o mais evidente deles. Outros fatores podem ser apontados, como interesse pessoal, financeiro ou intelectual no caso em questão.⁴⁸⁹

De outro lado, no direito espanhol a lei se aproxima das disposições do direito francês, mencionando o art. 335 da LEC que o perito deverá prestar juramento de atuar com objetividade, “tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito.”⁴⁹⁰ A atuação do perito “de parte” se aproxima mais da figura do assistente técnico do ordenamento brasileiro⁴⁹¹, pois

⁴⁸⁷ A seleção desses profissionais se dá pelo seu histórico em outros julgamentos: “First, unlike the results of a valid scientific test, the likely opinions of an expert witness can often be reliably predicted by lawyers prior to consulting the expert. This is because expert witnesses have track records—from prior work with specific attorneys, attorney and expert word of mouth, advertisements in particular media (for example, plaintiffs’ bar magazines), reports of published cases and jury verdicts, publications, and professional affiliations. Accordingly, in many fields of expertise, experts tend to be identified as pro-plaintiff or pro-defendant, with reliable track records for producing opinions for one side or the other.” ROBERTSON, Christopher. The problem of biased experts, and blinding as a solution: a response to Professor Gelbach. *The University of Chicago Law Review Dialogue*, Chicago, vol 81, 2014. p. 62. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/Dialogue/Robertson_Dialogue_Final.pdf>. Acesso em: 10.01.2015.

⁴⁸⁸ ROBERTSON, Christopher. The problem of biased experts, and blinding as a solution: a response to Professor Gelbach. *The University of Chicago Law Review Dialogue*, Chicago, vol. 81, 2014. p. 64. Disponível em:

<https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/Dialogue/Robertson_Dialogue_Final.pdf>. Acesso em: 10.01.2015.

⁴⁸⁹ DWYER, Déirdre. *The Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 163 e seguintes.

⁴⁹⁰ “Artículo 335. Objeto y finalidad del dictamen de peritos. Juramento o promesa de actuar con objetividad. 1. Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal. 2. Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito. 3. Salvo acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto.”

⁴⁹¹ A lei espanhola reconhece três diferentes tipos, ainda que todos se denominem ‘perito’: o perito judicial é parte integrante da Administração da Justiça, assim como os peritos oficiais do juízo do direito brasileiro. Os peritos de parte não são propriamente assistentes técnicos, mas realizam trabalho extraprocessual, aportando a parte, na inicial ou na constestação, as conclusões desse especialista, que também está submetido ao art. 335 da LEC. Há, ainda, os peritos designados judicialmente, a pedido das partes e com concordância da corte, mas está mais ligado à própria parte, atuando e participando diretamente do processo, do que o perito

igualmente não são passíveis de suspeição, mas o resultado de sua atividade pode ser tido por contaminado (*tacha*) em alguns casos, como ter interesse direto ou indireto em assunto semelhante ao julgado ou ser cônjuge ou parente de parte.⁴⁹² Essa atuação também costuma ser extrajudicial, mas não exime o perito do compromisso do art. 335 da LEC, já que a alínea 2ª fala em “*todo perito*”.

O que se pode perceber, em qualquer dos ordenamentos mencionados, inclusive no brasileiro, é a orientação de que o exercício da função deve se pautar pelo princípio da imparcialidade. É natural que se exija, numa democracia, dos auxiliares da justiça o mesmo que se exige do juiz.⁴⁹³ Caracteriza-se, para o magistrado, no “ânimo para o julgamento, [com] o afastamento do sujeito dos materiais em disputa: imparcialidade, portanto, é alheação.”⁴⁹⁴ Esse distanciamento é igualmente necessário ao perito. Sem a necessária objetividade, mencionada pela lei espanhola, perde-se de vista a questão relevante no caso e a importância de que o tema seja tratado não com indiferença, mas com a devida responsabilidade.

Essa imparcialidade configura-se também através de sua necessária independência: não funcional, na estrutura do processo, pois submetido ao magistrado e aos prazos legais; mas em relação às partes⁴⁹⁵ e também a outras atividades que possam demonstrar-se incompatíveis com o desempenho da função. A *Cour de Cassation* francesa exigiu, em julgamento, que o *expert* não seja um ‘assalariado’ de uma das partes processuais, até mesmo diante do que dispõe o art. 6º, parágrafo 1º, da Convenção Europeia de Direitos do

judicial propriamente dito. Tudo cf. ROJO, José Vicente. *Los peritos y la prueba pericial em el procedimiento civil*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014. p. 45/47.

⁴⁹² AROCA, Juan Montero. *La Prueba em el Proceso Civil*. 6ª ed. Navarra: Civitas, 2011. p. 351.

⁴⁹³ BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 101.

⁴⁹⁴ CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Orgs.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 101. Diz ainda o mesmo autor: “Imparcialidade significa que aquilo que motiva o sujeito do processo é a correção de seu proceder, para que a solução justa/legal seja aquela pronunciada.”

⁴⁹⁵ Em caráter de amizade ou inimizade: “Ação de indenização de danos por erro medico. pericia. exceção de suspeição do perito em face de animosidade existente entre este e o réu da ação. constituição de advogado pelo expert. incabimento. em não sendo o perito parte no processo, mas auxiliar do juiz, para exercer seu mister não necessita constituir advogado, nem mesmo quando chamado para se manifestar sobre eventual exceção de suspeição, tanto que não e intimado da decisão que acolhe ou rejeita a suspeição contra ele levantada. comprovado nos autos a existência da referida animosidade entre o perito nomeado pelo juízo e uma das partes da relação processual, deve a exceção ser acolhida em nome da credibilidade do judiciário, o que e fundamental para a preservação da ordem jurídica. agravo improvido.”BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70004208195, Quinta Câmara Cível, Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha, Julgado em 15/08/2002. Verifica-se, contudo, na jurisprudência pátria, uma forte resistência em reconhecer a suspeição do perito, seja por falta de provas ou simples preclusão por perda do momento oportuno para a alegação, frequente e equivocadamente deixada para após a apresentação do laudo.

Homem, relativa ao processo justo.⁴⁹⁶

O fato percebido é que o ordenamento jurídico processual brasileiro, ao não conferir a devida importância ao direito probatório, situação que tende a se reverter hodiernamente, também relegou o tema da prova pericial como questão secundária. E a figura do perito, então, pouco se examina. Mesmo a obra clássica de Moacyr Amaral Santos pouco examinou os deveres dos peritos, limitando-se a exigir-lhes lealdade e o dever de servir, sem que se demonstre, com clareza, as consequências de tais deveres.⁴⁹⁷ O juramento anteriormente mencionado, do direito francês, representa mais do que o termo de compromisso. A cultura da prova pericial do direito estrangeiro representa que esse meio de prova, ao não receber tratamento indigente, é valorizado e influi de forma mais positiva na formação do convencimento judicial. De qualquer forma, percebe-se que o perito se submete, a partir de seus deveres elementares, a uma dupla responsabilidade, implícita⁴⁹⁸ e explícita: aquela assumida perante o magistrado, legalmente regulamentada, e, outra, perante seu conselho profissional⁴⁹⁹ ou ao menos diante de seus pares, se carente de regulamentação a atividade exercida.⁵⁰⁰

O desenvolvimento dessa responsabilidade também se revela essencial ao bom desenlace da utilização da prova pericial em juízo. Essa atividade devidamente compreendida renderia ao magistrado mais um possível elemento de confiabilidade desse meio de prova.

⁴⁹⁶ ‘Justo’ como tradução de *équitable*. FRANÇA. *Cour de Cassation*, Civ. 1e., 6 julho 2000, n. 219, Cf. LECLERC, Olivier. *Le Juge et L’Expert*. Paris: LGDJ, 2005. p. 211. Art. 6º, par. 1º, da mencionada Convenção: “1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.”

⁴⁹⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. Volume V. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1968. p. 101 e seguintes.

⁴⁹⁸ A mencionada responsabilidade *implícita* é inerente a toda e qualquer atividade científica. Quando o perito atua em prova científico-pericial, ele não pode se escusar da responsabilidade profissional que lhe é peculiar no dia-a-dia de sua profissão. A sua responsabilidade só se incrementa quanto atua a serviço do Judiciário, não representa, portanto, um regime alternativo. JACQUEMART, Frédéric. Responsabilité implicite du scientifique. In: BYK, Christian. *Les Scientifiques doivent-ils être responsables? Commission nationale française pour l’UNESCO*. Bordeaux: Les Études Hospitalières, 2013. p. 181.

⁴⁹⁹ Como regulamenta o art. 468, §1º, NCPC.

⁵⁰⁰ Esse tipo de situação normalmente suscita maior desconforto, até diante da possível inexistência de um método científico típico à profissão. A não vinculação a uma área específica pode virar permissivo de abuso e de irresponsabilidade científica. SOUTOU, Georges-Henri. Responsabilité du scientifique envers la science et envers ses pairs. In: BYK, Christian. *Les Scientifiques doivent-ils être responsables? Commission nationale française pour l’UNESCO*. Bordeaux: Les Études Hospitalières, 2013. p. 44

Acredita-se que o tema esteja suficientemente regulamentado em lei,⁵⁰¹ cabendo maior esforço doutrinário a fim de preencher a lacuna hoje existente.

3.3.2 *Laudo pericial*

O laudo pericial, resultado típico da atividade do perito⁵⁰² deve apresentar, nos termos do artigo 473 do NCPC, a exposição do objeto da perícia; a análise técnica ou científica; a indicação do método utilizando⁵⁰³, “esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou”; e resposta conclusiva a todos os quesitos formulados por juiz, partes e Ministério Público. O inciso III, ao que tudo indica, adotou o padrão de decisão do caso *Frye v. United States*, um dos precedentes de uma trilogia clássica no tema.⁵⁰⁴

As cortes passaram a enfrentar a questão do ponto de vista da *junk science*, e ocasionalmente utilizam o caso *Frye* como precedente no tema do conhecimento científico. Em uma dessas análises⁵⁰⁵, registrou-se que o entendimento em *Frye* não era de que a opinião do perito deveria ser geralmente aceita, mas sim a metodologia que ele empregou na descoberta da resposta que ora apresentava perante o juízo. Todavia, no período entre 1975 e o julgamento do caso *Daubert*, o precedente *Frye* e as *Federal Rules of Evidence (FRE)* eram utilizadas de forma conjunta por alguns julgadores, numa posição que poderia denominar-se eclética.⁵⁰⁶ A esse respeito, decidiu-se a aceitabilidade de uma *expert witness*, sob a égide da regra 702 das *FRE*, mediante a apresentação concomitante de quatro requisitos: “(a) um perito qualificado; (b) testemunhando a respeito de uma matéria específica; (c) em conformidade

⁵⁰¹ Destaque-se a previsão do art. 468 do NCPC que regula substituição de perito que recebeu adiantamento de seus honorários. Além de punir o perito que não cumpriu com os prazos sem motivo, podendo submeter ofício à corporação profissional respectiva (§1º), se ele não os restituir em quinze dias, ficará impedido de atuar como perito judicial pelo prazo de cinco anos (§2º). O artigo 64 do *Codice di Procedura Civile* italiano prevê punição bem mais dura, com possibilidade de prisão e multa, além da reparação do dano causado às partes: “Si applicano al consulente tecnico le disposizioni del codice penale relative ai periti. In ogni caso, il consulente tecnico che incorre in colpa grave nell'esecuzione degli atti che gli sono richiesti, è punito con l'arresto fino a un anno o con l'ammenda fino a € 10.329. Si applica l'art. 35 del codice penale. In ogni caso è dovuto il risarcimento dei danni causati alle parti.”

⁵⁰² À exceção da prova técnica simplificada, que consistirá apenas na oitiva do *expert* em audiência, conforme o art. 464, §§2º e 3º, do NCPC.

⁵⁰³ Exigência encontrada também no ordenamento jurídico espanhol, Cf. CHAVES, Manoel Matos Araujo. *La Prueba Pericial*. Lisboa: Editorial Juruá, 2013. p. 268.

⁵⁰⁴ Os outros dois, *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals* (‘caso *Daubert*’) e *Kumho Tire Co. v. Carmichael* (‘caso *Kumho*’) serão examinados no item 4.2.

⁵⁰⁵ EUA. Tribunal de Apelos do 1º Circ. *Berry v. CSX Transportation, Inc.*, 709 So.2d 552 - Fla. 1st DCA 1998.

⁵⁰⁶ EUA. Tribunal de Apelos do 6º. Circ. *U.S. v. Kozminski*, 821 F.2d 1186 (6th Cir. 1987), 487 U.S. 931 (1988).

com uma teoria explanatória geralmente aceita; (d) cujo valor probatório supera qualquer possível efeito prejudicial.”⁵⁰⁷

Destaque-se que a noção amplamente difundida de que o método deve ser aceito pelos especialistas “da área em que se originou” é fórmula vaga e que apenas traz falsa sensação de conforto. Afinal, este é apenas um dos requisitos que conduziriam a um resultado confiável da prova pericial. De outro lado, não resta dúvida de que se revela indispensável a menção do método empregado e, igualmente, de que o laudo deve ser amplamente fundamentado, devidamente escorado na doutrina pertinente. As fontes que embasam o laudo devem ser seguras, indicando o perito, além do próprio método, se for o caso, quais foram os aparelhos utilizados para a realização de seu trabalho.⁵⁰⁸

A razão para tanto é que, o julgador, no âmbito de sua especialidade jurídica e desconhecimento das áreas não-jurídicas, enquanto um dos destinatários da prova⁵⁰⁹, não apresenta capacidade de impugnar as conclusões do laudo, pois não compartilha do conhecimento especializado. Na realidade, o seu controle, e aí está o *punctum saliens* na questão probatório-pericial, se dá sobre a pessoa do perito, como visto no item anterior, e também sobre o método empregado.⁵¹⁰ Isso faz parte do próprio conceito de método

⁵⁰⁷ Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=487&invol=931>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

⁵⁰⁸ RÍOS, Eva Isabel Sanjurjo. *La prueba pericial civil. Procedimiento y valoración*. Madrid: REUS, 2013. p. 267/268.

⁵⁰⁹ A prova, assim como o doreito à prova, se destina a todas as partes do processo. Nesse sentido: BERGEAUD, Aurélie. *Le Droit à La Preuve*. Paris: LGDJ, 2010. p. 246. Ainda: “Diante disso, pode-se afirmar que o dever de auxílio – e, particularmente, o dever de prova – tem também assento constitucional e incide sobre todos, independente de serem ou não parte em determinado processo. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIÉRO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2015. p. 253. A percepção estabelecida na jurisprudência brasileira é diversa, apenas colocando o julgador como destinatário da prova: “Recurso Especial previdência privada. Previ. Benefício especial de renda certa. Proventos de aposentadoria complementar. Assistidos que contribuíram por mais de 360 meses em atividade. Prova pericial desnecessária. Recurso repetitivo. (...) 2. O juiz é o destinatário da prova e a ele cabe analisar a necessidade de sua produção (CPC, arts. 130 e 131). (...)” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1331168/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 12/11/2014, DJe 19/11/2014. José Roberto dos Santos Bedaque reforça a posição doutrinária já mencionada: “Por tudo, conclui-se que a prova pertence a todos que participam da relação processual: às partes, porque procuram demonstrar os fatos favoráveis aos seus interesses. Ao juiz, pois através da prova se alcança o escopo do processo. E sua atividade não implica apenas a determinar toda prova que entenda necessária à formação do seu convencimento, mas inclui também o poder de interferir na produção da prova requerida pelas partes, tudo para alcançar os objetivos do processo.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 160.

⁵¹⁰ Como decidiu a *Corte di Cassazione*, em recurso de ação criminal acerca da possível responsabilização de um administrador de uma fábrica por morte de um funcionário que veio a falecer por conta de inalação de fibra de amianto: “Occorre a tale riguardo rammentare che questa Suprema corte non è giudice del sapere scientifico, e non detiene proprie conoscenze privilegiate. Essa è chiamata a valutare la correttezza metodologica dell'approccio del giudice di merito al sapere tecnico-scientifico, che riguarda la preliminare, indispensabile verifica critica in ordine all'affidabilità delle informazioni che utilizza ai fini della spiegazione del fatto.” ITÁLIA. Corte di Cassazione. Cassazione Penale, Sez. 4, 12 novembre 2008, n. 42128. Disponível em: <http://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=1536:cassazione-penale-

científico, que se caracteriza como “um plano preestabelecido e passível de controle intersubjetivo.”⁵¹¹ Somente a partir do fornecimento desses elementos é que o magistrado está em mínimas condições de valorar a prova pericial.⁵¹²

3.4 A MÉTODO CIENTÍFICO E PROVA TÉCNICA

O resultado da atividade científica não é mais visto como um dogma. As conclusões às quais chegam os *experts*, por mais talentosos e destacados que possam ser em suas áreas, não são mais vistos como detentores de conhecimento imutável.⁵¹³ Resta, portanto, superada, a noção dita positivista de ciência que a visualiza como infalível, completa e ilimitada, apta a obter um produto imutável.⁵¹⁴ No entanto, essa premissa elementar, mesmo devidamente ultrapassada, ainda contamina o imaginário do conhecimento mediano dos indivíduos. Muitos dos problemas oriundos da prova pericial se originam na equivocada percepção do que, de fato, entende-se por ciência (seja ‘boa’ ou ‘ruim’) e do grande paradoxo: como poderá o julgador controlar ou questionar o resultado de uma atividade que lhe é de todo estranha? Para que se possa esboçar resposta a essa situação e aos temas correlatos, afigura-se relevante denominar, afinal, o que é o conhecimento científico. Essa busca em estabelecer alguns conceitos elementares visa obter o arcabouço teórico mínimo a fim de que se permita oferecer resposta às inquietações até aqui expostas.

sez-4-12-novembre-2008-n-42128-tumore-da-amianto&catid=17:cassazione-penale&Itemid=60>. Acesso em 10.06.2015.

⁵¹¹ HABA, Enrique P. Sciences du droit – quelle ‘science’? In *Droit et Science. Archives du philosophie du Droit*, Paris: SIREY, 1991, T. 36. p. 171.

⁵¹² RÍOS, Eva Isabel Sanjurjo. *La prueba pericial civil. Procedimiento y valoración*. Madrid: REUS, 2013. p. 269.

⁵¹³ Como bem alude Rudolf Carnap, a respeito da dificuldade que envolve o método científico e da testagem de hipóteses que conduziriam a uma lei científica: “mesmo a lei física melhor fundada deve se basear sobre um número finito de observações: é sempre possível que amanhã se localize uma contraprova.” Conclui, afirmando que o conhecimento científico repousa sobre uma forte assimetria; o esforço necessário para repetir a testagem necessária para a comprovação de uma lei científica é enorme, enquanto que, para prova-la falsa, basta um único exemplo em contrário. Uma simples demonstração de que a lei não se aplica, embora tenha se verificado válida para milhares de outras situações, já a torna frágil e a desnuda do caráter de lei científica. CARNAP, Rudolf. *Philosophical Foundations of Physics*. New York: Martin Gardner, 1966. p. 32. Sheila Jasanoff assinala que o conhecimento científico é “socialmente construído” e, portanto, também pode ser desconstruído: “nós visualizamos uma afirmação fátual como verdadeira não porque ela precisamente reflete o que está aí na natureza, mas porque foi certificada como verdadeira por aqueles que são considerados competentes para averiguar a veracidade e falsidade de cada uma dessas afirmações.” JASANOFF, Sheila. *The Fifth Branch: Science Advisers as Policymakers*. Cambridge: Harvard University Press, 1990. p. 12.

⁵¹⁴ TONINI, Paolo. Progresso tecnologico, prova scientifica e contradditorio. In NEUBURGER, Luisella de Cataldo. *La Prova Scientifica nel Processo Penale*. Padova: CEDAM, 2007. p. 58.

O fato é que a denominação ‘verdade científica’ vem acompanhada de aura de inquestionabilidade, especialmente quando o conhecimento é apresentado a alguém que não desenvolva atividades ligadas à área de *expertise* mencionada. Contudo, essa noção pertence ao senso comum, já que o conceito de ciência (e sua própria função explicativa) se encontra em crise desde o início do Século XX. Isso ocorre porque explicar um fenômeno consiste em buscar sua causa, de forma que explicá-lo exige a apresentação de uma relação de causalidade.⁵¹⁵ Muito desse questionamento se deve a David Hume, ao criticar a relação de necessidade entre causa e efeito, que aponta que o evento deve ser explicado por uma causa específica. Hume apresenta uma visão negativa sobre esse entendimento, pois ele demonstra mais um hábito de pensar e menos sobre as observações propriamente ditas.⁵¹⁶ O que se visualiza, no esforço de pensadores como Karl Popper, Gaston Bachelard e Thomas Kuhn é justamente o propósito de resgatar, a partir de diferentes perspectivas, a relevância do conhecimento científico partindo de novos paradigmas.

Nessa quadra, Bachelard estabelece a noção de ‘espírito científico’. Ele contesta a noção tradicional de que exista um progresso científico contínuo, pois existem momentos de ruptura com a ordem estabelecida, o que não representa simplesmente um avanço de uma ideia originalmente concebida. Isso confere à ciência um caráter revolucionário e inconstante, fazendo com que, embora a história se mova para frente, algumas ideias “não são simplesmente repetidas; estas ideias foram retificadas, alargadas, completadas, ideias que removeram definitivamente os limitados e frágeis princípios em que se baseavam.”⁵¹⁷

Muito embora não tenha laborado em conjunto com Thomas Kuhn⁵¹⁸, a ideia é similar, mas não idêntica. Aquilo que Bachelard refere como um alargamento de uma noção anterior, Kuhn vê como uma verdadeira revolução: a mudança do paradigma substitui total ou parcialmente o anterior.⁵¹⁹ Isso ocorre porque, como nas revoluções sociais, o sistema presente (naquelas, político, nestas, científico) já não responde mais de maneira satisfatória aos problemas que ele próprio ajudou a criar. Clama por substituição por novo paradigma. Refere o autor que

podemos ainda conceber outras relações compatíveis entre teorias velhas e novas e cada uma dessas pode ser exemplificada pelo processo histórico

⁵¹⁵ LEROUX, Jean. *Une histoire comparée de la philosophie des sciences*. Vol. II. Québec: PUL, 2010. p. 49.

⁵¹⁶ É dele que se extrai a noção de ‘causa suspeita’ do ponto de vista epistemológico. LEROUX, Jean. *Une histoire comparée de la philosophie des sciences*. Vol. II. Québec: PUL, 2010. p. 50.

⁵¹⁷ BACHELARD, Gaston. *The New Scientific Spirit*. Traduzido por Arthur Goldhammer. Boston: Beacon Press, 1984. p. 172.

⁵¹⁸ LEROUX, op. cit., 50.

⁵¹⁹ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira. 12ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. p. 177.

através do qual a ciência desenvolveu-se. Se fosse assim, o desenvolvimento científico seria genuinamente cumulativo. Novos tipos de fenômenos simplesmente revelariam a ordem existente em algum aspecto da natureza onde esta ainda não fora descoberta. Na evolução da ciência, os novos conhecimentos substituiriam a ignorância, em vez de substituir outros conhecimentos de tipo distinto e incompatível. [...] Contudo, se a resistência de determinados fatos nos leva tão longe, então uma segunda inspeção no terreno já percorrido pode sugerir-nos que a aquisição cumulativa de novidades é de fato não apenas rara, mas em princípio improvável.⁵²⁰

Kuhn crê necessárias as revoluções para que haja efetivo progresso científico, já que a ciência não é um processo de descoberta de partes ainda ocultas do que já havia sido revelado. A isso Bachelard denomina de espírito da ciência: uma evolução inconstante e que está sempre sujeita a uma correção de percurso, que pode ser pequena ou representar uma direção completamente nova e inesperada, retificando o conhecimento estabelecido e percebido como incorreto.⁵²¹ Para Kuhn, verificam-se dois tipos de ciência, que se alternam: a ‘normal’, fundada sobre pesquisas e resultados anteriores, desenvolvida por uma particular comunidade científica, e outra, revolucionária, nos momentos em que a comunidade científica percebe a existência de uma anomalia e busca corrigi-la.⁵²²

A nova perspectiva alinha-se à proposta de Karl Popper, que conclui que a ciência “não é um sistema de declarações certas ou bem estabelecidas, nem é um sistema que avança rumo a um estado de completude.”⁵²³ Ele se baseia na visão de que não se possui conhecimento, mas apenas se tenta adivinhar o que se passa, uma vez que todo o sistema científico se baseia em fé nas leis e regularidades encontradas que podem ser caracterizadas como não científicas.⁵²⁴ Muito embora a conclusão final proposta pelo autor seja bastante cínica em relação aos resultados da atividade científica⁵²⁵, ele também explica a base que sustenta as conclusões científicas: possibilidade de corroboração, testagem e probabilidade lógica. Aí se insere sua falseabilidade (*falsifiability*)⁵²⁶, talvez o ponto mais largamente discutido das ideias de Popper.⁵²⁷

⁵²⁰ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira. 12ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. p. 182-183.

⁵²¹ BACHELARD, Gaston. *The New Scientific Spirit*. Traduzido por Arthur Goldhammer. Boston: Beacon Press, 1984. p. 172.

⁵²² STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 447-448.

⁵²³ POPPER, Karl. *The Logic of Scientific Discovery*. New York: Routledge, 2002. p. 278.

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 278.

⁵²⁵ A conclusão final do livro original (utiliza-se aqui a versão estendida) é de que a ciência cumpre meramente uma função biológica, típica do ser humano, de descobrir novos e mais profundos problemas. *Idem*, *ibid.* p. 279.

⁵²⁶ POPPER, Karl. *Conjectures and Refutations*. New York: Routledge, 2002. p. 40/41.

⁵²⁷ A proposta de Popper é criar um critério demarcatório entre o que é e o que não é um sistema científico. Princípiam parafraseando Friedrich Waismann: “se não é possível determinar se uma afirmação é verdadeira então aquela afirmação não possui qualquer significado. O sentido de uma afirmação é o método de sua

A ciência, a par do que estabelece o autor, pode ser verificada como tal desde que suas conclusões possam ser refutadas. Compreendê-las como verdadeiras apenas estenderia a proposta inicial; poder questioná-las e dizê-las falsas seria o critério demarcatório adequado para definir um sistema científico.⁵²⁸ Sua metodologia busca evidenciar que a conduta humana se baseia de erros, almejando sua eliminação para a perfectibilização do conhecimento.⁵²⁹ Ao contrário do que afirma Kuhn, para Popper, a ciência está sempre em estado revolucionário, revisando seus erros e alterando suas bases constantemente.⁵³⁰

Em todo esse contexto⁵³¹, vale mencionar a perspectiva ofertada por Paul Feyerabend. Sua proposta essencialmente envolve a noção de que o método científico constrange a liberdade da pesquisa científica e impede que a ciência efetivamente progrida. A “ciência” não existe enquanto conceito unitário, pois as diferentes ciências estão sempre em conflito. Mas isso não impede que a ciência seja vista como uma ‘força irresistível’, ainda que não se apresente de forma coesa e estruturada. Para tanto, refere o autor, basta que se visualizem os métodos empregados na Física, na Psicologia, Sociologia, todos diferentes entre si e com alto nível de discordância mesmo dentro de cada um desses ramos.⁵³²

O ponto de partida de Feyerabend é a ideia de que a ciência é uma empreitada anárquica, pois o “anarquismo teórico é mais humanitário e mais provável a encorajar o progresso do que suas alternativas de lei e ordem”.⁵³³ A rigidez do método científico tradicional é contrária à noção de progresso, pois muitas descobertas e avanços se deram a partir de um agir contraintuitivo ou simplesmente contrário às regras estabelecidas.⁵³⁴ A interferência externa na atividade científica é perniciosa, a ponto de sugerir que, numa democracia, assim como o Estado se separa da religião, também deveria se separar da ciência.⁵³⁵ O próprio conceito de ciência resulta em um emaranhado complexo de diferentes

verificação.” Popper vai mais além: “Eu certamente admitirei um sistema como empírico ou científico apenas se é capaz de ser testado pela experiência. Essas considerações sugerem que não é a verificabilidade, mas a falseabilidade de um sistema que deve ser utilizado como critério de demarcação. Em outras palavras: eu não exigirei de um sistema científico que ele seja capaz de ser individuado, de uma vez por todas, em sentido positivo; mas eu exigirei que sua forma lógica seja tal que possa ser individuada, através de testes empíricos, em sentido negativo: deve ser possível para um sistema científico empírico ser refutado pela experiência.”

POPPER, Karl. *The Logic of Scientific Discovery*. New York: Routledge, 2002. p. 18.

⁵²⁸ POPPER, Karl. *The Logic of Scientific Discovery*. New York: Routledge, 2002. p. 57 e seguintes.

⁵²⁹ LEROUX, Jean. *Une histoire comparée de la philosophie des sciences*. Vol. II. Québec: PUL, 2010. p. 63.

⁵³⁰ STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 448.

⁵³¹ Para exame aprofundado da relação de Feyerabend com Popper, Kuhn e outros, vide: HACKING, Ian. Introdução à 4ª edição. In FEYERABAND, Paul. *Against Method*. 4ª ed. London: Verso, 2010. p. ix-xii.

⁵³² FEYERABAND, Paul. *The Tyranny of Science*. Cambridge: Polity Press, 2014. p. 54-56.

⁵³³ FEYERABAND, Paul, op. cit., 2010. p. 3.

⁵³⁴ Ibid., p. 13.

⁵³⁵ Ibid., p. 249. Essa noção é compartilhada por Kuhn, apenas não utilizando as mesmas palavras, pois entendia que era indispensável a autonomia da comunidade científica a fim de que não houvesse nenhum poder

visões, já que os cientistas procedem de diferentes modos, muitos por simples hábito, mas nem mesmo aqueles que mencionam explicitamente seus métodos parecem segui-los fielmente.⁵³⁶ Ainda que essas colocações possam todas soar um tanto exageradas, há um pouco de verdade em suas colocações; “não é exatamente um vale tudo, contudo, a pesquisa científica tem um aspecto de liberdade, de ‘apenas faça’, de improvisado”.⁵³⁷

A partir dessas diferentes visões sobre o mesmo tema, pretende-se reforçar conclusão exposta no item anterior e que percorre todo este estudo: a prova técnica não é modalidade de prova legal. O fundamento para tanto não pode ser (apenas) a livre apreciação, ainda que motivada, das provas pelo magistrado. A ciência é tão criticável e passível de erro quanto um depoimento testemunhal contaminado por falsas memórias.⁵³⁸ Não se pretende aqui

determinando qual deveria ser o objeto da pesquisa científica, a não ser as ‘boas questões’ da própria comunidade. STENGERS, Isabelle. *L'invention des sciences modernes*. Paris: Flammarion, 1995. p. 14.

⁵³⁶ FEYERABAND, Paul. *Against Method*. 4ª ed. London: Verso, 2010. p. 253.

⁵³⁷ HAACK, Susan. *Evidence Matters*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 93.

⁵³⁸ Na jurisprudência já se percebe esse risco: “APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. TÉCNICAS DE AFERIÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS SUAS DECLARAÇÕES. FALSAS MEMÓRIAS. MATERIALIDADE E AUTORIA. Não prevalece a alegação de insuficiência de provas relativamente à materialidade e autoria do crime de estupro de vulnerável, tendo em vista o robusto conjunto probatório coligido, de onde se destaca, em particular, os relatos da vítima e de seu irmão. No que toca às declarações da vítima, constata-se que o depoimento prestado em juízo e aquele dado durante a investigação preliminar, mais especificamente na perícia psiquiátrica, são coerentes, harmônicos e ausentes de vícios. No caso dos autos, não obstante teórica e potencialmente presentes as causas mais comuns para a criação (ou potencialização) de falsas memórias, sejam elas espontâneas - internas ao sujeito - ou sugeridas - externas ao sujeito -, como: a) a não utilização da melhor técnica em juízo para colher o depoimento da vítima, tendo, inclusive, a entrevistadora incorridos em erros comuns neste tipo de entrevista (depoimento sem dano), tais como a elaboração de perguntas fechadas, sugestivas/confirmatórias, e a interrupção da vítima no momento em que ela está falando; b) o considerável lapso temporal existente entre o fato e o depoimento da vítima em juízo, o qual é reconhecidamente fomentador de falsas memórias; c) a revitimização quando a ofendida é provocada a prestar sucessivos depoimentos, o que, além de aumentar as chances de contaminação dos relatos com falsas memórias, é-lhe prejudicial emocionalmente, verifica-se que o relato da vítima está em franca consonância com aquele prestado na perícia psiquiátrica, a qual ocorreu logo após o fato e com a melhor técnica, qual seja, a entrevista cognitiva. Vale ressaltar que para fins de inquirição da vítima/testemunha, em especial nos crimes sexuais, é recomendável, sempre que possível, a utilização da Entrevista Cognitiva como técnica, a qual maximiza a quantidade e a precisão das informações dada pelo entrevistado. Tal técnica, que possui cinco etapas, tem como principais características a informalidade da entrevista, ter o entrevistado no controle da entrevista, a narrativa livre do entrevistado, sem interrupções, evitando-se, sempre, perguntas fechadas/confirmatórias/sugestivas. TENTATIVA RECONHECIDA. Situação que recomenda o reconhecimento da forma tentada do crime, porquanto evidenciado pela prova testemunhal colhida que o réu percorreu parte do iter criminoso do estupro de vulnerável, não consumando seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade. DESCLASSIFICAÇÃO DO FATO. Não prospera o pedido de desclassificação do fato em razão da ausência de prova documental da idade da vítima, que facilmente se verifica pelo depoimento dela, gravado em vídeo, que ela possuía à época do fato menos de 14 anos de idade. Apelação provida, em parte.” BRASIL. TJRS. Apelação Crime Nº 70057063984, Sé RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 15/05/2014. A celebrada especialista na psicologia do testemunho do Instituto de Psiquiatria da Universidade de Londres, Gisli Gudjonsson, refere que o processo de aquisição de memórias é permeado por diversas etapas, podendo, *e. g.*, sofrer interferências que denomina “*pós-evento*”. Nesses casos, a testemunha é exposta, e isto ocorre com certa frequência, a novas informações relativas àquele fato, como em jornais ou discutindo o evento com outras pessoas. O debate entre testemunhas, antes do depoimento, ou, no curso deste, da exibição de fotografias, pode induzir alterações significativas na memória registrada. O método mais confiável, aponta, para a recuperação dessa memória, ainda que de forma parcial e necessitando de

desconstruir o próprio conceito de ciência e dizê-la irrelevante ou inócua. Também não compartilham desse intento os autores mencionados, que objetivavam a melhora, através da crítica pungente, do método científico.

Isso leva a questionar uma ideia central no esquema científico que é a obtenção de leis universais, obtidas a partir da regularidade de certos eventos (o dia se segue à noite, o dia possui vinte e quatro horas, etc). Todavia, há também leis que se baseiam em conhecimento estatístico para determinar uma possibilidade (maçãs maduras são geralmente vermelhas, aproximadamente metade dos nascimentos é de meninas). Ambas as leis são indispensáveis à ciência.⁵³⁹ Isso leva a crer que a ciência representa, na realidade, um conhecimento especializado ordenado por essas leis e voltado ao exame dos fatos da natureza, ordenando-se a partir de um método que seja reconhecidamente científico.⁵⁴⁰ Levando em conta as perspectivas brevemente analisadas de Bachelard e Kuhn, deve-se atentar para a *mutabilidade* e *inconstância* desse conhecimento científico.

A busca por leis, universais ou estatísticas, sempre indica que a sua descoberta não representa o encerramento da pesquisa, mas o possível começo de uma nova etapa no qual deverá ser provada ou refutada a conclusão obtida. Nada disso deve rendê-la inútil *ab initio*, especialmente na visão do processo judicial. A decisão justa se funda sobre a prova científica tida como válida *no momento em que proferida*.⁵⁴¹ Não se exige do juiz o que não se exigirá do *expert*: que ele tenha obtido o método científico infalível e adquirido o resultado correto e incontestável. É da natureza da ciência a possibilidade de *erro* assim como tal é esperado do agir humano. Revela-se previsível, portanto, a existência de engano em qualquer atividade desempenhada pelo homem: seja em laboratório, seja em juízo. Todas as considerações dos autores supramencionados objetivam a qualificação do método científico assim como se almeja, através dos trabalhos de juristas, a melhora da atividade jurisdicional. Não se pode empobrecê-la, dizendo que o magistrado relega a decisão ao perito quando reconhece a existência de fatos que exigem conhecimento técnico especializado de área não jurídica. De

questionamento adicional posterior, é que o depoente narre livremente os fatos ocorridos. GUDJONSSON, Gisli. *The psychology of interrogations, confessions and testimony*. Londres: Wiley, 1993. p. 86-89. Para evitar o problema da falsa memória muitas vezes relacionada com o estado emocional do depoente (seja do momento de aquisição da memória, seja do instante em que está prestando seu testemunho), especialistas sugerem o emprego de determinadas técnicas, como se vê em FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org). *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 209 et seq. Ainda sobre o tema: ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal – a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

⁵³⁹ CARNAP, Rudolf. *An Introduction to the Philosophy of Science*. New York: Dover, 2010. p. 32.

⁵⁴⁰ TONINI, Paolo. Progresso tecnologico, prova scientifica e contraddittorio. In NEUBURGER, Luisella de Cataldo. *La Prova Scientifica nel Processo Penale*. Padova: CEDAM, 2007. p. 59.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 61.

outro lado, o conhecimento técnico requisitado deve ser valorizado e sopesado diante dos outros elementos probatórios e, sempre e sempre, no mencionado contexto de dificuldades e limitações próprias ao método científico.

Aí se apresenta o problemático paradigma do juiz enquanto *peritus peritorum*, e o tema fundamental da valoração da prova científica. Num cenário de valorização global, do ponto de vista processual, da prova pericial, e cada vez mais distanciada do conhecimento do julgador⁵⁴², deve-se instrumentar o julgador para que possa seguir nesse papel cunhado naquela máxima. Só através dessa instrumentação é que poderá manter seu papel de *gatekeeper*, subtraindo a última palavra da comunidade científica em prol de uma visão conjunta dos meios probatórios carreados aos autos bem como do método e da própria validade do conhecimento científico utilizados.⁵⁴³ Essa percepção pode levar a caminhos ramificados, conduzindo desde a alteração da formação dos juízes – não sendo mais (apenas) especialistas em Direito – até à qualificação do processo motivacional decisório. Ambas as possibilidades encontram grandes óbices de ordem prática, mormente por conta do ceticismo que envolve a matéria probatória, assim como o número excessivo de processos pelos quais é responsável um único magistrado.

A capacitação dos magistrados em temas específicos⁵⁴⁴, enquanto não se apresente como a solução definitiva para o problema, auxilia na redução dos prejuízos trazidos pelo desconhecimento de certos temas estranhos ou recentes ao Direito. Caso peculiar é o da excessiva judicialização das questões envolvendo Saúde no Brasil, e da escassez de diretivas sob as quais possam se basear os magistrados. As demandas que envolvem pedido de fornecimento de medicamentos envolvem tema delicado e de profunda tecnicidade, com questionamentos éticos relevantes, em particular na atuação de médicos privados.⁵⁴⁵ Não por

⁵⁴² DAMASKA, Mirjan R. *Evidence Law Adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997. p. 151.

⁵⁴³ TALLACCHINI, Mariachiara. Giudici, esperti, cittadini: scienza e diritto tra validità metodologica e credibilità civile. *POLITEIA*, Milano: Franco Angeli. Vol. XIX, n. 70, abr/jun 2003. p. 87.

⁵⁴⁴ Não é possível, de outro lado, exigir do juiz domínio sobre todas as áreas do conhecimento. “Na realidade, não exigimos – nem podemos exigir – de um juiz que tenha conhecimento universal até mesmo de todas as regras vigentes em sua própria jurisdição.” JOLOWICZ, J. A. *On Civil Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 225.

⁵⁴⁵ Sobre o tema: “O doutrinador Elio Sgreccia levanta o tema de considerar o médico um “agente duplo”, já que ele, na maioria dos países europeus, possui dois contratos: um com o serviço nacional de saúde que o remunera, e o paciente que o procura. Referido tema situa-se no âmbito dos médicos que atuam dentro do SUS no Brasil, que não é propriamente o objeto do presente estudo. O problema da prescrição de medicamentos exsurge não dos médicos diretamente ligados ao serviço público, mas sim dentre aqueles que praticam a medicina em âmbito privado e, inegavelmente, também desempenham papel social fundamental enquanto agentes promotores da saúde. O que não se pode negar, contudo, é o interessante elemento trazido pelo indigitado autor de que os objetivos do doente e do Estado podem ser conflitivos. Demonstra-se necessário o exame da relação que se estabelece entre médicos e laboratórios, a fim de que este primeiro relacionamento não afete perniciosamente o posterior, com o destinatário do tratamento. Afinal, verifica-se absolutamente comum que laboratórios não só disponibilizarem medicamentos gratuitos para os médicos

acaso o Conselho Nacional de Justiça organizou o “Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde”, editando enunciados para dar amparo aos magistrados em questões técnicas que pertencem à área médica.⁵⁴⁶

Uma ‘capacitação’, por assim dizer, mais ampla, seria possível na medida em que os cursos de formação de magistrados também lhes oferecessem uma visão peculiar sobre a ciência e o método científico. Não seria o caso de formar juízes céticos, muito pelo contrário: a proposta de compreender o rigor necessário para a estruturação de um método científico (e também de suas conclusões) é que poderia qualificar o magistrado para efetivamente ser capaz de valorar a prova científica produzida nos autos. No século XXI, o papel desempenhado pela ciência e tecnologia nos processos é inegável, e a sociedade não pode desejar juízes “cientificamente analfabetos.”⁵⁴⁷ Tradicionalmente, exige-se que sejam especialistas nas leis e nas questões jurídicas, com breves noções de economia, política, sociologia e linguística – atividade que desempenham com certa naturalidade. Contudo, quando se trata de questionar o método científico, o desconforto é evidente.⁵⁴⁸ Isto não pode ser uma barreira para que se trabalhe a questão, já que a verdade científica também pode ser vista, com todas as limitações, também como instrumento de legitimação da decisão

distribuírem a seus pacientes, mas também ofereçam outros tipos de incentivo em matéria de pesquisa, a ponto de que o Conselho Federal de Medicina, na Resolução 1.974/2011, tenha referido da importância, no Anexo I, da proibição do médico de deixar de informar possível conflito de interesses em congressos dos quais participem, por interesses comerciais ou financeiros ligados a laboratório.” FORSTER, João Paulo K., CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. Limitações éticas à prescrição de medicamentos: dos impactos no protocolo SUS ao posicionamento do Poder Judiciário. *In* Cadernos IberoAmericanos de Direito Sanitário, Brasília, v.2, n.2, jul./dez. 2013. p. 365.

⁵⁴⁶ Pode-se referir o enunciado nº 6: “A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei.” De fato, os enunciados trazem uma série de recomendações aos magistrados a fim de que não decidam de forma atécnica, já que não podem julgar, por si só, a qualidade e eficácia de remédio experimental. Pensando-se pelo outro lado, conceder o medicamento fornecido não poderia se revelar uma ofensa ao direito à saúde do jurisdicionado se o remédio, na realidade, for lhe trazer mais prejuízos do que benefícios, não antevistos pelo seu médico? Os enunciados estão disponíveis em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em 10.03.2015.

⁵⁴⁷ O termo é de David Faigman, em inglês ‘*scientifically illiterate judges*’. FAIGMAN, David L. Judges as “Amateur Scientists.” *Boston University Law Review*, Boston: Boston University School of Law, vol. 86, n. 5, pp. 1207-1225, Dez. 2005. p. 1207.

⁵⁴⁸ FAIGMAN, David L. Judges as “Amateur Scientists.” *Boston University Law Review*, Boston: Boston University School of Law, vol. 86, n. 5, pp. 1207-1225, Dez. 2005. p. 1209. O autor recorda o caso *Craig v. Boren*, que julgou uma lei curiosa de Oklahoma que permitia mulheres acima de 18 anos de idade comprarem e consumirem cerveja de teor alcoólico não superior a 3,2%, enquanto proibia os homens da mesma idade de fazerem o mesmo, sob o argumento estatístico do grande número de jovens do sexo masculino envolvidos em acidentes de trânsito com álcool. *Justice Brennan*, sobre o argumento do estado: “*There is no reason to belabor this line of analysis. It is unrealistic to expect either members of the judiciary or state officials to be well versed in the rigors of experimental or statistical technique. But this merely illustrates that proving broad sociological propositions by statistics is a dubious business, and one that inevitably is in tension with the normative philosophy that underlies the Equal Protection Clause.*” Idem, *ibid.* p. 1210.

judicial.⁵⁴⁹ Tendo como o primeiro passo as considerações realizadas sobre o método científico e a dificuldade de sua demarcação, a próxima etapa desse exame crítico passa pela distinção entre ciência ‘boa’ e ciência ‘ruim’.

3.5 CIÊNCIA ‘BOA’ VS. CIÊNCIA ‘RUIM’

O trabalho pericial deve se basear em métodos científicos reconhecidos, indicando sua utilização de forma expressa. Essa é a dicção trazida pelo artigo 473 do Novo Código de Processo Civil: “O laudo pericial deverá conter: [...] III – a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou.”⁵⁵⁰ Percebe-se de plano que a nova compreensão acerca da prova pericial envolve não apenas o magistrado, mas também impõe ao perito a necessidade agir com lealdade, em um conceito que abarca deveres mais amplos do que os tradicionais imparcialidade e celeridade na atuação.⁵⁵¹ Esse agir leal requer a utilização de métodos científicos válidos e amplamente aceitos pela comunidade científica. Em viés prático, eis aí o motivo do receio de fornecimento, pelo Estado, através da atuação do Poder Judiciário, de medicamentos experimentais. Eles ainda não se baseiam em estudo que lhes reconheça a eficácia e mensure a extensão de seus riscos.⁵⁵²

⁵⁴⁹ DALBIGNAT-DEHARO, Gaëlle. *Vérité Scientifique et Vérité Judiciaire em Droit Privé*. Paris: LGDJ, 2004. p. 45. A jurista francesa bem recorda que o julgador não precisa adquirir o conhecimento científico de todos os casos a ele apresentados, podeno se valer, além do perito oficial e certos recursos específicos do direito francês, ao instituto do *amicus curiae*. Idem, *ibid.* p. 88.

⁵⁵⁰ Exatamente na linha do que ensina DÖHRING, Erich. *La Prueba*. Buenos Aires: EJEJA, 1972. p. 252. Moacyr Amaral Santos não parece destacar essa importante característica, referindo apenas registrando que o perito formula juízos a partir de seu conhecimento de “caráter técnico ou científico”. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. Volume V. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1968. p. 55.

⁵⁵¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. Volume V. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1968. p. 110 e seguintes.

⁵⁵² Nessa linha: “SUS Fornecimento pelo estado de medicamento experimental em mandado de segurança - Maraviroc - Impossibilidade. - Principalmente na via do mandado de segurança, em que a prova é limitada, não se pode forçar o estado a praticar rotinas de atendimento que extrapolem o fornecimento usual de medicamentos em prejuízo de um universo de usuários de necessitados das políticas públicas de saúde. A concessão representaria ingerência de um poder sobre outro, em utilização de prerrogativa que requer razoabilidade. - Segundo o STF, 'em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente'.” BRASIL. TJMG; AGIN 0035480-22.2011.8.13.0000; Montes Claros; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Wander Paulo Marotta Moreira; Julg. 10/05/2011; DJEMG 20/05/2011. Mesmo assim, verifica-se vicejarem decisões, em particular em face de planos privados de saúde, obrigando ao fornecimento de medicamentos *off-label* ou de tratamentos experimentais.

A *junk science*⁵⁵³ é o termo que se procura para designar toda atividade científica inadequada, cujos resultados estão comprometidos por uma série de motivos. Essa desqualificação pode ser oriunda de um método questionável, da insuficiente coleta de dados ou até mesmo do comprometimento da pesquisa científica com outros objetivos que não o da obtenção de resultados verdadeiros.⁵⁵⁴ Por qualquer motivo seja, as conclusões apresentadas nesse tipo de atividade são imprestáveis para a comunidade científica, e igualmente devem sê-lo para o julgador. Não é incomum, em particular no direito estadunidense, que alguns peritos sejam vistos como ativos praticantes de *junk science* na medida em que alteram seus pontos de vista dependendo dos interesses do cliente.⁵⁵⁵ A diferenciação entre a ‘boa’ e a ‘má’ ciência também asseguram que o julgador não se deixe levar pela argumentação retórica de uma das partes, atacando uma suposta fragilidade da prova científico-pericial onde não existe qualquer defeito.

Esse questionamento é bastante comum nas provas periciais envolvendo exame de DNA. O método é de alta eficácia, amplamente reconhecido nos tribunais pátrios e que levou à edição da Súmula 301, que reconhece a recusa em prestar o exame como presunção *juris tantum* de paternidade.⁵⁵⁶ Na justiça espanhola, encontra-se o seguinte caso, cujo questionamento da parte prejudicada pelo resultado do Exame de DNA carece de qualquer embasamento científico:

O perito afirmou, e o que disse não foi desmentido por contraprova, que a partir de janeiro de 2008 quando o DNA está degradado o único Kit validado para ser utilizado na perícia é o de 8 marcadores, não podendo se empregar o que utiliza 15 marcadores, e que com esses 8 marcadores a probabilidade resultante é de 99,90%. Não está certo, como assinala a recorrente, que o perito reconheceu que seriam necessários 15 marcadores para as provas de paternidade, pois, inquirido pelo juiz, se fora assim, a prova realizada se revelaria inútil, o perito respondeu que normalmente a prova em pessoas vivas os marcadores são 15, mas quando os alelos estão degradados o único Kit aceito internacionalmente é o que foi utilizado e ao não encontrar nenhuma exclusão ele faz os cálculos e fornece uma porcentagem de

⁵⁵³ “Ciencia basura”, em espanhol, ou “science de pacotille”, em francês, ou, ainda, “scienza spazzatura” em italiano, admitindo-se que a expressão em inglês expressa bem o termo e soa mais adequada do que a tradução ‘ciência lixo’. LECLERC, Olivier. *Le Juge et L’Expert*. Paris: LGDJ, 2005. p. 372.

⁵⁵⁴ Isabelle Stengers recorda algumas atrocidades cometidas “em nome da ciência”, como os experimentos nazistas. Sobre o tema: STENGERS, Isabelle. *L’invention des sciences modernes*. Paris: Flammarion, 1995. p. 31.

⁵⁵⁵ DWYER, Déirdre. *The Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 228.

⁵⁵⁶ Como se vê do seguinte julgado: “Modernamente o exame de DNA espanca 99,99% das dúvidas da paternidade. Por isso, na medida em que se tem a recusa do investigado de se submeter a tal exame corre contra ele, réu, a presunção da paternidade.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.202.854. Decisão Monocrática. Rel. Min. Sidnei Beneti. Julgado em 29.04.2014. Publicado 09.05.2014.

99,90%.⁵⁵⁷

Percebe-se o emprego de retórica, num viés completamente argumentativo da prova, distorcendo seu método, para que o magistrado fosse levado a acreditar na ineficácia ou questionabilidade do exame de DNA. A ciência ‘ruim’ também pode ser caracterizada como uma ‘não-ciência’, já que ela não compartilha verdadeiramente das premissas elementares que tornam a ciência ‘boa’ comprometida com a busca de resultados verdadeiros⁵⁵⁸, compartilháveis e repetíveis. Há que se traçar uma linha que separe, para seguir na área da Medicina, os verdadeiros médicos dos que não passam de impostores. Esses charlatães atuam de forma irregular e não partem de qualquer evidência científica. Sua atuação, historicamente documentada, se dá sobre crenças e ações da natureza que irremediavelmente levariam ao mesmo resultado.⁵⁵⁹ A elucidação da existência de métodos afeitos à ciência médica permitiram, nessas situações, definir a verdadeira eficácia de medicamentos, distinguindo-os daqueles que não surtem qualquer efeito diferenciado, no que se convencionou denominar de “efeito placebo”⁵⁶⁰ e que integra a prática médica até hoje.

Há uma série de critérios para que se possa efetivamente traçar uma linha de separação entre essas ‘ciências’, muito embora não exista um algoritmo do método científico: não há um “procedimento formal ou formalizável ao alcance de todos os cientistas e apenas para os cientistas, o qual, fielmente seguido garante sucesso, ou mesmo progresso.”⁵⁶¹ Existe, sim, um esforço histórico no desenvolvimento de ferramentas confiáveis e necessariamente substituíveis quando superadas, que permitem novos avanços que sempre se baseiam em percepções anteriormente consolidadas. Tudo, nessa linha, evoca valores centrais ligados à epistemologia, mas um em particular, como destaca Susan Haack⁵⁶²: a honestidade.⁵⁶³ Só que

⁵⁵⁷ Conforme RÍOS, Eva Isabel Sanjurjo. *La prueba pericial civil. Procedimiento y valoración*. Madrid: REUS, 2013. p. 267/268.

⁵⁵⁸ No sentido de verdade científica, e não de “A Verdade”, como lembra HAACK, Susan. *Evidence Matters*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 84.

⁵⁵⁹ Como no caso da cicatrização, como aponta STENGERS, Isabelle. *L'invention des sciences modernes*. Paris: Flammarion, 1995. p. 31/32.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 32.

⁵⁶¹ HAACK, Susan. *Evidence Matters*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 85.

⁵⁶² *Ibid.*, p. 86.

⁵⁶³ A honestidade na atividade científica possui um marco distante, encontrado no discurso socrático. Trata-se da *parrhesia*, indispensável à dialética e à produção do conhecimento científico. O método dialético, por si só, já é bastante diferente da retórica. Mas ele só será efetivo se *ambas* ou *todas* as partes envolvidas no debate estiverem dispostas a abrir mão de seu ponto de vista inicial quando, devidamente contraditado, restar insustentável. Ele não funcionará, pura e simplesmente, se uma das partes recusar-se a participar *honestamente* da discussão, se valendo, de seu lado, de retórica, ou de *erística*. A finalidade do debate dialético está além dos debatedores. Portanto, o elemento caracterizador é de uma vontade de ambas as partes para com o *bem comum*. Ora, a própria definição de *parrhesia* é de verdadeira *liberdade de expressão*, não só de liberdade de pensamento, mas de falar o que deve ser dito tendo em vista o bem comum, mesmo correndo um sério risco pessoal. Essa definição é totalmente oposta à visão sofística, já que não se trata da busca de uma

mesmo acompanhado de todos os elementos relevantes, o método científico ainda pode produzir um resultado ou teoria que se prove posteriormente incorreto de maneira completamente inesperada e surpreendente. A pesquisa tinha, assim, fundamentos, mas não estava tão estabelecida quanto se esperava.⁵⁶⁴

Evidentemente, esses movimentos são naturais dentro de qualquer campo científico. Não é à toa que se reforça o valor da menção do método adotado pelo perito na produção da prova pericial.⁵⁶⁵ Sem uma metodologia consistente, o resultado da atividade pericial pode sofrer críticas e uma avaliação diferenciada pelo juiz no intuito de prevenir que o equívoco da ciência contamine o processo. Lembre-se, por exemplo, que há cerca de trinta anos os cientistas atribuíam a maior parte dos tumores à “contaminação ambiental”,⁵⁶⁶ sendo desmentida tal conclusão pelo progresso do estudo da referida área.

Nessa linha, as ciências, por qual divisão se adote, não compartilham de um único método. A Química e a Medicina compartilham o status de ciência sem que adotem o mesmo meio de obtenção de resultados, até pelo diferente objeto de estudo. Ainda fosse o caso de possuírem a mesma estruturação metodológica, a obtenção de resultados adequados em um ramo do conhecimento não garante a mesma eficiência ou sucesso em outro. Essa consideração é igualmente válida para as ramificações existentes dentro de cada uma das ciências. No campo da Psicologia, as mais diversas vertentes de abordagem de um problema trazido por um paciente evidenciam isto – cognitivismo, psicologia sistêmica, cognitivo-comportamental – cabendo ainda considerá-lo criança ou adulto, e isto apenas para se falar em

verdade *convencionada*, e sim, de uma verdade universal, apodíctica, incontestável. A correspondência do termo grego em uma única palavra na língua portuguesa, como tantos outros, acarreta perda parcial de significado, mas é relevante: *franqueza*. As respostas dadas pelo debatedor devem ser francas, sendo indispensável para o sucesso do método de auto-exame que ele venha a aderir a todas as respostas a que der, em qualquer dado momento, sejam elas espontâneas ou provocadas pela outra parte. Senão, o renascimento do pensamento, ou a purgação do pensamento errado não podem ocorrer, frustrando por completo todo o método socrático. Caso presente esse elemento, ocorrerá a seguinte consequência: “Instala-se no outro essa unidade, essa harmonia, essa concórdia entre o que ele é e o que ele pensa, entre o que ele pensa e o que ele diz (parresía), e entre o que ele diz e o que ele faz. Vê-se, assim, como essa interrogação é formadora de um sujeito moral: não se trata para Sócrates de partilhar essa ou aquela tese sobre a virtude, a felicidade, sobre o que cada um ou todo mundo deveria fazer, mas colocar aquele a quem ele se dirige em posição de ser o sujeito absoluto de seus discursos, de seus pensamentos e, conseqüentemente, de seus atos. A identidade do sujeito moral (socrático) implica a transparência entre o ser e o fazer.” SPERBER, Monique Canto (org.). *Dicionário de Ética e Filosofia Moral*. V. 2. Tradução de Ana Maria Ribeiro-Althof et al. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 618.

⁵⁶⁴ HAACK, Susan. *Evidence Matters*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 87.

⁵⁶⁵ Como descreve Jane Lewis em relação à atuação do perito que analisa documentos. LEWIS, Jane A. *Forensic Document Examination*. San Diego: Academic Press/Elsevier, 2014. p. 57.

⁵⁶⁶ Posteriormente, novos estudos comprovaram que apenas 1 a 3% dos tumores estão relacionados a algum tipo de ‘envenenamento ambiental.’ Federico Stella traz outros exemplos: associava-se o consumo de café com um aumento de 2,5 vezes de chance de desenvolver tumor pancreático; proximidade a campos eletromagnéticos estariam associados a um risco aumentado de leucemia, dentre outras ligações apuradas equivocadamente pela ciência, que resultaram desmentidas. STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 431.

psicologia clínica. Logo, não se pode dizer falsa por inteiro uma ciência (desde que se apresente como tal), mas sim achados e métodos pontuais que existem dentro de cada um dos ramos científicos. O cerne do problema reside na limitação em que o Direito naturalmente possui em julgar as ciências alheias.⁵⁶⁷

Isso não impede, contudo, que se o faça rotineiramente, mais frequentemente acolhendo as conclusões do laudo pericial do que os rejeitando, vale dizer, acatando a ‘ciência do perito’ como uma ‘boa’ ciência. De outro lado, isso não remove a possibilidade de que algumas ciências sejam declaradas como ‘falsas’ ou ‘más’ pelo direito (*junk science*). É justo que o Direito não confira valor a ciências praticadas por notórios charlatães, sem qualquer credibilidade.⁵⁶⁸ Por essa razão mesma é que todo operador do Direito – do teórico ao prático, do advogado ao magistrado – deve também exercer juízo crítico sobre os achados científicos. O que bem ilustra essa conclusão é o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio na ADPF nº 54, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 12.04.2012. Naquela ocasião, referiu que

A falácia naturalista aparece nas discussões sobre a ocorrência ou não de aborto no caso de anencefalia com a seguinte estrutura: se a medicina considera determinadas características necessárias e suficientes para a vida e o feto anencéfalo apresenta tais características, ele há de ser protegido. Se a Medicina considera determinadas características como necessárias e suficientes para a vida e o feto anencéfalo não as apresenta, não há de ser protegido. Ocorre que a proteção ou não do feto anencéfalo, da ótica constitucional não há de decorrer puramente de critérios esposados pela Medicina em um dado momento, mas sim dos critérios jurídicos que envolvem o conceito de vida. Com isso quer-se dizer que, da circunstância de a Medicina descrever determinado fenômeno como fato não decorre o dever jurídico de protegê-lo ou ignorá-lo. Em suma, a ciência não pode determinar um dever de proteção a partir de um fato que considera verdadeiro ou falso.⁵⁶⁹

Com efeito, cabe ao Direito a palavra final, desde que devidamente informada, sobre a estrutura do ordenamento jurídico, concatenando direitos e deveres dos indivíduos. A Medicina, nessa medida, não define o que é o crime contra a vida, mas ajuda na construção do conceito jurídico de ‘vida’ assim como de terminalidade. Devesse a questão do aborto dos

⁵⁶⁷ EDELMAN, Bernard. Le droit, lês ‘vraies’ sciences et les ‘fausses’ sciences. *In* Droit et Science. *Archives du philosophie du Droit*, Paris: SIREY, 1991, T. 36. p. 55.

⁵⁶⁸ EDELMAN, Bernard. Le droit, lês ‘vraies’ sciences et les ‘fausses’ sciences. *In* Droit et Science. *Archives du philosophie du Droit*, Paris: SIREY, 1991, T. 36. p. 65. Essas ‘ciências de aparência’ criam um grande dano social na medida em que perturbam a tranquilidade trazida pela ‘ciência verdadeira’. Entre elas, refere o autor, reside a mesma distância que existe entre a ciência política e a anarquia. Id., *ibid.*, p. 70.

⁵⁶⁹ BRASIL. STF. ADPF nº 54. Voto Min. Marco Aurélio, p. 95 do acórdão. Julgado em 12.04.2012. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-interrupcao-gravidez-anencefalo.pdf>>. Acesso em 23.11.2014.

anencéfalos ser pautada exclusivamente pela ciência médica⁵⁷⁰, bastaria uma junta de profissionais especializados do Conselho Federal de Medicina decidir sobre o tema em pauta. Indispensável se revela, para a resolução do conflito, a aplicação do conhecimento técnico intermediada pela técnica jurídica. Isso vale para toda situação em que, muito embora a ciência jurídica não ofereça explicação suficiente e, justamente por conta do critério de honestidade mencionado retro, ela se ampare em outros ramos do conhecimento para que possa construir melhores decisões judiciais, melhores leis.

No mesmo julgamento, o Ministro Cezar Peluso proferiu explicação, destacando que se encontravam em um “Estado laico”, mas que deviam “todos levar em consideração as consequências práticas de nossas decisões.”⁵⁷¹ O alarmante, nessa situação, é que, muito embora a data do julgamento seja de 12.04.2012, apenas um mês após a decisão do Supremo Tribunal Federal é que o Conselho Federal de Medicina definiu as diretrizes para o diagnóstico de anencefalia. Uma conclusão possível é de que, muito embora se concorde que, como bem dispôs o Ministro Marco Aurélio, a palavra final sobre o conceito jurídico de vida pertença ao Direito, ao menos o diagnóstico de anencefalia deveria pertencer à Medicina. Se esse diagnóstico não era claro ou ao menos não existia enquanto diretriz estabelecida na comunidade médica, então a decisão do STF pode ser caracterizada como inadequada, autorizando uma prática não regulamentada na própria atividade médica.⁵⁷² Em outras palavras, o que era claro para a Corte Suprema não era evidente para o dia-a-dia médico hospitalar, carecendo de orientação própria da autoridade competente para tanto.

Apesar de todas essas considerações, os tribunais se fiam em técnicas que não são tão seguras quando inicialmente se pensava. Algumas *pseudociências* são largamente utilizadas, “como a grafologia, a análise de impressões digitais e o uso de máquinas da verdade. Até mesmo provas científicas outrora absolutamente confiáveis, como os marcadores genéticos ou de DNA, estão sob escrutínio e sua validade pode ser impugnada.”⁵⁷³ Algumas dessas impugnações, contudo, não têm vínculo com a honestidade anteriormente mencionada. O exemplo do direito estadunidense uma vez mais se destaca, pela apresentação de suas

⁵⁷⁰ Ao menos na visão do Min. Marco Aurélio, pautá-la exclusivamente pelo Direito também seria inadequado, apenas não soando correta sua explanação, a partir de algumas considerações envolvendo direito sucessório e direito contratual, de que se conclui “que, para o Direito, o que importa não é o simples funcionamento orgânico, mas a possibilidade de atividades psíquicas que viabilizem que o indivíduo possa minimamente ser parte do convívio social.” Ibid., p.108 do acórdão.

⁵⁷¹ BRASIL. STF. ADPF nº 54. Voto Min. Marco Aurélio, p. 95 do acórdão. Julgado em 12.04.2012. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-interruptcao-gravidez-anencefalo.pdf>>. Acesso em 23.11.2014. p. 88.

⁵⁷² A norma regulamentadora em questão é a Resolução 1989/2012 do CFM. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf>. Acesso em 23.11.2014.

⁵⁷³ TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 98.

situações bem representativas do problema. De um lado, a credibilidade dos peritos é questionada, pois, naquele sistema judicial, a credibilidade de cada perito deve ser provada a cada demanda, levando as partes a atacarem o *expert* do oponente. De outro, determinadas especialidades são alvo de crítica como se fossem *junk science* com intuito de desqualificá-las para que não sirvam de embasamento para *class actions*, em particular nas demandas envolvendo a indústria farmacêutica.⁵⁷⁴

As indagações ora propostas, assim como as colocações sobre o próprio método científico, causam desconforto. Não há como definir aprioristicamente para todos os casos o que vem a ser uma ciência ‘boa’ ou segura sem que haja nenhum risco de que ela se apresente posteriormente comprometida. A percepção do problema é tão relevante quanto a busca de uma eventual solução ou recomendação, já que o tema recomenda cautela. Partindo da premissa de que o encontro, nos tribunais, entre Direito e Ciência é inescapável, deve-se buscar alcançar ao magistrado uma instrumentação técnico-jurídica ainda mais qualificada a fim de evitar que o resultado de um processo seja contaminado pelo que se coloca como *junk science*.

Percebe-se que casos *Frye*, *Daubert* e *Kumho*, recorrentemente mencionados na doutrina estrangeira⁵⁷⁵, são paradigmáticos para a compreensão e avanço do que foi até aqui colocado e proposto, e serão examinados em profundidade no item 4.2. Não por acaso, essa tríade cria uma base que reúne os pensamentos de Carnarp, Popper e Kuhn, alcançando ao magistrado boa parte do instrumental necessário para jungir processo e prova científica.⁵⁷⁶ Após o exame de cada um desses casos, serão propostos alguns parâmetros para a verificação das *junk sciences* e para que se evite que contaminem a decisão judicial. Basicamente, esses critérios reforçam a atuação do magistrado enquanto *peritus peritorum*, pois se deve buscar a redução do distanciamento progressivo entre Ciência e Direito, ou, melhor dizendo, evitar o alheamento da prática dos tribunais do progresso científico irrefreável. Não instrumentar o julgador para resolver esse tipo de questão é transformá-lo em mero *custos peritorum*, ou seja, um simples burocrata que media a atuação do perito. Para tanto, deve-se resgatar a parêmia em seu aspecto fundamental, reformulando-a para uma nova era do conhecimento científico.

⁵⁷⁴ DWYER, Déirdre. *The Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 229.

⁵⁷⁵ Vide DWYER, Déirdre. *The Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 341 e seguintes; HAACK, Susan. *Evidence Matters*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 91, 105; TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 99; LECLERC, Olivier. *Le Juge et L'Expert*. Paris: LGDJ, 2005. p. 371 e seguintes; DOMINIONI, Oreste. *La Prova Penale Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 115 e seguintes.

⁵⁷⁶ STELLA, Federico. *Il Giudice Corpuscolariano*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 100/101.

3.6 DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E PROVA TÉCNICA

A partir da ampla noção do direito fundamental ao processo justo e de suas diversas implicações⁵⁷⁷, nota-se que o tema probatório conecta-se não apenas com um direito fundamental que lhe é próprio, mas também deve ser ponderado em relação a outros direitos fundamentais processuais. Na prova pericial, o contraditório, a paridade de armas e a duração razoável do processo ganham destaque pelo possível prejuízo que pode advir às partes em função da realização de prova pericial. Na prática, esses e possivelmente outros direitos fundamentais também são critérios a serem levados em consideração quando da produção da prova científica em juízo.

3.6.1 Contraditório e prova técnica

O processo que se desenvolve sem contraditório não é processo.⁵⁷⁸ Ele se traduz em uma exigência superior de “lealdade que se impõe dentro do domínio judicial”⁵⁷⁹. Somado à percepção atual deste direito fundamental, que se apresenta não apenas como direito de ciência bilateral dos atos processuais⁵⁸⁰, mas também no direito de influência⁵⁸¹ na decisão judicial, impõe questionar sua observância durante e após a realização da prova pericial. Na realidade, os mencionados direitos não se restringem à relação que se estabelece entre partes e juiz, mas também devem ser observados pelo perito.

A decorrência natural é que se apresenta como obrigação do perito informar às partes

⁵⁷⁷ Para uma extensa lista de consequências vistas como “direitos substanciais” dos jurisdicionados: GUINCHARD, Serge et alii. *Droit Processuel – Droits fondamentaux du procès*. 7ª ed. Paris: DALLOZ, 2013. p. 1175 e seguintes.

⁵⁷⁸ “Não há processo sem contraditório.” SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 647. O “princípio pertence à essência do processo e, no que se refere à prática das provas no processo civil, se manifesta que todas as provas se produzem em contraditório (...) com a plena intervenção das partes (...)” AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2011. p. 209.

⁵⁷⁹ DALBIGNAT-DEHARO, Gaëlle. *Vérité Scientifique et Vérité Judiciaire em Droit Privé*. Paris: LGDJ, 2004. p. 218. A respeito do tema da lealdade no processo, o expressivo trabalho de BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyauté en droit processuel*. Paris: Dalloz, 2003. p. 182 e seguintes, para o tópico da lealdade em matéria probatória civil.

⁵⁸⁰ Isto remete a uma construção dialética do processo, cf. PÉREZ, David Vallespín. *El modelo constitucional de juicio justo em el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2002. p. 72.

⁵⁸¹ TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 401.

e seus respectivos assistentes técnicos todas as etapas da sua atividade,⁵⁸² em tempo hábil,⁵⁸³ bem como submeter à parte contrária o documento apresentado pela outra parte.⁵⁸⁴ Caso seu conhecimento não abranja a totalidade da matéria a ser tratada na perícia, deverá também noticiar às partes sua limitação antecipadamente. Deverá, ainda, basear sua atuação nos questionamentos levantados por ambas as partes, respondendo-as em seu laudo ou qualquer outro tipo de manifestação, ainda que exclusivamente verbal.⁵⁸⁵ Tudo isso ganha especial relevância no ordenamento brasileiro, em que a perícia é realizada por *expert* da confiança do juízo, apenas se fazendo acompanhar dos possíveis assistentes indicados pelas partes. Esse um dos elementos básicos do contraditório relacionados à atividade probatória, permitindo que as partes possam também introduzir outras provas no processo que confirmem uma ou outra versão dos fatos,⁵⁸⁶ ou, no ponto, que desconstruam as conclusões do perito.

Que o desenvolvimento da atividade pericial bem como a juntada de documentos deva ser amplamente noticiada às partes não paira maior controvérsia, no entanto, o *punctum saliens* do contraditório na prova técnica advém da própria complexidade deste meio probatório. Como a necessidade de sua produção se apresenta diante dos fatos refugirem à cultura média do julgador, revela-se possível que o resultado da atuação seja igualmente complexo, alijando as partes do seu direito ao contraditório enquanto direito de influência.

Por esta razão que a lei lhes faculta a nomeação de assistentes técnicos, compensando a possível defasagem do conhecimento especializado,⁵⁸⁷ e também por isso que a não participação de tais indivíduos, quando devidamente indicados pelas partes, acarreta prejuízo e conseqüente nulidade de atos que se seguirem à ausência de sua comunicação dos atos periciais.⁵⁸⁸ O assistente técnico desempenha papel relevante no desenrolar da prova

⁵⁸² Assim como o Novo Código de Processo Civil possui tal disposição, o *Code de Procédure Civile* francês, em seu artigo 160, também prevê a necessidade de que ele comunique às partes as *mesures d'instruction*.

⁵⁸³ COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado, TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile – I. Il processo ordinario di cognizione*. 5ª ed. Bologna: Il Mulino, 2011. p. 533.

⁵⁸⁴ DALBIGNAT-DEHARO, Gaëlle. *Vérité Scientifique et Vérité Judiciaire em Droit Privé*. Paris: LGDJ, 2004. p. 267.

⁵⁸⁵ GUINCHARD, Serge. *Droit et Pratique de la Procédure Civile*. 6ª ed. Paris: Dalloz, 2009. p. 835.

⁵⁸⁶ TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 402. Prossegue: “*Un ulteriore aspetto sotto il quale questa garanzia opera come importante momento di controllo riguarda la formazione delle prove. È intuitivo, infatti, che è possibile evitare indebite interferenze, ed in particolare quelle che deriverebbero dall'arbitraria influenza del giudice, quando le parti sono in grado di partecipare pianamente, svolgendo un ruolo attivo, al procedimento di formazione della prova.*” Idem, *ibid.* p. 403.

⁵⁸⁷ DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 156.

⁵⁸⁸ “APELAÇÕES CÍVEIS. Ação de prestação de contas. Segunda fase. Decisão que rejeitou as contas do requerido, condenando-o a restituir diferença de valores. Agravo retido (pleito anotado nas razões de apelação do banco). Laudo pericial. Falta de intimação da realização da prova técnica. Mitigação da possibilidade de participação dos assistentes técnicos. Nulidade. Acatamento. Ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Prejuízo configurado. Méritos dos recursos principais. Análises prejudicadas. Sentença cassada. Recurso de apelação do requerido conhecido, agravo retido conhecido e provido. Recurso de apelação da autora prejudicado.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

pericial, ainda que o produto da sua atuação, quando conflitante com o laudo do perito de confiança do juízo, seja frequente ignorado. A parte que não pode dispor desta assessoria poderá ser prejudicada, pois não terá condição de aferir a qualidade da atividade do perito oficial. Para que se possa assegurar o direito ao contraditório, devem ser buscados meios de propiciar à parte em desvantagem técnica uma equiparação. Fala-se, aqui, da paridade de armas, condição igualmente indispensável para a configuração do processo justo.

3.6.2 Paridade de armas e prova técnica

As partes raramente estão em pé de igualdade no processo.⁵⁸⁹ Isso se deve também a questões de ordem financeira, mas não exclusivamente. É possível que uma distinção de ordem técnica também coloque uma das partes processuais em posição de vantagem em relação ao seu adversário, como nas demandas que envolvem erro médico, possuindo, de um lado, o paciente supostamente prejudicado e, de outro, o profissional da saúde causador do dano, o plano de saúde que credenciou o médico ou o hospital ou clínica onde foi realizado o procedimento. Qualquer um desses em réu em potencial tem, no mais das vezes, melhor capacidade de se colocar diante de questões técnicas da Medicina. A desigualdade revela-se corriqueira. Nessa linha, o direito fundamental à paridade de armas por vezes é substituído, relacionado ou fundamentado no direito à igualdade, que estabelece que as partes devem “possuir os mesmos poderes, direitos, ônus e deveres”, impondo aos tribunais que assegurem, no curso do processo, “um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso dos meios de defesa e na aplicação de cominações ou sanções processuais.”⁵⁹⁰

A questão prática que se coloca é que o resultado da atividade pericial pode estar fora, ao menos para uma das partes, do efetivo contraditório. Nesse ponto, aproximam-se os direitos fundamentais, mas não se confundem: a paridade de armas é condição para o

ApCiv 1072268-2; Clevelândia; Décima Quarta Câmara Cível; Rel. Juiz Conv. Gil Francisco de Paula Xavier F Guerra; DJPR 01/10/2013; Pág. 132.

⁵⁸⁹ O que é indesejável, pois “a estrutura do processo civil, a disciplina de seus atos e a distribuição de poderes e deveres processuais das partes devem se organizar de tal forma que se possa assegurar seu ‘perfeito equilíbrio’”. PÉREZ, David Vallespín. *El modelo constitucional de juicio justo em el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2002. p. 73.

⁵⁹⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. Lisboa: LEX, 1997. p. 42.

exercício do contraditório.⁵⁹¹ É ela que exige que o perito seja imparcial, não ligado à nenhuma das partes. Suas relações pregressas, laborais, jurídicas ou de simples proximidade com qualquer das partes devem interessar ao juízo, a fim de que não haja um desequilíbrio no processo.⁵⁹² A escolha do perito é momento de particular importância para o desenvolvimento da atividade pericial, sendo relevante que as partes tenham liberdade para impugná-lo. Representa formalismo pernicioso que se atenha o julgador exclusivamente à preclusão temporal prevista em lei para que se argumente a suspeição do perito. É possível que após o prazo legalmente previsto a parte tenha informações sólidas que acarretem a suspeição do perito: é preferível que o julgador atente para a causa da suspeição, ainda que intempestiva, pois ela pode comprometer a prova fundamental do processo.⁵⁹³

⁵⁹¹ CADIET, Loïc, NORMAND, Jacques, AMRANI-MELLI, Soraya. *Théorie générale du procès*. 2ª ed. Paris: PUF, 2013. p. 637. Os autores estabelecem uma série de direitos enquanto “direitos da defesa”, reforçando a importância do contraditório, da paridade de armas, da imparcialidade e da lealdade.

⁵⁹² Como verificado no caso *Bönisch v. Áustria*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). O Sr. Bönisch sofreu punições, na Áustria, por ter vendido carne que não estava dentro dos padrões sanitários exigidos, em autuação realizada pelo diretor do Instituto Agrícola austríaco. A punição se repetiu e foi questionada judicialmente. O perito nomeado para o caso foi o então ex-diretor do Instituto Agrícola, o que presumidamente veio em desvantagem do autor da ação. O assunto foi levado à CEDH e entendido como violação do direito à paridade de armas, em particular porque o perito apresentado pelo Sr. Bönisch não tinha o mesmo domínio sobre os fatos que o *expert* responsável pela própria autuação. Muito embora o caso tenha contornos muito próximos do direito penal, não resta dúvida que tal situação se relaciona com o processo civil e com as exigências normais de um perito imparcial. Tudo cf. : JARROSSON, Charles. *L’Expertise Équitable. In Justices et droit du procès – mélanges em l’honneur de Sergue Guinchard*. Paris: Dalloz, 2010. p. 736.

⁵⁹³ O entendimento de alguns precedentes é que o art. 305 do CPC/73, representado em parte pelo art. 146 do NCPC, permite que a alegação seja efetuada após o prazo legal típico da suspeição do perito, contando-se o prazo do conhecimento do fato. Nesse sentido, reconhecendo a possibilidade de alegação posterior, ainda que no caso não tenha se verificado a suspeição: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DO PERITO. PRELIMINAR. JULGAMENTO PROFERIDO NA FORMA MONOCRÁTICA. VALIDADE. MÉRITO. CIÊNCIA DOS FATOS QUE ENSEJARAM A SUSPEIÇÃO EM MOMENTO POSTERIOR AO DA NOMEAÇÃO DO PROFISSIONAL. APLICAÇÃO DA REGRA DO ARTIGO 305 DO CPC. ARGUIÇÃO PROTOCOLADA 1 (UM) ANO ALÉM DO PRAZO ESTABELECIDO PELO DISPOSITIVO MENCIONADO. PRECLUSÃO. PARCIALIDADE DO PERITO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO CABAL. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE FATOS NOVOS. PREQUESTIONAMENTO. DESCABIMENTO. 1. É legítima a decisão monocrática que, com base no caput do artigo 557 do CPC, nega seguimento ao recurso, quando em confronto com a jurisprudência dominante do tribunal local e do STJ. 2. Conforme inteligência do artigo 305 do CPC, é possível o manejo da exceção de suspeição do perito, após o decurso do prazo de 15 (quinze) dias de sua nomeação, pelo juiz, desde que o excipiente comprove ter tido conhecimento posterior dos fatos que ensejaram a suspeição do expert, e que a ajuíze nos quinze dias seguintes à comprovada ciência, hipótese não ocorrida no presente caso, pelo que há considerar-se a oportunidade preclusa. 3. A parcialidade do perito precisa ser provada, no sentido de que os fatos imputados ao excepto, capazes de torná-lo suspeito, deverão ser convincentes e fortalecidos por elementos probatórios, não subsistindo meras suposições. 4. Sob esse prisma, o conjunto probatório carreado aos autos é insuficiente para comprovar a suspeição de parcialidade do auxiliar do juízo, pois o simples fato de o perito nomeado já ter atuado em outras ações, nas quais demandavam as ora agravantes, não comprova, por si só, a suspeição ventilada. 5. Não demonstrado qualquer fato concreto a indicar a ocorrência das hipóteses previstas nos incisos do artigo 135 do código de processo civil, imperioso rejeitar-se as alegações de suspeição do profissional nomeado. 6. Se a parte agravante não demonstra nenhum fato novo, ou argumentação suficiente para acarretar a modificação da linha de raciocínio adotada na decisão monocrática vergastada, impõe-se o desprovimento do presente agravo interno, porquanto interposto à míngua de elemento capaz de desconstituir

A atuação do magistrado deve se pautar pela observância do direito à paridade de armas, o que também lhe impõe o desempenho de um papel ativo, dentro de certos limites.⁵⁹⁴ O juiz deve ser imparcial, mas não um burocrata estatal ‘asséptico’,⁵⁹⁵ pois o desejo por sua neutralidade é verdadeiro mito.⁵⁹⁶ Portanto, é natural que exija que o perito adeque sua linguagem e suas conclusões para que sejam compreendidas por ambas as partes,⁵⁹⁷ já que o emprego de termos excessivamente técnicos podem dificultar o contraditório, diante da desigualdade das partes. Levando em conta os deveres elementar do juiz de diálogo, prevenção, esclarecimento e, neste caso, particularmente o de auxílio⁵⁹⁸, demonstra-se adequado exigir do julgador que formule quesitos complementares quando verificar que o resultado da atividade pode prejudicar uma das partes por sua obscuridade, ou intime as partes para que se manifestem sobre o desejo de formularem tais quesitos a respeito de ponto específico. Contanto que não o faça com base em conhecimentos privados,⁵⁹⁹ não estará atuando de forma arbitrária, já que essa conduta deriva de seus mencionados deveres, por vezes previstos na própria lei.⁶⁰⁰

o citado decisum. 7. Inviável a pretensão das recorrentes de prequestionamento dos dispositivos elencados, porquanto o poder judiciário não tem atribuição de órgão consultivo. Agravo regimental conhecido e desprovido.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. AI 0021975-33.2015.8.09.0000; Luziânia; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Delintro Belo de Almeida Filho; DJGO 24/07/2015; Pág. 245.

⁵⁹⁴ A tal respeito, vide BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 138 e seguintes.

⁵⁹⁵ SALAVERRÍA, Juan Igartua. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 102/103.

⁵⁹⁶ Veja-se a crítica de Barbosa Moreira, recordando a obra de Riedel, *Das postulat der unparteilichkeit des richters*, de 1980, na qual há crítica à indevida equiparação entre neutralidade e imparcialidade: “Esta última palavra [neutralidade], sustenta o autor, na medida em que sugere, para o juiz, uma abstenção de intervir (“Nicht-Intervention”), um distanciamento em relação ao litígio (“Vom-Konflikt-Fernbleiben”), expressa justamente o contrário do que afinal se espera dele.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 30.

⁵⁹⁷ Como preconiza o art. 473, §1º do NCPC.

⁵⁹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2009. p. 135.

⁵⁹⁹ RADOS, Bruno, GIANNINI, Paolo. *La consulenza tecnica nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 2013. p. 35.

⁶⁰⁰ O art. 6º do NCPC menciona de forma expressa a necessidade de que todos os sujeitos do processo cooperem entre si, aí sem dúvida incluídos, além das partes, o juiz e o próprio perito. Examinando o direito comparado, encontram-se alguns deveres na *Zivilprozessordnung* alemã, em seu artigo 139, que regula a *Materielle Prozessleitung*, com destaque para as alíneas 1 e 3: “(1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. (...) (3) Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen.” Em tradução livre: “(1) O Tribunal de primeira instância, na medida do necessário, deve discutir com as partes as circunstâncias e os fatos bem como a relação das partes com a contenda, tanto em termos de aspectos fáticos do problema e suas ramificações legais, e deve realizar perguntas. A Corte deve trabalhar para assegurar que as partes efetuem suas declarações no tempo devido e de forma completa, a respeito de todos os fatos relevantes, e deve assegurar em particular que acresçam informações a respeito de fatos sobre os quais tenham se manifestado de forma incompleta, que requeiram provas, e que possam apresentar pedidos relevantes. (...) (3) A Corte deve chamar a atenção das partes a respeito de seus interesses a respeito de quaisquer pontos que possa levar em consideração *ex officio*.”

Não à toa, os mencionados quesitos complementares, a partir da disposição do artigo 469, do NCPC, poderão ser respondidos em audiência pelo perito, possibilitando-se a oralidade no esclarecimento da prova técnica. Essa previsão favorece que as respostas sejam ofertadas e, se necessário, retrabalhadas em audiência, superando o problema advindo de nova resposta que não fosse, uma vez mais, suficientemente esclarecedora.⁶⁰¹ Na audiência, o magistrado encontra maior possibilidade de cumprir seus deveres, pois no mesmo momento em que a resposta é apresentada a parte encontra condições de se dizer esclarecida a respeito da obscuridade anterior.

3.6.3 Duração razoável do processo

A tão almejada duração razoável do processo, por vezes confundida apenas com a celeridade processual⁶⁰², transparece como uma das grandes ‘obsessões’ de legislações modernas.⁶⁰³ Não apenas a Constituição Federal brasileira a prevê expressamente, como também se encontra na Convenção Europeia de Direitos do Homem⁶⁰⁴, na Constituição da Itália⁶⁰⁵, na Constituição espanhola⁶⁰⁶ e em diversos outros ordenamentos.

⁶⁰¹ Disposição compartilhada pela lei francesa, cf. GUINCHARD, Serge. *Droit et Pratique de la Procédure Civile*. 6ª ed. Paris: Dalloz, 2009. p. 839. A respeito do tema na lei e prática italianas: RIVELLO, Pier Paolo. *La Prova Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2014. p. 225.

⁶⁰² Rodolfo de Camargo Mancuso efetua crítica pontual no tema dos recursos e a cruzada contra sua ‘finalidade procrastinatória’, concluindo que, de fato, existe um problema grave no tema de excesso de recursos e prolongamento indevido do processo. Afirma: “Se, com vistas a amenizar a crise numérica de processos, se intenta obstaculizar a interposição de recursos, não se pode perder a medida das coisas (*modus in rebus*): o pretendido efeito dissuasório deve ter foco na conduta irregular ou abusiva do direito de recorrer, apurável por critérios objetivos; não, porém, no fato mesmo da deflagração da nova instância recursal, ainda que o meio empregado porventura não tenha sido idôneo (...) ou seja infundado (...), até porque, em ambos os casos o próprio sistema já prevê o pronto descarte de tais recursos.” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo: RT, 2011. p. 302.

⁶⁰³ GUINCHARD, Serge et alii. *Droit Processuel – Droits fondamentaux du procès*. 7ª ed. Paris: DALLOZ, 2013. p. 1034.

⁶⁰⁴ Com uma preocupação bastante adequada sobre a ideia de prazo razoável, ao mencionar, no art. 6, alínea 3, que o acusado tem o direito de dispor “do tempo e dos meios necessários para a preparação de sua defesa.”

⁶⁰⁵ O legislador italiano não se limitou à previsão constitucional, efetuando, através da *Legge Pinto*, alteração no *Codice de Procedura Civile*, em seu artigo 375, para passar a prever formas de indenizar a violação do direito. A respeito da responsabilidade do Estado pela demora processual, vide FÉLIX, Marco Jobim. *O Direito à Duração Razoável do Processo*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 177 e seguintes.

⁶⁰⁶ O artigo 24 refere o direito que todos possuem a um processo “*público sin dilaciones indebidas*”. Como bem salienta Guilherme Botelho, “a busca por um processo em tempo razoável conduz ao combate às dilações indevidas do processo.” BOTELHO, Guilherme. *Direito ao Processo Qualificado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 144. Sobre a titularidade deste direito e outras peculiaridades do direito espanhol, vide PÉREZ, David Vallespín. *El modelo constitucional de juicio justo em el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2002. p. 76 e seguintes.

A duração razoável do processo se obtém através de um justo meio de atendimento aos interesses de autor, réu e da sociedade. Como bem salienta José Carlos Barbosa Moreira, “se uma justiça lenta demais é de certo uma injustiça, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa.” De fato, nem sempre o autor possui interesse em procedimento célere que lhe traga prejuízo, muito embora essa posição seja comumente atribuída ao réu, até mesmo possibilitando a antecipação dos efeitos finais pretendidos diante do abuso de direito de defesa, que inverte a lógica da demora processual. Arremata Barbosa Moreira: “O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torna-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem; não, contudo, a qualquer preço.”⁶⁰⁷

O desenrolar da atividade pericial em um processo pode retardá-lo significativamente, não por conta da “conduta tergiversadora das partes”,⁶⁰⁸ mas pela própria dificuldade trazida por este peculiar meio probatório. As diferentes práticas presentes no Judiciário demonstram, dentro do espaço de liberdade que lhe confere a lei, o desejo de qualificá-lo. O agir propriamente dito do perito também pode se revelar necessariamente extenso, enquanto deva periciar locais, pessoas, documentos, para que possa se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, pois necessita responder de maneira adequada e fundamentada os quesitos formulados.⁶⁰⁹

Pode-se afirmar que a perícia também necessita de um *prazo razoável* para seu desenvolvimento. Forçar o perito a apresentar resposta em tempo exíguo pode lhe prejudicar o trabalho, outorgar-lhe tempo indefinido para que finalize sua atividade, poderá lesar as partes e, possivelmente, a sociedade. Por isso mesmo, o juiz, ao fixar o prazo ao perito para entrega dos trabalhos, consoante a disposição do art. 465, NCPC, deverá atentar para essas peculiaridades.⁶¹⁰ Cabe, todavia, ponderar que o próprio perito deve se perceber submetido à observar a duração razoável do processo, ainda que isso possa ser difícil de ser compreendido.⁶¹¹ De outro, na perspectiva do interesse de ambas as partes, elas também

⁶⁰⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Temas de Direito Processual – 8ª Série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 5.

⁶⁰⁸ BOTELHO, Guilherme. *Direito ao Processo Qualificado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 144.

⁶⁰⁹ Destaca-se a importância de que o perito, sempre que possível, tenha contado direto com aquilo que constitui o objeto da perícia. RÍOS, Eva Isabel Sanjurjo. *La prueba pericial civil – Procedimiento y valoración*. Madrid: Reus, 2013. p. 270.

⁶¹⁰ Também no direito francês se apresenta a solução de que os atrasos injustificados na atividade pericial podem resultar em punição ao perito. Cf. AMRANI-MEKKI, Soraya. *Le temps et le procès civil*. Paris: Dalloz, 2002. pp. 224 e 229. A autora ressalva que o magistrado não possui o tempo nem a técnica necessárias para fixar os prazos de forma adequada e garantir sua observância. Idem, *ibid.* p. 225.

⁶¹¹ A respeito da demora na atividade pericial: JARROSSON, Charles. L’Expertise Équitable. In *Justices et droit du procès – mélanges em l’honneur de Serge Guinchard*. Paris: Dalloz, 2010. p. 733.

deverão ter tempo suficiente para que possam estar habilitadas a praticar contraditório efetivo e não meramente superficial. Deve ser-lhes assegurado o tempo necessário para que possam examinar o conteúdo do laudo e sobre ele operarem efetiva manifestação. Esse tempo útil mínimo compõe o núcleo duro do princípio do contraditório.⁶¹²

O tema se apresenta mais delicado quando se apresenta a possibilidade ou necessidade de realização de segunda perícia. Do ponto de vista exclusivamente da celeridade processual, que jamais pode ser o único objetivo do processo⁶¹³, a repetição de uma prova é indesejada, já que atua diretamente sobre o fator tempo.⁶¹⁴ Há de se examinar o motivo da realização desta segunda perícia, relacionando tal necessidade ao objeto do litígio.⁶¹⁵ Não sendo a primeira perícia suficientemente esclarecedora⁶¹⁶, e não havendo outros elementos no processo capazes de supri-la (como, por exemplo, o laudo apresentado pela participação de assistente técnico), deve-se resgatar o motivo inicial da produção da prova pericial: a existência de fatos cuja complexidade escapa ao conhecimento médio do magistrado. Do início ao fim da atuação pericial, não se pode imaginar logre êxito o magistrado em suprir a lacuna outrora possuída, pois aí se estaria diante dos indesejados ‘conhecimentos privados do

⁶¹² CADIET, Loïc, NORMAND, Jacques, MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. 2ª ed. Paris: PUF, 2013. p. 653.

⁶¹³ Cf. BENZIMRA-Hazan. Verbete Droits de la Défense. In CHAGNOLLAUD, Dominique, DRAGO, Guillaume. *Dictionnaire des droits fondamentaux*. Paris: Dalloz, 2010. p. 226.

⁶¹⁴ As frequentes queixas a respeito da morosidade processual costumam recair sobre outros problemas, desde questões internas, como a demora na citação, extensas etapas mortas – em particular nos processos físicos -, até externas, como a ausências de outros meios de composição do litígio e complexidade das questões jurídicas, dentre outros. Para outras causas e possíveis soluções vide SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. Lisboa: LEX, 1997. p. 49-51.

⁶¹⁵ Sobre a conexão do objeto do litígio com o tempo do procedimento: AMRANI-MEKKI, Soraya. *Le temps et le procès civil*. Paris: Dalloz, 2002. p. 413.

⁶¹⁶ Não basta, para a realização da segunda perícia, que o resultado tenha sido desfavorável ao interesse de uma das partes: a perícia conclusiva e adequadamente fundamentada não merece ser revista. Nessa linha: “PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO RETIDO. NOVA PERÍCIA. DESNECESSIDADE. RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA. CAPACIDADE LABORAL. PERÍCIA CONCLUDENTE. 1. A segunda perícia judicial pode ser determinada quando a matéria não parecer suficientemente esclarecida. Cabe ao magistrado apreciar livremente a prova apresentada, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos. 2. É indevido o restabelecimento de auxílio-doença quando a perícia judicial é concludente da capacidade do segurado para o trabalho. 3. Sentença de improcedência mantida. Apelo improvido.” BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AC 0023508-11.2014.4.04.9999; RS; Sexta Turma; Rel. Juiz Fed. Hermes Siedler da Conceição Júnior; Julg. 19/08/2015; DEJF 28/08/2015; Pág. 195. Adotando o mesmo entendimento, mas em Tribunal estadual: “APELAÇÃO. PRELIMINAR. NOVA PERÍCIA. CERCEAMENTO NÃO CARACTERIZADO. PRELIMINAR REJEITADA. O mero inconformismo com o laudo pericial não autoriza a pretensão de reconhecimento da nulidade do julgado, mormente porque a realização de complementação da perícia para acréscimo da vistoria ou uma segunda perícia apenas são possíveis nas hipóteses legalmente estampadas que não se encontram presentes in casu. Ação de indenização por acidente do trabalho. Lesão na mão. Inexistência de patologia incapacitante. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido. Se a lesão do autor não acarreta incapacitação, não há que se falar em reparação infortunistica, motivo pelo qual nenhum reparo deve ser lançado na bem lançada sentença.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. APL 0019434-81.2012.8.26.0348; Ac. 8671708; Mauá; Décima Sexta Câmara de Direito Público; Rel. Des. Luís Gustavo da Silva Pires; Julg. 28/07/2015; DJESP 24/08/2015.

juiz’.

A lei brasileira assegura a realização de “nova perícia”, pela dicção do artigo 480, NCPC, mas refere, em seguida, a delimitação de atuação da “segunda perícia” (§1º). O legislador se preocupou, diante de sua vinculação ao direito fundamental à duração razoável do processo⁶¹⁷, em não permitir uma demora injustificada, nem uma celeridade indevida, na produção desse meio de prova. A ‘nova perícia’ limita-se, portanto, a uma *segunda perícia*, que não poderá redundar em terceira, quarta ou quinta perícias. Não se deve visualizar, portanto, com tamanha restrição a realização de segunda perícia, legalmente prevista e harmônica com o mencionado direito fundamental, desde que não meramente dilatária.⁶¹⁸

Particularmente no viés epistemológico, a segunda perícia é um tanto desejável até mesmo para que se contorne o possível erro humano, particularmente pernicioso nas provas que envolvam testagem por DNA.⁶¹⁹ O segundo exame confirmatório, por exemplo, de paternidade, realizado por laboratório diverso do primeiro, preenche o direito que a parte prejudicada tem à contraprova. Como estabelece a base do *Funderentismo*, quanto mais referências estiverem à disposição do investigador (aqui, o magistrado), melhor fundamentada será sua crença em determinada possibilidade. Isso reflete diretamente na qualidade da decisão judicial a ser prolatada, já que o material disponível para análise, normalmente limitado em função da natureza própria do processo judicial, será significativamente mais rico, dando espaço à maior possibilidade de um exame adequado sobre o tema.

3.7 CONCLUSÕES PARCIAIS

A prova técnica requer sua caracterização e conceituação para que se possa examinar a tese proposta. Não haveria qualquer razão de se indagar a (des)vinculação do julgador se pudesse haver qualquer visão de que a prova técnica se apresenta como sinônimo (nem que seja ao menos na prática) de prova legal. Rechaçada essa possibilidade, os elementos básicos

⁶¹⁷ FÉLIX, Marco Jobim. *O Direito à Duração Razoável do Processo*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 85.

⁶¹⁸ “Nessuno potrebbe pretendere l'accoglimento di richieste dilatorie e pretestuose.” TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 518. Na mesma linha, Aurélie Bergeaud destaca que as manobras dilatórias são naturalmente mal vistas no processo, pois seu objetivo comum é ganhar tempo, por vezes associado com outra intenção, como dificultar a defesa da parte contrária, produzindo provas inoportunas e/ou tardias, reduzindo a possibilidade de reação do adversário. BERGEAUD, Aurélie. *Le Droit à la Preuve*. Paris: LGDJ, 2010. pp. 428-429.

⁶¹⁹ CHAVES, Manoel Matos Araujo. *La Prueba Pericial*. Lisboa: Editorial Juruá, 2013. p. 134.

da prova inicial foram examinados, demonstrando a relevância da figura do perito nos diferentes ordenamentos jurídicos. Não parece, nessa linha, que a estrutura pericial brasileira reforce a seriedade da atuação desses profissionais como ocorre em outros países, no particular a França e Espanha. O laudo pericial deverá ser redigido de forma clara e fundamentada, indicando o método empregado, pois, sem tais requisitos, haverá possível ofensa ao contraditório, na medida em que se distancia as partes da possibilidade de questionar o seu conteúdo.

Como a nova lei processual brasileira exige a indicação, pelo perito, do método empregado, coube ponderar do que se trata esse ‘método científico’, percebendo-se não existir consenso a tal respeito, e nem poderia existir. Cada ramo da ciência emprega métodos diferentes, pois não existe ‘o’ método científico, mas uma pluralidade de atuações técnicas que se adequam às diversas áreas do conhecimento. O método, no entanto, é uma das formas de se aferir a presença de uma ciência adequada ou da indesejada *junk science*, que pode ter consequências muito gravosas se adotada sem o devido critério pelo magistrado como adequada.

Em derradeiro, percebe-se que a atividade técnico-pericial se relaciona particularmente com três direitos fundamentais processuais. Com o contraditório, na medida em que as partes devem ser auxiliadas pelo juiz na compreensão da atividade do perito, caso não esteja ao alcance delas participar e influir nessa atuação. Isso também se traduz na percepção da possível desigualdade entre as partes processuais, o que também pode acontecer por questões de ordem técnica, quando, por exemplo, uma delas detém o conhecimento especializado sobre o tema objeto da perícia e a outra não, cediço em casos de erro médico. A duração razoável do processo, em derradeiro, não se verifica violada apenas pela demora na perícia ou pela realização de segunda perícia. A etapa instrutória é a mais delicada e relevante do processo, natural que se deixe em segundo plano a noção unilateral de celeridade, privilegiando-se a razoabilidade do tempo *necessário* para que a atividade pericial possa auxiliar na solução dos temas complexos do processo.

Apresenta-se a necessidade de que sejam analisados em maior profundidade os critérios ao alcance do julgador para que possa oferecer juízo crítico sobre o resultado da prova pericial. Isto acaba por implicar a necessidade do enfrentamento dos modelos de constatação, já que o rigor exigido da perícia pode, em tese, estar ligado ao tema da própria demanda.

CAPÍTULO IV PARÂMETROS PARA UMA ADEQUADA VALORAÇÃO DA PROVA CIENTÍFICO-PERICIAL

4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Na medida em que o direito fundamental ao processo justo serve de base para se deduzirem outros direitos fundamentais processuais, há de se reconhecer que o processo não poderá obter a qualidade de *justo* se não houver o respeito a todos os direitos fundamentais processuais, em maior ou menor medida, dada a necessidade de sua harmonização. Destacase, nesse contexto, o direito fundamental à prova, trazendo a necessidade de que o julgador, primordialmente, admita a produção de determinado meio de prova e o valor de forma *adequada*. A decisão justa, objetivo do processo justo, não será atendida caso se funde em uma “determinação falsa ou errada dos fatos da causa.”⁶²⁰

E o que pode acarretar essa percepção equivocada? A ofensa ao contraditório, sem dúvida, oferece uma das perspectivas mais evidentes, em particular quando não se respeita o necessário direito de *influência* que sua perspectiva *forte* assegura às partes. Com igual intensidade, a violação do direito fundamental à prova pode levar à mesma decisão errônea. Não apenas pela vedação de produção de prova por já estar convencido o juízo⁶²¹, mas igualmente pela inadequada valoração do material probatório disponível. E, dentre os meios de prova disponíveis, típicos ou atípicos, a prova científico-pericial revela-se particularmente perniciosa diante da ampla possibilidade de sua valoração equivocada.

A crítica ao método científico, as diferentes percepções de verdade e processo, a

⁶²⁰ TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 531.

⁶²¹ “Mesmo que o juiz esteja convencido dos fatos em que fundamentará sua decisão, se a prova for pertinente e contribuir para esclarecer melhor algum ponto, conveniente admitir-se a diligência, mesmo porque o órgão recursal pode considerá-la imprescindível. O magistrado singular, no correr do trâmite processual, não oportunizou aos recorrentes a produção de provas, em especial a pericial, haja vista que não há sequer despacho em tal sentido nos autos, incorrendo em incontestado cerceamento de defesa.” BRASIL. TJPR; ApCvReex 1181649-8; Paranaguá; Quarta Câmara Cível; Rel^a Des^a Regina Afonso Portes; Julg. 07/04/2015; DJPR 27/04/2015; Pág. 189. No mesmo sentido, mas na Justiça do Trabalho: “A parte tem o direito de obter, por intermédio do depoimento pessoal da contrária, a confissão real. O indeferimento da oitiva do preposto importa em cerceamento de defesa. Do mesmo modo, há cerceio quando se indefere a produção de prova testemunhal destinada a esclarecer fatos acerca da alegada ausência de segurança no ambiente de trabalho, cujo pleito foi refutado pela empregadora, com a impugnação da indenização do dano moral pleiteado. Ainda que o Juízo a quo estivesse convencido acerca dos fatos que envolviam a demanda, a prova pretendida não se revelava inútil ou meramente protelatória, daí porque se impunha a colheita dos depoimentos, pois não se pode olvidar que o acervo probatório também se destina ao Juízo ad quem. Incidência da garantia prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.” BRASIL. TRT 15ª R.; RO 0001005-69.2012.5.15.0139; Ac. 19505/2015; Quinta Turma; Rel. Des. Fabio Grasselli; DEJTSP 17/04/2015.

relevância da epistemologia, reunidas como a base de um renovado direito probatório, devem servir de ponto de partida para que se garanta a bem estabelecida percepção do magistrado enquanto *peritus peritorum*. A complexidade crescente e exponencial da ciência e de seus métodos naturalmente dificulta o acesso a esse conhecimento especializado. Mas não impossibilita a crítica e o controle. A proposta deste capítulo é que, a partir do instrumental consolidado, combinado com as conclusões dos casos Frye, Daubert e Kumho, seja confirmado o mencionado princípio do controle da atividade pericial pelo magistrado, de forma racional e fundamentada, permitindo que haja adequada admissibilidade e valoração da mesma. É nessa perspectiva que a *verdade científica* pode contribuir com o resultado almejado de uma decisão justa.⁶²²

4.2 CASOS PARADIGMÁTICOS DO DIREITO ESTADUNIDENSE

Diversos precedentes de diferentes cortes dos Estados Unidos enfrentaram o tema da prova científica. Mas nenhum é tão célebre quanto a tríade⁶²³ dos casos *Frye*, *Daubert* e *Kumho*. Há motivo para tanto, pois, de fato, os casos são divisores de águas na avaliação da prova científica. A percepção da existência desses julgados faz transparecer, no Brasil, diferentes tendências. A primeira, mais evidente, até mesmo a partir do Novo Código de Processo Civil, é a valorização do precedente.⁶²⁴ A segunda, relacionada a movimento mais discreto, denota a valorização do direito probatório. Reunidas, as tendências apontam para esses casos, já mencionados em precedente do Supremo Tribunal Federal sem que, no entanto, haja ampla doutrina e conhecimento sedimentado de sua aplicação e extensão. A

⁶²² STELLA, Federico. *Il Giudice Corpuscolariano*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 94.

⁶²³ Refere-se, na literatura, a *Trilogia Daubert*, referindo-se aos casos Daubert Kumho e Joiner. V. SHELTON, Donald E. *Forensic Science: Can the Law Keep Up with Science?* El Paso: LFB Scholarly Publishing LLC, 2012. p. 13.

⁶²⁴ A valorização do precedente traz consigo uma série de problemas. A doutrina pátria e, de forma mais evidente, os advogados, magistrados, promotores e demais operadores do Direito não estão habituados ao conceito e as técnicas relacionadas. O *distinguishing*, *overruling*, *overriding* e outras técnicas acham-se distantes da realidade do foro, muito embora o art. 489 do Novo Código de Processo Civil mencione algumas. Nem mesmo a distinção elementar para a compreensão de um precedente, acerca de *ratio decidendi* e *obiter dictum* é arraigada na cultura jurídica brasileira. Não é incomum ocorrer de uma decisão referir-se à decisão que, por sua vez, aponta outro julgado e assim sucessivamente, no que Salaverría denomina de motivação “matrioska”, em alusão à boneca russa. Ainda, pode se passar que a sentença refira a porção de outro *decisum* que simplesmente não seja a *ratio decidendi* daquele, em manobra que o mesmo autor alcunha de “trapaça retórica.” SALAVERRÍA, Juan Igartua. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. P. 205. A respeito do tema dos precedentes e do estudo de suas premissas, vide ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 73 e seguintes.

partir de seu estudo, avança-se mais nos parâmetros a serem utilizados pelos juízes para fins de adequada admissibilidade e valoração do material probatório científico.⁶²⁵

Registre-se, apenas, que o *Frye Test* não foi o primeiro critério utilizado nos Estados Unidos para admissibilidade e relevância da prova pericial. Um dos critérios para a admissibilidade da prova por um *expert* era a complexidade do tema em questão e se essa complexidade não estava ao alcance do conhecimento do jurado médio. A qualidade do *expert* era verificada a partir de sua atuação na área em que os esclarecimentos seriam prestados: “se uma pessoa pudesse sobreviver vendendo seu conhecimento no mercado, então presumivelmente a *expertise* existia.”⁶²⁶ O valor comercial do conhecimento do perito era o critério fundamental para a admissibilidade da prova: o mercado determinava sua relevância.⁶²⁷ Embora o critério seja sedutor a seleção do grande público não leva em consideração apenas a qualidade do serviço prestado e do conhecimento do especialista: ele também seleciona por entretenimento, *wishful thinking*, esperança, e até mesmo por desespero. Isso levaria a charlatões ‘curadores do câncer’ a depor em juízo. O teste do mercado simplesmente é “incapaz de distinguir astrofísica de astrologia.”⁶²⁸ A partir dessa percepção, o testemunho desses ‘especialistas’ era visto como secundário e até menos importante do que as testemunhas comuns.⁶²⁹ Existia, portanto, um (péssimo) critério anterior ao teste criado pelo precedente *Frye*, que não preencheu um vácuo, mas substituiu um entendimento insuficiente sobre o tema. De certa forma, o caso *Daubert* fez o mesmo quando reconheceu que a regra 702 das *Federal Rules of Evidence* superou o entendimento do *Frye Test*.

4.2.1 O caso *Frye*

No caso *Frye v. United States*, condenou-se o acusado, James Alphonso Frye, por homicídio. A sua defesa pretendia apresentar um teste que verificava a pressão sanguínea do acusado, para demonstrar que não mentia ao afirmar que era inocente. O teste, à época de

⁶²⁵ DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 157.

⁶²⁶ Tudo cf. FAIGMAN, David L., PORTER, Elise, SAKS, Michael J. Check your crystal ball at the courthouse door, please: exploring the past, understanding the present, and worrying about the future of scientific evidence. *Cardozo Law Review*, New York: Yeshiva University, vol. 15, n. 6-7, p. 1800-1835, abr. 1994. pp. 1803-1804.

⁶²⁷ LECLERC, Olivier. *Le Juge et L'Expert*. Paris: LGDJ, 2005. p. 366.

⁵⁸⁸ FAIGMAN, David L., PORTER, Elise, SAKS, Michael J., op. cit., p. 1805.

⁶²⁹ LECLERC, op. cit., p. 367.

alegado alto nível científico, apresentou-se como precursor do moderno ‘detector de mentiras’. O pedido foi negado, nas instâncias ordinária e recursal. A Corte de Apelos do Distrito de Colúmbia entendeu, conforme se lê da opinião do *Associate Justice* Van Orsdel, que

Justo quando um princípio científico ou descoberta atravessa a linha entre os estágios experimental e demonstrável é difícil de definir. Em algum lugar nessa zona de penumbra a força de evidência do princípio deve ser reconhecida, e enquanto os tribunais acabam por admitir o depoimento de experts a partir de um princípio ou descoberta científico bem reconhecido, a ‘coisa’ da qual a dedução deve ser feita deve estar suficientemente estabelecida e ganho aceitação geral no campo do conhecimento ao qual pertence.⁶³⁰

O critério da aceitação geral era conjugado com o de relevância da prova, que se apresentava desde que *expert* possuísse qualificação adequada e a admissão da prova não fosse induzir em erro o júri. Percebe-se que, embora contraditórios (qual teria o maior peso – a formação do *expert* ou a aceitação da teoria a ser apresentada no campo de conhecimento?), não havia muito debate nos anos que se seguiram ao julgamento, já que a “controvérsia a respeito da validade das técnicas científicas não existia” nesse período.⁶³¹ Esse entendimento persistiu intocado por cerca de trinta anos, quando, nas décadas de 60 e 70, começou a sofrer críticas, essencialmente voltadas a dois pontos fundamentais. O primeiro, de que ela não permitia que o julgador efetuasse valoração crítica do depoimento prestado pela *expert witness*, já que o controle da validade do testemunho pertencia exclusivamente ao campo científico de origem. O segundo atacava o critério de ‘validade geral’, que parecia afastar o exame da confiabilidade e validade do depoimento.⁶³²

Em 1975, as *Federal Rules of Evidence* (FRE) passaram a regular o tema do ponto de vista legal, não afastando por completo (ao menos não de forma expressa) o *Frye test*. Esse foi um dos temas enfrentados em *Daubert v. Merrel Dow*, já que não se tinha certeza se o critério então posto se coadunava com as (não tão) novas regras. No julgamento de *Daubert*, todos os nove *Justices* concordaram que “no tocante ao conhecimento científico, *Frye* foi superado pelas novas regras de evidência. Mas essa superficial conclusão não definiu o que é o conhecimento científico [...] nem determinou se tal conhecimento e ‘aceitação geral’ são

⁶³⁰ EUA. Suprema Corte. *Frye v. United States* (54 App. D.C., 293, 1923). Disponível em: <<http://www.law.ufl.edu/faculty/little/topic8.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

⁶³¹ Cf. GIANNELLI, Paul C. *Daubert: Interpreting the Federal Rules of Evidence*. *Cardozo Law Review*, New York: Yeshiva University, vol. 15, n. 6-7, p. 1999-2026, abr. 1994. p. 2009.

⁶³² FOSTER, Kenneth R., HUBER, Peter W. *Judging Science*. Cambridge: MIT Press, 1999. p. 11.

duas coisas diferentes.⁶³³ O caso *Daubert* parece ter aprofundado a problemática ao invés de resolvê-la, até mesmo porque a Suprema Corte foi bem mais cuidadosa em julgamentos posteriores ao se pronunciar sobre o mesmo tema.

4.2.2 O caso *Daubert*

Os fatos que representam a base do amplamente debatido caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*⁶³⁴ são simples: trata-se de demanda movida pelos pais em nome dos filhos Jason Daubert e Eric Schuller, nascidos com graves defeitos congênitos. A tese dos autores é de que tal situação se deveu ao consumo, pela mãe, de *Bendectin*, um fármaco destinado a combater as náuseas gestacionais e que requer prescrição médica.⁶³⁵ O réu moveu a ação de uma Corte Estadual para uma Federal⁶³⁶, pleiteando e obtendo julgamento sumário⁶³⁷, com base na prova de seu perito, que o pedido não tinha embasamento em estudos científicos publicados. Este caso ofereceu uma revisão, na perspectiva de precedente, do caso *Frye*, anteriormente analisado. Essa atualização se fazia necessária até mesmo levando em

⁶³³ FOSTER, Kenneth R., HUBER, Peter W. *Judging Science*. Cambridge: MIT Press, 1999. p. 13. Em sentido contrário: LOEVINGER, Lee. *Science as Evidence. Jurimetrics*, American Bar Association, vol. 35, no. 2, dez./fev. 1994-1995. p. 169.

⁶³⁴ EUA. Suprema Corte. 509 U.S. 579, 113 S.Ct. 2786, 1993. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-102.ZS.html>>. Acesso em 10.01.2015.

⁶³⁵ A intenção dos autores é estabelecer uma relação de causa e efeito entre o uso do remédio e o defeito congênito. Situação similar foi julgada pela *Cour de Cassation*. Uma funcionária de uma clínica médica, junto com diversos outros funcionários, foi obrigada a se vacinar contra a hepatite B. Pouco depois desenvolveu esclerose múltipla, ocasionando-lhe toda sorte de problema de saúde. O julgamento da Corte anulou o julgamento proferido pela *Cour d'appel* de Angers, pois esta decidiu pela improcedência do caso pela ausência de prova científica que demonstrasse, em caráter absoluto as origens da esclerose múltipla, que é de causa desconhecida para a Medicina. Tudo cf. FRANÇA. *Cour de Cassation*. Civ. 1ère, 22 mai 2008, Bull. n° 148. <Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/>>. Acesso em 20.07.2015.

⁶³⁶ A respeito dessa movimentação, vide FEINMAN, Jay M. *Law 101*. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 105.

⁶³⁷ O procedimento sumário significa que não haverá julgamento completo. “Uma parte pode obter o julgamento sumário quando a corte determine que não há fatos efetivamente controversos (comumente referido como ‘*no genuine issues of material fact*’), e quando os fatos incontestados indicam claramente que uma parte deveria ganhar como questão de direito.” FEINMAN, Jay M. *Law 101*. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 125. O pedido é normalmente efetuado pelo réu, também estando ao alcance do autor e tem embasamento, nas Cortes Federais, na Rule 56 das *Federal Rules of Civil Procedure*: “A party may move for summary judgment, identifying each claim or defense — or the part of each claim or defense — on which summary judgment is sought. The court shall grant summary judgment if the movant shows that there is no genuine dispute as to any material fact and the movant is entitled to judgment as a matter of law. The court should state on the record the reasons for granting or denying the motion.” Revela-se impróprio deferir o pedido de julgamento sumário quando haja discussão sobre os fatos, pois tem por objeto revolver questões de direito. A respeito, vide MORRISON, Alan B. (org.) *Fundamentals of American Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 73. Previamente ao julgamento sumário, houve extensa fase de *discovery*, devidamente registrada pela Suprema Corte, que “permite a cada uma das partes a determinar, antes do julgamento, a base através da qual tentará dar suporte à sua posição sobre os fatos e direito em julgamento.” Idem, *ibid.*, p. 71.

conta o longo período transcorrido entre aquele caso e este, por conta da vigorosa evolução científica apresentada no período.⁶³⁸

A posição do laboratório réu foi de que o remédio *Bendectin* não causa defeitos de nascimento em humanos e que os autores seriam incapazes de apresentar qualquer prova admissível que isto pudesse ocorrer. O réu apresentou um laudo⁶³⁹ assinado pelo médico epidemiologista Steven H. Lamm, declarando que havia examinado toda a literatura dos mais de trinta estudos publicados (que envolveram mais de 130.000 pacientes) e que nenhum deles havia chegado à conclusão de que o fármaco podia ser visto como um agente teratogênico capaz de produzir má-formações fetais. Assim, a conclusão do *expert* foi no sentido de que o *Bendectin* não se apresentou como fator de risco para defeitos de formação durante o primeiro trimestre de gestação.⁶⁴⁰

Os autores, de seu turno, não contestaram a validade dos estudos apresentados. No entanto, os oito *experts*⁶⁴¹ que estavam a seu serviço apresentaram conclusões diametralmente opostas. Os seus estudos se basearam em observações *in vitro* e *in vivo* com animais, achando uma ligação entre o uso do medicamento e o aparecimento de má-formação congênita. Estabelecidas essas premissas, na Corte regional, valendo-se do precedente encontrado em *United States v. Kilgus*, entendeu que a prova científica só é admissível se o princípio a partir do qual se baseia esteja ‘suficientemente estabelecido para ter aceitação geral no campo ao qual pertence’.⁶⁴²

⁶³⁸ Em estudo sobre o tema, Lee Loevinger verificou que ocorreu um aumento exponencial na utilização do precedente *Frye* nos anos que se seguiram ao julgamento. Nas décadas de 30 e 40, o caso é citado apenas 4 e 2, respectivamente. Nas décadas de 50 e 60, 20 e 21 vezes. Na década de 70, localizam-se 100 citações e, na década de 80, 470. O número mais expressivo é apenas nos três anos iniciais da década de 90, quando proferido o julgamento *Daubert*. No curto período de três anos, o caso *Frye* havia sido empregado como precedente em 350 referências. LOEVINGER, Lee. *Science as Evidence. Jurimetrics*, American Bar Association, vol. 35, no. 2, dez./fev. 1994-1995. p. 157.

⁶³⁹ Na realidade uma declaração escrita – *affidavit* – amplamente aceita no direito anglo-saxão, mas que não está sujeita ao típico *cross-examination*, embora possa ser solicitado ao declarante que confirme suas afirmações em juízo. evidencia TAPPER, Colin. *Cross & Tapper on Evidence*. 12ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 279.

⁶⁴⁰ Tudo conforme a suma do julgamento. EUA. Suprema Corte. 509 U.S. 579, 113 S.Ct. 2786, 1993. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-102.ZS.html>>. Acesso em 10.01.2015.

⁶⁴¹ Como registrado no julgamento, todos igualmente possuíam credenciais de peso como o perito do réu: “For example, Shanna Helen Swan, who received a master's degree in biostatistics from Columbia University and a doctorate in statistics from the University of California at Berkeley, is chief of the section of the California Department of Health and Services that determines causes of birth defects, and has served as a consultant to the World Health Organization, the Food and Drug Administration, and the National Institutes of Health. App. 113-114, 131-132. Stewart A. Newman, who received his master's and a doctorate in chemistry from Columbia University and the University of Chicago, respectively, is a professor at New York Medical College and has spent over a decade studying the effect of chemicals on limb development. App. 54-56. The credentials of the others are similarly impressive.”

⁶⁴² EUA. Tribunal de Apelos do 9º Circuito. *United States v. Kilgus*. 571 F. 2d 508, 510 (CA9 1978). Disponível em: <<http://openjurist.org/571/f2d/508>>. Acesso em 30.01.2015. Este julgamento em segundo grau reverteu a condenação de três réus por tráfico de drogas (maconha). Na ocasião, havia sido utilizado um novo sistema

Logo, havendo prova direta dos efeitos do *Bendectin* em seres humanos, e, assim, uma opinião epidemiológica especializada, exames realizados com animais e outras formas de testagem não epidemiológicas não pode estabelecer a causa dos problemas congênitos. O julgamento da apelação perante o Tribunal do 9º Circuito manteve o entendimento, citando o caso *Frye*, afirmando que “a opinião de um *expert* baseada em uma metodologia que diverge significativamente dos procedimentos de autoridades reconhecidas no tema [...] não se demonstra como ‘geralmente aceita enquanto técnica confiável.’”⁶⁴³ A mencionada Corte, referindo julgamentos de outras *Courts of Appeals*,⁶⁴⁴ entendeu que, ainda que seja adequada a revisão das conclusões científicas, a nova perspectiva oferecida dos dados epidemiológicos pelos *experts* dos autores ainda não havia se sujeitado ao escrutínio de seus pares, pois não publicada. Isso feriria a noção arraigada de que as conclusões científicas devem se submeter à crítica dos colegas de área, para que se provem adequadas e minimamente verdadeiras.

A alegação, de partes dos autores, que o *Frye Test* havia sido superado pelas *Federal Rules of Evidence* foi acolhido pela corte. De fato, a regra 702 adota um modelo liberal de admissibilidade de prova, enquanto relevante, que, na opinião do *Justice* Blackmun, redator do voto da maioria no julgamento *Daubert*, deve ser complementada pelos precedentes disponíveis no *Common Law*. O fato é que nada na regra mencionada da *FRE* remeta à ideia de ‘aceitação geral.’ Esse “*standard* austero, ausente das e incompatível com as *Federal Rules of Evidence*, não deve ser aplicado em julgamentos federais.”⁶⁴⁵

Ao contrário de *Frye*, o *Daubert test* admite que o próprio julgador seja o *gatekeeper*, estando incumbido “do filtro e da valoração discricionária da confiança e do controle dos métodos e procedimentos”⁶⁴⁶ de cada uma das provas científicas apresentadas pelas partes,

de detecção aérea (*Forward Looking Infrared system - FLIR*) que atribuía ser dos réus a aeronave utilizada para transportar a droga. No entanto, o sistema, embora eficaz para diferenciar aeronaves, ainda não havia se provado apto a individuar uma aeronave específica. Aí a conclusão de que “A necessary predicate to the admission of scientific evidence is that the principle upon which it is based "must be sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field to which it belongs." Logo após, refere-se como precedente o caso *Frye*.

⁶⁴³ EUA. Suprema Corte. 509 U.S. 579, 113 S.Ct. 2786, 1993. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-102.ZS.html>>. Acesso em 10.01.2015.

⁶⁴⁴ Um dos motivos de que aceito o *certiorari* interposto perante a Suprema Corte foi disparidade de conclusões nos julgamentos dessas *Courts of Appeals*, algumas aceitando o chamado *Frye test* de ‘aceitação geral’ (United States v. Shorter, 257 U. S. App. D.C. 358, 363-364, 809 F. 2d 54, 59-60), outras o rejeitando (DeLuca v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 911 F. 2d 941, 955 CA3 1990). Antes do julgamento *Daubert*, não havia um padrão geralmente seguido para determinar a admissibilidade de prova pericial nos tribunais federais. DIXON, Lloyd, GILL, Brian. *Changes in the Standards for Admitting Expert Evidence in Federal Civil Cases Since the Daubert Decision*. Santa Monica: Rand Institute for Civil Justice, 2001. p. xiii.

⁶⁴⁵ Tudo cf. EUA. Suprema Corte. 509 U.S. 579, 113 S.Ct. 2786, 1993. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-102.ZS.html>>. Acesso em 10.01.2015.

⁶⁴⁶ CANZIO, Enio. Prova científica nel processo penale. In: *Decisione giudiziaria e verità scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 60.

relacionadas ao que elas pretendem provar na demanda. A proposta contida na decisão do *Justice Blackmun* é bastante clara, com quatro critérios. Baseia-se, inicialmente, na obra de Popper, pois o primeiro critério oferecido é questionar se a teoria pode ser (e foi) testada, sujeitando-se ao conceito popperiano de *falseabilidade*.⁶⁴⁷

O segundo critério, com a ressalva de que não necessariamente se apresenta como requisito de admissibilidade para todos os casos, é se a teoria foi submetida à publicação revisão dos pares do *expert* que a emprega. Essa exigência tem que ser sopesada com a área de conhecimento estudada, porque alguns estudos ou são muito novos ou extremamente particulares para que exista interesse em publicá-los; “mas a submissão ao escrutínio da comunidade científica é um componente da ‘boa ciência’, em parte porque aumenta a probabilidade que as falhas substanciais da metodologia serão detectadas.”⁶⁴⁸

O terceiro critério diz respeito ao cuidado com técnicas específicas, cuja margem de erro deve ser levada em consideração, aliando-se a um quarto critério, que requer se esclareça a existência e manutenção de padrões que controlem a mencionada técnica.⁶⁴⁹ E, finalmente, diante da própria flexibilidade contida na regra 702, o quinto critério, de ‘aceitação geral’, oriundo do julgamento *Frye* também pode se mostrar relevante, pois uma “avaliação de confiabilidade, não exige, ainda que permita, identificação explícita de uma comunidade científica relevante e uma determinação expressa de um particular grau de aceitação dentro

⁶⁴⁷ A base da teoria utilizada pelo julgado se extrai do seguinte excerto: “(1) It is easy to obtain confirmations, or verifications, for nearly every theory-if we look for confirmations. (2) Confirmations should count only if they are the result of risky predictions; that is to say, if, unenlightened by the theory in question, we should have expected an event which was incompatible with the theory--an event which would have refuted the theory. (3) Every 'good' scientific theory is a prohibition: it forbids certain things to happen. The more a theory forbids, the better it is. (4) A theory which is not refutable by any conceivable event is nonscientific. Irrefutability is not a virtue of a theory (as people often think) but a vice. (5) Every genuine test of a theory is an attempt to falsify it, or to refute it. Testability is falsifiability; but there are degrees of testability: some theories are more testable, more exposed to refutation, than others; they take, as it were, greater risks. (6) Confirming evidence should not count except when it is the result of a genuine test of the theory; and this means that it can be presented as a serious but unsuccessful attempt to falsify the theory. (I now speak in such cases of 'corroborating evidence'.) (7) Some genuinely testable theories, when found to be false, are still upheld by their admirers--for example by introducing ad hoc some auxiliary assumption, or by re-interpreting the theory ad hoc in such a way that it escapes refutation. Such a procedure is always possible, but it rescues the theory from refutation only at the price of destroying, or at least lowering, its scientific status. (I later described such a rescuing operation as a 'conventionalist twist' or a 'conventionalist stratagem'.) One can sum up all this by saying that the criterion of the scientific status of a theory is its falsifiability, or refutability, or testability.” POPPER, Karl. P. *Conjectures and Refutations*. New York: Routledge, 2002. p. 40/41.

⁶⁴⁸ EUA. Suprema Corte. 509 U.S. 579, 113 S.Ct. 2786, 1993. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-102.ZS.html>>. Acesso em 10.01.2015.

⁶⁴⁹ Esse trecho do julgado da Suprema Corte menciona o caso *United States v. Smith* (869 F. 2d 348, 353-354 CA7 1989), no qual foi examinada a taxa de erro de uma técnica de identificação espectrográfica de voz e o caso *United States v. Williams* (583 F. 2d 1194, 1198, CA2 1978), enfrentando o tema do padrão da organização profissional acerca da identificação espectrográfica.

daquela comunidade.”⁶⁵⁰

O fato é que, por uma série de razões, dentre elas a crítica formulada pelo J. Rehnquist, as Cortes inferiores seguiram utilizando o padrão reconhecido no *Frye Test* mesmo depois do julgamento do caso *Daubert*, construindo novas técnicas e requisitos para a apreciação da prova científica (i.e., *expert witness*).⁶⁵¹ Um dos motivos apontados para tanto é que as conclusões de Blackmun se relacionam às ciências ‘duras’ (ou exatas), mas não auxiliam ou sequer fazem sentido para as *soft sciences* (ciências humanas).⁶⁵²

4.2.3 O caso Kumho

O caso Kumho, de sua vez, trata de um acidente automobilístico. Patrick Carmichael viajava com a sua minivan quando o pneu traseiro direito estourou, causando o acidente e a morte de um dos passageiros. A família processou o fabricante, a empresa Kumho, afirmando que o pneu havia estourado por conta de defeito na sua fabricação, baseando sua alegação no conhecimento de uma *expert witness*. A corte distrital não conheceu da qualidade técnica do perito, levando em consideração o julgamento *Daubert*. A família recorreu para a *Court of Appeals* do 11º Circuito, obtendo a reversão do julgamento. O entendimento foi de que o precedente da Suprema Corte apenas se aplicava à prova científica, e não à habilidade de uma testemunha que se baseia em sua experiência e observação de determinada prática. Como o conhecimento do *expert* em pneus não era científico, ele foi admitido como prova e os apelantes obtiveram a vitória na instância regional. A empresa fabricante levou, então, o tema para a Suprema Corte, questionando se os parâmetros estabelecidos pelo *Daubert test* dizem

⁶⁵⁰ O trecho, utilizando no julgamento *Daubert v. Merrel Dow* é oriundo de outro julgado: *United States v. Downing* (753 F. 2d, at 1238). Este caso, de dua vez, tratava da utilização de *expert* no campo da percepção e memória para questionar a confiabilidade do depoimento prestado por testemunhas oculares. A conclusão do julgado é muito relevante: “In sum, the Frye test suffers from serious flaws. The test has proved to be too malleable to provide the method for orderly and uniform decision-making envisioned by some of its proponents. Moreover, in its pristine form the general acceptance standard reflects a conservative approach to the admissibility of scientific evidence that is at odds with the spirit, if not the precise language, of the Federal Rules of Evidence. For these reasons, we conclude that "general acceptance in the particular field to which [a scientific technique] belongs," Frye, 293 F. at 1014, should be rejected as an independent controlling standard of admissibility. Accordingly, we hold that a particular degree of acceptance of a scientific technique within the scientific community is neither a necessary nor a sufficient condition for admissibility; it is, however, one factor that a district court normally should consider in deciding whether to admit evidence based upon the technique.” Disponível em: <<https://casetext.com/case/united-states-v-downing-3>>. Acesso em 05.07.2015.

⁶⁵¹ DOMINIONI, Oreste. *La Prova Penale Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 150.

⁶⁵² TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 464.

respeito apenas à prova científica.⁶⁵³

A decisão da Suprema Corte reverteu a decisão regional, pois entendeu que os requisitos presentes em *Daubert* se aplicam a todos os *experts*, ainda que não cientistas. A interpretação da Regra 702 das FRE não acarreta a distinção realizada pela Corte Regional, conforme decidiu o *Justice Breyer*. O termo ‘conhecimento’ não se aplica apenas ao conhecimento de natureza científica, até mesmo porque seguido de outros denominadores (“A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education...”). A alínea ‘a’ da Regra registra que o conhecimento “científico, técnico ou especializado auxiliará o julgador dos fatos a entender a prova ou a determinar o fato em questão.” Não há, refere *Justice Breyer*, “uma linha clara que separe um dos outros e nem uma necessidade convincente de realizar tais distinções.”⁶⁵⁴

Adicionalmente, o juiz de primeiro grau (*trial judge*) pode levar em consideração um ou mais fatores do caso *Daubert*, por conta da flexibilidade da Regra 702, afirmou *Justice Breyer*. Ademais, a confiabilidade do *expert* se mede de diferentes formas a partir dos mencionados requisitos, e o *trial judge*, no âmbito de sua atuação, está apto a julgar a exclusão ou aceitação do *expert* com base na determinação se, no caso concreto, tais fatores razoavelmente levam à confiabilidade da prova.⁶⁵⁵

Em outras palavras: muito embora o caso resgate a perspectiva dos diferentes requisitos estabelecidos em *Daubert*, bem como sua amplitude a toda e qualquer modalidade de *expert witness*, reforçou a liberdade que o julgador possui, em primeira instância, para avaliar quais são os fatores preponderantes para admissibilidade da prova técnica.⁶⁵⁶ Essa postura denota uma certa hesitação da Suprema Corte em efetivamente adotar o caso *Daubert* como a resposta final ao problema.⁶⁵⁷ Com efeito, a percepção de que o *Frye Test* seguiu

⁶⁵³ EUA. Suprema Corte. *Kumho Tire Co. v. Carmichael*. 526 U.S. 137 (1999). Cf. BARNETT, Peter D. *Forensic Science*. Florida: CRC Press, 2001. p. 169 e seguintes.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 174.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 172.

⁶⁵⁶ A dificuldade de utilização de *Daubert* e a falta de controle nas instâncias ordinárias é examinada em DIXON, Lloyd, GILL, Brian. *Changes in the Standards for Admitting Expert Evidence in Federal Civil Cases Since the Daubert Decision*. Santa Monica: Rand Institute for Civil Justice, 2001. p. 5 e seguintes.

⁶⁵⁷ O caso *General Electric Co. v. Joiner* (522 U.S. 136 – 1997) também demonstra essa mesma postura. O entendimento consolidado neste caso foi o seguinte: “Abuse of discretion—the standard ordinarily applicable to review of evidentiary rulings—is the proper standard by which to review a district court’s decision to admit or exclude expert scientific evidence. Contrary to the Eleventh Circuit’s suggestion, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U. S. 579, did not somehow alter this general rule in the context of a district court’s decision to exclude scientific evidence. *Daubert* did not address the appellate review standard for evidentiary rulings at all, but did indicate that, while the Federal Rules of Evidence allow district courts to admit a somewhat broader range of scientific testimony than did pre-existing law, they leave in place the trial judge’s “gatekeeper” role of screening such evidence to ensure that it is not only relevant, but reliable. *Id.*, at 589. A court of appeals applying “abuse-of-discretion” review to such rulings may not categorically distinguish between rulings allowing expert testimony and rulings which disallow it.” Em síntese, determina

sendo utilizado não trouxe qualquer desrespeito ao precedente, já que um dos requisitos do caso *Daubert* era o critério de aceitação geral – mas não o único. Todavia, admitindo-se a flexibilidade da Regra 702, o precedente criado por *Daubert* não conseguiu efetivamente revisar o posicionamento anterior, nem criar algo inteiramente novo, à exceção de um estado de desorientação generalizada no tocante à prova pericial. Essa confusão pode muito facilmente ser transportada para outros ordenamentos, como o brasileiro, mediante o emprego irresponsável do precedente *Daubert*. Como mencionado, o caso foi utilizado como referência em julgamento ocorrido no Supremo Tribunal Federal em 2012 e será analisado a seguir.

4.3 EXAME DE OUTROS CASOS RELEVANTES

A plêiade de estudos acerca do caso *Daubert* talvez tenha lhe conferido uma importância maior do que deveria efetivamente possuir ou, ao menos, atribuíram-lhe uma amplitude que simplesmente não possui. A restrição de aplicação do precedente, explicável por diversos motivos, pode ser consubstanciada em uma simples crítica: Sendo assim, relevante examinar outros julgados que também podem servir de base ao reconhecimento do direito à adequada valoração da prova pericial e ao estabelecimento de um método para que isso ocorra.

4.3.1 Supremo Tribunal Federal - O Recurso Extraordinário nº 363.889/DF

O fenômeno de estudo e valorização dos precedentes já rende estudos há anos no Brasil.⁶⁵⁸ O fato é que, a partir das disposições pertinentes no Novo Código de Processo Civil, em particular o artigo 489, parágrafo 1º, que, em seus incisos V e VI, introduz na legislação

que o standard do *abuse of discretion* é o padrão para revisar decisão que determinou a exclusão do depoimento do *expert*. Os julgados posteriores – *Kumho* e *Joiner* – foram vistos como uma “retirada silenciosa da confusa filosofia da ciência” proposta em *Daubert*. Não se verificam nestes casos a mesma referência a autores como Popper, Hempel e critérios complexos como ‘falseabilidade.’ HAACK, Susan. *Evidence Matters*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 43 e 113.

⁶⁵⁸ Como se percebe da obra de ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais*. Curitiba: Juruá, 2012; MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. São Paulo: RT, 2014; MARINONI, Luiz Guilherme (org.). *A Força dos Precedentes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

brasileira as técnicas do *overruling* e da *distinguishing*.⁶⁵⁹ Ainda assim, é incomum a utilização, como nos sistemas de *Common Law*, dos precedentes e ainda mais rara a utilização de casos de outros países como embasamento legal para decisões judiciais. O voto-vista proferido pelo Ministro Luiz Fux no julgamento do recurso extraordinário nº 363.889/DF⁶⁶⁰ se amparou no caso Daubert para examinar a validade técnica do exame de DNA.⁶⁶¹

A base fática da demanda envolvia a repositura de demanda investigativa de paternidade e coisa julgada, pois o autor, na primeira ação proposta, embora beneficiário de assistência judiciária gratuita, deixou de requerer a produção da prova pericial. As instâncias inferiores acolheram a preliminar de coisa julgada arguida pelos réus. O resultado do julgamento no Supremo Tribunal Federal, diante do direito fundamental à identidade genética do ser, dispôs pela relativização da coisa julgada, permitindo a realização da prova solicitada na instância ordinária.

No mencionado voto, o Min. Fux, caracterizando o juiz como titular de uma ‘cultura média’, assenta a base fundamental de necessidade de produção da prova pericial quando os fatos do processo fujam desse âmbito de conhecimento. Também alerta para os riscos envolvidos na admissão de possível *junk science* na participação desse consultor, destacando a relevância dos critérios desenvolvidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso Daubert. Aponta os critérios fixados pelo precedente⁶⁶² através dos quais uma prova pericial

⁶⁵⁹ A crítica normalmente veiculada pelas associações de magistrados é de que o mencionado artigo traria ônus excessivos à função jurisdicional, burocratizando em excesso o ato de julgar. Diversos juristas se manifestaram favoráveis à redação do artigo 489, pelo seu conteúdo representar natural decorrência do direito fundamental à motivação das decisões judiciais, expressamente contemplado no artigo 93, IX, da Constituição Federal e reprisado, dada sua importância, no art. 11 do NCPC. Contudo, pouca crítica se formulou quanto à adoção explícita de técnicas peculiares a um sistema de precedentes. Essas técnicas pressupõem o conhecimento elementar do funcionamento e estruturação do precedente, normalmente dividido em *ratio decidendi* (o *holding* do caso, efetivamente vinculante) e seu *obiter* ou *gratis dictum*. CROSS, Rupert, HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 41. Destaca, em particular, a decisão do distante ano de 1673, na qual CJ Vaughan disse: “Uma opinião proferida na corte, se desnecessária ao julgamento em questão, que poderia ter sido dita como silenciada, ou até contrária à decisão, não é uma opinião judicial, mas mero *gratis dictum*.” Para essa distinção elementar, vide, ainda, vide MORRISON, Alan B. (org.) *Fundamentals of American Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 18-20. Neil MacCormick, em estudo mais recente do que os retromencionados, estabelece os diferentes critérios de *ratio decidendi* e *obiter dictum* para Cross, Simpson e Goodhart, concluindo, a final, que mesmo que se utilize o que se considere o melhor critério possível para determinar a porção relevante de uma decisão, não se pode excluir a hipótese de incompetência judicial, que só torna essa separação ainda mais difícil. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 152 e seguintes. O que se percebe é que falta, à prática e também na doutrina brasileiras, a sedimentação de conceitos elementares para que se possam aplicar técnicas de utilização desses precedentes.

⁶⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 363.889/DF. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 02.06.2011, publicado no DOU de 16.12.2011.

⁶⁶¹ Chegando a conclusão muito similar da *Court de Cassation* francesa. FRANÇA. *Cour de Cassation*. Civ. 1ère, 28 mars 2000, Bull. nº 103.

⁶⁶² “Foi diante desses riscos, que se concretizam muitas vezes com a utilização, por peritos, de supostas técnicas que sequer gozam de aceitabilidade nos respectivos campos do conhecimento humano (*junk science*), que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América impôs aos juízes, principalmente a partir do célebre caso

pode ser admitida e, assim, valorada. O exame de DNA, pedido formulado pelo recorrente e negado nas instâncias inferiores, merecia ser examinado à luz de sua credibilidade científica para que se demonstrasse como meio idôneo na persecução do direito fundamental mencionado. De nada adiantaria a efetiva relativização da coisa julgada se o instrumento à disposição das partes fosse lesivo e trouxesse, na realidade, insegurança, revelando, assim, um duplo ataque à coisa julgada que não deveria ter sido desconstituída.

Ainda que as conclusões adotadas no voto do Ministro Fux sejam adequadas e demonstrem o bom uso do precedente *Daubert*, não há qualquer restrição ou menção à limitação de aplicação de tal julgado no tocante às ciências humanas. Os requisitos estabelecidos não se adaptam bem às denominadas *soft sciences*, ciências humanas ou sociais, que se valem de métodos diferentes das exatas, não lhes sendo aplicáveis “os mesmos controles empíricos e cálculos precisos.”⁶⁶³ Valendo-se de igual forma do julgado do STF como precedente, os magistrados, em outros casos, podem (e devem) se colocar como os mencionados *gatekeepers* da prova pericial. Todavia, sem a devida advertência, podem acabar aplicando-lhe critérios possivelmente inservíveis. Eis o risco, portanto, do aporte do precedente *Daubert*, de 1993, sem que se perceba todo o exame crítico posterior para sua melhor compreensão e aplicação.

Demonstra-se indispensável que, na composição do instrumental à disposição do magistrado para valoração da prova pericial, lance mão não apenas dos requisitos apresentados pelo precedente *Daubert v. Merrel Dow* e também pelo RE nº 363.889/DF, mas também de uma percepção diferenciada sobre o *tipo* de ciência envolvido na perícia a ser realizada, que pode demandar o afastamento ou flexibilização de algum dos requisitos. A decisão e, em particular, o voto do Min. Fux, cumprem função relevante para o direito probatório não apenas pelo aporte do entendimento e de uma visão crítica sobre a prova pericial, mas também por relacionar *o meio de prova ao tema do processo*. A justificativa de relativização da coisa julgada se acha, no direito à filiação, a partir de sua “conexão nuclear com a dignidade da pessoa humana” somada à alegação de “viabilidade de produção de prova

Daubert vs. Merrell, de 1993, um controle sobre a racionalidade da prova pericial a ser valorada em juízo. Com efeito, e como narra Michele Taruffo, a Suprema Corte, pela lavra do Justice Blackmun, determinou que a admissão ou exclusão da prova científica deve ser submetida aos seguintes critérios: (i) a controlabilidade ou a falsificabilidade da teoria que se encontra na base na técnica empregada, fazendo expressa remissão à filosofia da ciência de autores como Carl Hempel e Karl Popper; (ii) a explicitação do percentual de erro relativo à técnica empregada; e (iii) sua aceitação pela comunidade científica especializada.” *Idem*, *ibid.* p. 38 do acórdão. Michele Taruffo delinea *quatro* critérios, ainda que possam ser extraídos cinco exigências. Vide TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 464.

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 465.

técnica capaz de reverter a conclusão do julgamento anterior.”⁶⁶⁴ Outras demandas que possuíssem a mesma possibilidade de reversão do julgamento através de prova técnica, sem o mesmo tipo de tema relevante, não autorizariam a relativização.

4.3.2 *Suprema Corte Inglesa - Secretary of State for Home Department v. MN and KY*

Na *Supreme Court* do Reino Unido, alguns julgamentos sobre a *expert evidence* colocam em xeque a importância da figura do perito, ao contrário do que se viu na experiência francesa e espanhola. O caso *Secretary of State for Home Department v. MN and KY* trata de refugiados supostamente oriundos da Somália requerendo asilo por conta de perseguição no seu país por pertencer a determinado clã. A prova especializada realizada, de cunho linguístico, denominou que a origem dos requerentes era o Quênia, e não a Somália. A prova foi produzida por uma empresa denominada “Sprakab” (*Skandinavisk Språkanalys AB*), e não um perito em particular. Os serviços prestados ajudam a determinar qual foi o local em que um sujeito aprendeu a falar e estruturar sua linguagem, facilitando a verdadeira compreensão de seu país de origem. Estima-se que a mencionada empresa tenha executado mais de 40.000 relatórios na forma de ‘laudos periciais’, sempre para governos de países lidando com pedidos de asilo (como Canadá, Suécia, Austrália, Holanda, e Inglaterra).⁶⁶⁵

O julgamento se vale de alguns trechos de julgado anterior, de igual relevância, envolvendo a mesma empresa e o mesmo tipo de tema. O problema apresentado é que os peritos que trabalham para essa empresa se mantêm anônimos. A justificativa é de que, caso reveladas suas identidades, a empresa teme que sejam perseguidos por estarem diretamente envolvidos na concessão ou negativa de pedidos de asilo formulados a diferentes Estados. No julgamento do caso *RB (Somalia) v. The Secretary of State for the Home Department*⁶⁶⁶, a partir do depoimento de um gerente da empresa consultora, a Sra. Fernqvist esclareceu que todos os analistas da *Sprakab* possuem formação e conhecimento especializado nas línguas às

⁶⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 363.889/DF. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 02.06.2011, publicado no DOU de 16.12.2011. p. 43 e 49, respectivamente, do acórdão. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 15.12.2014.

⁶⁶⁵ INGLATERRA. *Supreme Court. Secretary of State for Home Department v. MN and KY* (Scotland). UKSC 30 [2014]. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2013-0202-judgment.pdf>>. Acesso em 17.01.2015.

⁶⁶⁶ INGLATERRA. *Court of Appeal. RB (Somalia) v. The Secretary of State for the Home Department*. [2012] EWCA Civ 277. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/277.html>>. Acesso em 17.01.2015.

quais são incumbidos de analisar. Apresentou referências de seus linguistas, sem apresentar seus nomes. Dois deles compareceram em juízo e foram objeto de *cross examination*,⁶⁶⁷ mantendo suas identidades anônimas. O questionamento levantado pelos eventuais prejudicados é de que a empresa não possuía a independência necessária para o exercício dessa função, pois desconhecidos seus *experts*.

Levando em conta que a empresa jamais se declarou infalível e analisando seu *método*, o *Upper Tribunal* entendeu que a prova era admissível e deveria ser levada em consideração. A metodologia da empresa era confiável e demonstrava agir corretamente (*bona fide*), porque envolvia diversos funcionários na produção de qualquer um dos laudos. Cada um desses analistas revisa o trabalho do seu colega, todos anônimos. Como essas opiniões são sempre fundamentadas, e estão expostas à verificação e crítica, isso “reduz a atuação de um empregado corrupto ou incompetente.”⁶⁶⁸

Adotando esse entendimento, o *Upper Tribunal* foi contra as disposições legais por ele próprio criadas no tema,⁶⁶⁹ em particular o conteúdo do item 10.9 e de suas respectivas alíneas, que exigem (a) os detalhes da qualificação do perito e (e) indicar quem realizou qualquer tipo de procedimento relacionado à prova que não tenha sido conduzido diretamente pelo próprio consultor. As próprias *Rules of Civil Procedure* inglesas também exigem que o consultor técnico seja nominado para que se conheça sua capacidade técnica na área de

⁶⁶⁷ Cujo objetivo é duplo: de um lado, objetiva explicitar informações a respeito dos fatos em questão ou relevantes ao tema que é favorável à parte em favor de quem a *cross-examination* está sendo conduzida; de outro, tem por meta colocar em dúvida a precisão da prova que está sendo produzida contra aquela parte. Para mais detalhes vide TAPPER, Colin. *Cross & Tapper on Evidence*. 12ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 313 e seguintes.

⁶⁶⁸ INGLATERRA. *Court of Appeal. RB (Somalia) v. The Secretary of State for the Home Department*. [2012] EWCA Civ 277. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/277.html>>. Acesso em 17.01.2015. A Inglaterra possui tantos casos de imigração que não apenas possui câmaras especializadas (*Immigration and Asylum Chambers of the First-Tier Tribunal and the Upper Tribunal*), mas ditas câmaras desenvolveram uma legislação específica a ser observada no tema da imigração. E, no tema da prova por *experts*, acham-se regras específicas. Merecem destaque algumas dessas regras, em particular: 10.3 *Expert evidence should be the independent product of the expert uninfluenced by the pressures of litigation*. Ainda: Disponível em: <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2014/11/revised-pd-3112014.pdf>>. Acesso em 15.07.2015.

⁶⁶⁹ A Inglaterra possui tantos casos de imigração que não apenas possui câmaras especializadas (*Immigration and Asylum Chambers of the First-Tier Tribunal and the Upper Tribunal*), mas ditas câmaras desenvolveram uma legislação específica a ser observada no tema da imigração. E, no tema da prova por *experts*, acham-se regras específicas. Merecem destaque algumas dessas regras, em particular: 10.3 *Expert evidence should be the independent product of the expert uninfluenced by the pressures of litigation*. Ainda: Disponível em: <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2014/11/revised-pd-3112014.pdf>>. Acesso em 15.07.2015. Outra disposição que merece destaque é o conteúdo do juramento a que o *expert* se submete, reforçando a relevância desse instrumento, tal qual percebida no direito francês: 10.11 *The form of the Statement of Truth is as follows: “I confirm that insofar as the facts stated in my report are within my own knowledge I have made clear which they are and I believe them to be true, and that the opinions I have expressed represent my true and complete professional opinion”*.

conhecimento.⁶⁷⁰ Ao fim do julgamento do caso *RB*, se destacou que os relatórios apresentados pela empresa Sprakab não eram os únicos meios de prova tomados em consideração para a prolação da decisão de primeiro grau, mas apenas corroboram os demais elementos presentes na demanda.⁶⁷¹ No caso apreciado pela *Supreme Court* (*MN* e *KY*), que não era um recurso do caso *RB*, o entendimento registrado no voto de Lord Carnwath foi de julgar correta, para esse tipo de caso, o anonimato do perito. As razões eram várias: a identidade da empresa era conhecida, suas credenciais foram apresentadas e uma executiva se apresentou com as explicações exigidas. Os currículos não identificados dos analistas foram apresentados em juízo, assim como os nomes estavam à disponibilidade do magistrado se houvesse necessidade de *cross-examination*. Por essas razões, diante da excepcionalidade do tipo de caso, a prova por *expert* anônimo foi julgada admissível também pela *Supreme Court* do Reino Unido.⁶⁷²

4.3.3 Corte Europeia de Direitos Humanos – *Allen v. The United Kingdom*

O caso *Allen v. United Kingdom* foi julgado na CEDH em julho de 2013 e tinha por base uma ação criminal que tramitou na justiça inglesa, cujo objetivo era condenar a Sra. Allen pela morte de seu filho de 4 meses. Ela havia sido condenada em primeiro grau por um júri diante das circunstâncias envolvendo a morte do bebê, que estaria ligada a um impacto ou sacudida. Trata-se da tese do *shaken baby syndrome*, desenvolvida na década de 70 a partir de uma tríade de lesões presentes em alguns casos de suspeita de abuso por parte dos pais.⁶⁷³ A

⁶⁷⁰ Vide regra 35.4 das *Rules of Civil Procedure*, alínea 2(b), que exige, quando possível, a nomeação do perito.

⁶⁷¹ O trecho final do voto de Lord Justice Moses, acompanhado pelos demais: “The decision was criticised on the basis that the appellant had adequately demonstrated a good knowledge of the customs and geography of the Bajuni and the islands. But such comments are mere reiterations of argument as to fact. Finally it was said that the reasons were inadequate. They were far from inadequate and demonstrated that the Upper Tribunal had not merely relied upon the SPRAKAB reports but on all the evidence and, in particular, the account given by the appellant herself. Had this appeal not raised general questions about the extent to which reliance can be placed upon SPRAKAB’s report, no appealable issue would have arisen. There is nothing in the particular conclusions of the tribunal in relation to the instant case which discloses any legal error. I would dismiss the appeal.” Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/277.html>>. Acesso em 17.01.2015.

⁶⁷² INGLATERRA. *Supreme Court. Secretary of State for Home Department v. MN and KY* (Scotland). UKSC 30 [2014]. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2013-0202-judgment.pdf>>. Acesso em 17.01.2015.

⁶⁷³ Como se percebe do julgado, o termo veio a ser substituído na Inglaterra por *Non Accidental Head Injury* (NAHI) e nos Estados Unidos por *Abusive Head Trauma* (AHD), conforme a *American Academy of Pediatrics*. Disponível em: <<https://www.aap.org/en-us/about-the-aap/aap-press-room/Pages/Abusive-Head-Trauma-A-New-Name-for-Shaken-Baby-Syndrome.aspx>>. Acesso em 10.07.2015.

condenação foi revertida em grau de apelo, mas a ré havia cumprido uma pena de dezesseis meses quando de sua soltura.

O motivo na *Court of Criminal Appeal* inglesa para absolvição foi de que a prova fornecida pela atuação do *expert* da acusação não representava, de maneira clara, a única explicação para o óbito da criança. A preocupação da corte inglesa nesse e em outros casos similares⁶⁷⁴ foi a falta de *safety of conviction*. Existia, concomitante à prova de *expert* que conduzia à condenação da ré, outra prova científica, que demonstrava que em alguns casos (ainda que extremamente raros) o emprego de pouca força com um bebê poderia levar à resultados catastróficos. Existindo duas opiniões médicas contrárias igualmente admissíveis e relevantes, “the Court of Criminal Appeal will not usually be the appropriate forum for these issues to be resolved.”⁶⁷⁵ Essa prova também era a única que dava suporte à condenação da Sra. Allen, havendo registros, por testemunhas, de que ela era uma boa mãe e que isso jamais seria esperado dela.

Diante dessa situação, ela, na Inglaterra, demandou por indenização por *wrongful conviction*. As cortes nacionais inglesas não concederam nenhuma indenização, sob o fundamento de que não havia nenhuma ilegalidade em sua condenação. A CEDH confirmou esse entendimento, afirmando que não havia nenhuma base para que se julgasse violado o art. 6º, §2º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁶⁷⁶. O direito à presunção de inocência não é afetado quando o julgamento se baseia em prova existente à época da condenação, ainda que esse entendimento se reverta posteriormente. A decisão ainda consignou que a prova existente ao tempo da absolvição não necessariamente teria levado o júri à conclusão diversa. Isso bem demonstra o entendimento anteriormente exposto de que o Judiciário não pode se pretender a buscar respostas verdadeiras a qualquer tempo, contentando-se com o material disponível à época em que proferida a decisão, que deverá ocorrer, mais cedo ou mais tarde.⁶⁷⁷

⁶⁷⁴ A mesma situação foi apresentada em Cornhill in *R v. Pendleton*. INGLATERRA. *House of Lords. Regina v. Pendleton*. [2001] UKHL 66. Disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd011213/pendle-1.htm>>. Acesso em 29.07.2015.

⁶⁷⁵ Tudo cf. FRANÇA. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Allen v. The United Kingdom*. App. N. 25424/09. Julgado em 12.07.2013. <Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/>>. Acesso em 29.07.2015.

⁶⁷⁶ “2. *Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.*”

⁶⁷⁷ Como bem coloca Pastore: “a verdade que pode ser obtida no processo (...) é aquela conectada à reconstrução fatural específica, pertinente e acurada, que representa um grau de confiança suficiente para a justificação da decisão.” PASTORE, Baldassare. *Giudizio, Prova, Ragion Pratica*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 47.

4.4 CRITÉRIOS PARA ESTABELECIMENTO DO VALOR PROCESSUAL DA VERDADE CIENTÍFICA – UMA NOVA CIÊNCIA JUDICIAL PÓS-DAUBERT?

Os tribunais, em todo o mundo, têm se deparado com a questão da prova técnica em seus mais variados aspectos, como visto. O caso Daubert, objeto de incontáveis estudos nos Estados Unidos e também em outros países, analisou, no ano de 1993, mais do que uma série de critérios: colocou em evidência o quão frágil é a posição jurídica diante do estágio atual do conhecimento científico. Estudar este precedente isoladamente é um erro grave, porque nem mesmo para a Suprema Corte ele representa a única referência no tema.⁶⁷⁸ Diversos outros precedentes são invocados. O caso possui importância sem igual no viés inovador, mas está longe de resolver a dificuldade da valoração da prova técnica.⁶⁷⁹ Os mencionados preceitos para admissibilidade da prova pericial foram objeto de dura crítica, dentro e fora dos Estados Unidos, o que não os torna inaproveitáveis, muito pelo contrário: devem ser objeto de refinamento. O ponto de partida da decisão da Suprema Corte revela-se aplicável a toda e qualquer enfrentamento do tema em juízo: não há certezas na ciência.⁶⁸⁰

Preliminarmente, há de se destacar que diversos trechos do caso *Daubert* e de outros precedentes aplicáveis ao tema da prova científica valorizam particularmente o momento de *admissibilidade* da prova, já que a valoração, em alguns casos, é deixada a cargo do júri, o *trier of fact*. Desta forma, algumas adaptações devem ser efetuadas para que possam ser estabelecidos critérios válidos e aplicáveis no direito brasileiro, lembrando que um determinado meio de prova não pode ser descartado por valoração prévia. Os critérios de pertinência, controvérsia⁶⁸¹ e relevância⁶⁸² são essenciais para a admissibilidade da prova. Admitida que seja, poderá ser efetivamente valorada pelo julgador no contexto processual,

⁶⁷⁸ Criticando a “*Federal Philosophy of Science*”: HAACK, Susan. *Evidence Matters*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 123. E, diga-se, o precedente não tem a mesma força nas cortes estaduais e nas cortes federais, nestas seguidamente mencionado. DOMINIONI, Oreste. *La Prova Penale Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 138.

⁶⁷⁹ A distinção entre a *expert witness* nos Estados Unidos, tema central do caso Daubert, e o perito nos países do *Civil Law* não traz maior diferença para as conclusões que serão expostas. De ambos se espera rigor e seriedade do ponto de vista científico, ainda que a *expert witness* seja apresentada pela parte interessada, de forma bastante diversa dos peritos que são nomeados oficialmente pelo juiz e usualmente constam de listas oficiais. Para maiores distinções, vide DAMASKA, Mirjan R. *Evidence Law Adrift*. London: Yale University Press, 1997. p. 78.

⁶⁸⁰ EUA. Suprema Corte. 509 U.S. 579, 113 S.Ct. 2786, 1993. *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals*. Voto J. Blackmun (590). <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/case.html>>. Acesso em 10.07.2015.

⁶⁸¹ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001. pp. 137-138.

⁶⁸² A relevância é, antes de tudo, um critério lógico: “se uma prova é irrelevante, de fato, não faz sentido questionar se ela é ou não juridicamente admissível, pois sua aquisição seria inútil: via de consequência, o critério de admissibilidade opera unicamente no sentido de excluir do processo provas que seriam relevantes para a verificação dos fatos.” TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 337-338.

relacionando-a a todos os demais meios probatórios eventualmente realizados ao longo do processo e ao lado dos quais será necessariamente cotejada.

Apresentam-se, nessa medida, quatro diferentes problemas a respeito da prova científica, divisíveis em dois diferentes grupos: o primeiro, correspondente à admissibilidade genericamente considerada (que engloba o papel do juiz na admissão da prova, atuando como ‘guardião’ ou *gatekeeper*; os requisitos de admissibilidade; e o grau de confiabilidade da prova) e o outro ao momento valorativo (determinar a correta recepção da prova no processo e sua adequada valoração).⁶⁸³ Essa percepção, construída a partir dos diferentes precedentes expostos, e não apenas com base no caso *Daubert*, aplica-se também ao direito brasileiro, com algumas adaptações.

4.4.1 Premissas: o magistrado como *gatekeeper* e a *parêmia iudex peritus peritorum*

O caso *Daubert* não apenas trouxe uma série de parâmetros inovadores para a compreensão da prova técnica, mas também colocou o julgador em um papel ativo no processo: o de guardião, ou *gatekeeper*, mediando o ingresso na demanda desse meio de prova. Sua função se desempenha ao evitar a produção de prova não confiável, diante do risco de influência que ela poderia ter sobre o *trier of fact* – o júri ou o próprio magistrado, dependendo do caso, no direito estadunidense.⁶⁸⁴ Essa atuação estaria conforme a regra 702 das FRE,⁶⁸⁵ que determina que a *expert witness* pode emitir sua opinião diante da corte se “(c)

⁶⁸³ Os critérios são expostos por DOMINIONI, Oreste. *La Prova Penale Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 139.

⁶⁸⁴ A tal respeito, incluindo estatísticas de casos que efetivamente vão a julgamento: vide MORRISON, Alan B. (org.) *Fundamentals of American Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 75-78.

⁶⁸⁵ Destaca-se o trecho do voto de Rehnquist, CJ: “I do not doubt that Rule 702 confides to the judge some gatekeeping responsibility in deciding questions of the admissibility of proffered expert testimony.” EUA. Suprema Corte. 509 U.S. 579, 113 S.Ct. 2786, 1993. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-102.ZS.html>>. Acesso em 10.01.2015. A regra foi posteriormente alterada, em 2002, para se adaptar ao julgamento do caso *Daubert*, bem como os casos *Kumho* e *Joiner*. Para comentários sobre a alteração, vide NATIONAL RESEARCH COUNCIL, Committee on identifying the needs of the forensic sciences community. *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*. Washington: National Research Council, 2009. p. 92. Registre-se, ainda, que esse papel de *gatekeeper* não acarretou a regra de rejeição da produção da *expert witness*, bem como não alterou o sistema adversarial estadunidense. Nesse sentido, o julgamento proferido no 5º Circuito no julgamento do caso *United States v. 14.38 Acres of Land Situated in Leflore County* (Mississippi, 80 F.3d 1074, 1078 -5th Cir. 1996): “As the Court in *Daubert* makes clear, however, the trial court's role as gatekeeper is not intended to serve as a replacement for the adversary system (...).” Disponível em <<http://openjurist.org/80/f3d/1074/united-states-v-acres-of-land-more-or-less-situated-in-leflore-county-state-of-mississippi-c-iii>>. Acesso em 30.07.2015. A respeito do sistema adversarial, vide HAZARD JR., Geoffrey C., TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure*. New Haven: Yale, 1993. p. 86 e seguintes.

o testemunho é o produto de métodos e princípios confiáveis.”

Essa função não pode ser exercida sem que o julgador tenha o mínimo de conhecimento científico, como já anteriormente desenvolvido. A transposição da exigência constante do *Frye Test* (controle exercido na área de origem do conhecimento através do critério ‘aceitação geral’) para o *Daubert Test*, que coloca o julgador no plano central dessa atividade foi vista como uma abertura ‘liberal’, uma evolução daquela perspectiva vista como ‘conservadora’ pela limitação da atuação do juiz.⁶⁸⁶ A lei não contém, portanto, todos os critérios de admissibilidade, estando ao alcance do julgador defini-los casuisticamente, como reforça a Suprema Corte no julgamento do precedente *Kumho v. Carmichael*. Neste caso, o Justice Brennan, em seu voto que representou a opinião da Corte, salientou que o caso *Daubert* era para ser “de auxílio, mas não definitivo. De fato, todos aqueles fatores não necessariamente se aplicam em cada uma das instâncias em que a confiabilidade de um testemunho científico é testada.”⁶⁸⁷

O preceito estabelecido pelo julgamento *Daubert* se afina com o que há muito se estabeleceu, de que o juiz é o ‘perito dos peritos’, vale dizer, a última palavra, a efetiva decisão, sobre os fatos postos em juízo, é do magistrado, e não do *expert*. Na realidade, a noção calcada na parêmia *iudex peritus peritorum* é mais abrangente do que a noção de *gatekeeper*, especialmente se considerada a distinção entre *trier of law* e *trier of fact* do direito estadunidense. Perceba-se que o termo diz muito mais a respeito da atuação do julgador no momento da *admissibilidade* da prova do que propriamente de sua valoração, enquanto que a noção advinda do termo *peritus peritorum* diz respeito a todas as etapas dessa atividade.⁶⁸⁸

A atuação mais restrita, conectada à noção de *gatekeeper*, consta, no direito brasileiro, do §1º do art. 464 do NCPC, que enumera as situações em que o magistrado indeferirá a perícia, isto é, não admitirá sua produção: a) quando a questão não depender de especial conhecimento técnico; b) quando a perícia for desnecessária diante do material probatório constante do processo; c) quando o objetivo pretendido pela atuação do *expert* é impraticável. Nenhuma delas enuncia diretamente um controle prévio sobre a confiabilidade da prova a ser produzida, por uma razão evidente: enquanto a regra 702 das FRE regula a produção de uma prova científica através da opinião de uma *expert witness*, no direito

⁶⁸⁶ DOMINIONI, Oreste. *La Prova Penale Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 140.

⁶⁸⁷ EUA. Suprema Corte. *Kumho Tire Co. v. Carmichael*. 526 U.S. 137 (1999). Cf. BARNETT, Peter D. *Forensic Science*. Florida: CRC Press, 2001. P. 178.

⁶⁸⁸ LLUCH, Xavier Abel. *La Valoración de la Prueba en el Proceso Civil*. Madrid: La Ley, 2014. p. 129.

brasileiro, a exemplo do que ocorre também no direito francês, espanhol, entre outros⁶⁸⁹, o perito é de confiança do juízo. Seria no mínimo curioso, portanto, que o julgador indeferisse prova por não confiar em seu ‘próprio’ *expert*.

Assim, o exame da confiabilidade da prova, atribuição do ‘juiz-guardião’, ao invés de ser objeto de exame na sua admissibilidade, o será na valoração da prova. Por outro lado, a noção de ‘verificação impraticável’ constante do art. 464, §1º, III, do NCPC, pode ser examinada em aspecto mais amplo, para que se coloque como impraticável pedido de produção de prova pericial que se pretenda científica, mas que não se assente sobre qualquer fundamento minimamente científico.⁶⁹⁰ Não se admite prova pericial com base em evidente *junk science*, a ser verificada não só pelos critérios expostos, mas também pela mediação das máximas de experiência.⁶⁹¹

A atuação mais ampla encontrava-se no art. 436 do CPC/73, mas não foi renovada pelo Novo Código de Processo Civil, que se limitou a referir, em seu artigo 479, que o magistrado tem liberdade na apreciação da prova, devendo indicar na sentença “os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.” Natural que, diante da exigência de apresentação do método, o NCPC, que valoriza a porção motivacional do ato decisório, exigisse particular atenção no tópico. Percebe-se que, ainda que alterando a redação anterior, a noção *iudex peritus peritorum* foi mantida. Não é do perito a palavra final quanto aos fatos ocorridos no processo. Sua atuação tem por objetivo a integração dos conhecimentos do juiz para que ele possa decidir e não implica “que o juiz delegue a decisão ao consultor.”⁶⁹²

A *Corte di Cassazione* reforça o entendimento do controle do *método*, com a *devida e indispensável fundamentação*, como adotado pela lei brasileira, frisando que

⁶⁸⁹ No art. 568 do Código de Processo Civil português, além da nomeação de comum acordo pelas partes, possibilidade também aventada pelo direito brasileiro (art. 471, NCPC), consta que a perícia é “requisitada pelo tribunal a estabelecimento, laboratório ou serviço apropriado ou, quando tal não seja possível ou conveniente, realizada por um único perito, nomeado pelo juiz entre as pessoas de reconhecida idoneidade e competência na matéria em causa.”

⁶⁹⁰ *Justice* Blackmun, no julgamento do caso *Daubert*, refere um exemplo adequado à distinção: para a prova de uma noite especialmente escura, há de se admitir a participação de um perito que analise as fases da lua e condições de luminosidade, mas não há cabimento em se permitir a participação de um *expert* para que examine essas mesmas fases lunares e ofereça qualquer tipo de conclusão se, naquela noite específica, um indivíduo pode ter sido afetado e levado a agir de forma irracional. EUA. Suprema Corte. *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals*. 509 U.S. 579, 113 S.Ct. 2786, 1993. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-102.ZO.html>>. Acesso em 10.01.2015.

⁶⁹¹ “Quando o juiz não puder afirmar que a verificação técnica do fato é impraticável, deve ser deferida e realizada a prova pericial, ainda que seja para chegar-se à conclusão de que a verificação do fato é inviável.” MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015. p. 468.

⁶⁹² COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado, TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile – I. Il processo ordinario di cognizione*. 5ª ed. Bologna: Il Mulino, 2011. p. 532.

La razionale ponderazione, naturalmente, trova il suo momento di obiettiva emersione nella motivazione della sentenza, in cui occorre in primo luogo dar conto del controllo esercitato sull'affidabilità delle basi scientifiche del giudizio. Si tratta di valutare l'autorità scientifica dell'esperto che trasferisce nel processo la sua conoscenza della scienza; ma anche di comprendere, soprattutto nei casi più problematici, se gli enunciati che vengono proposti trovano comune accettazione nella comunità scientifica. Da questo punto di vista il giudice è effettivamente, nel senso più alto, *peritus peritorum*: custode e garante della scientificità della conoscenza fattuale espressa dal processo. Le indicate modalità di acquisizione ed elaborazione del sapere scientifico all'interno del processo rendono chiaro che esso è uno strumento al servizio dell'accertamento del fatto e, in una peculiare guisa, parte dell'indagine che conduce all'enunciato fattuale. Ne consegue con logica evidenza che la Corte di legittimità non è per nulla detentrica di proprie certezze in ordine all'affidabilità della scienza, sicchè non può essere chiamata a decidere, neppure a Sezioni Unite, se una legge scientifica di cui si postula l'utilizzabilità nell'inferenza probatoria sia o meno fondata. Tale valutazione, giova ripeterlo, attiene al fatto, è al servizio dell'attendibilità dell'argomentazione probatoria ed è dunque rimessa al giudice di merito che dispone, soprattutto attraverso la perizia, degli strumenti per accedere al mondo della scienza.⁶⁹³

A não vinculação do julgador ao resultado da atividade pericial, embora comumente aceita na legislação e doutrina,⁶⁹⁴ vem enfrentando duras críticas diante da necessidade de se atualizar o brocardo. A crise se evidenciaria na medida em que existe uma diferença fundamental entre juiz e perito: este possui conhecimento técnico especializado, absolutamente desconhecido do primeiro – como poderia, ele, então, revisar o conteúdo das conclusões periciais, apresentadas na forma de laudo ou de apresentação oral? O risco reside na possibilidade de que a prova seja aceita de forma “acrítica e automática”, tendo por “verdadeiros os argumentos que os peritos tenham produzido como consequência de sua participação no processo.”⁶⁹⁵ A valoração da prova pericial não se apresenta como operação distinta da valoração dos demais meios de prova, “mas é uma operação mais intensa e complexa, porque os dados sobre os quais opera são técnicos e [...], diferente do depoimento testemunhal, que se origina em um ato de percepção, origina-se de raciocínio associativo.”⁶⁹⁶

⁶⁹³ ITÁLIA. Corte di Cassazione. Cassazione Penale, Sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786. O entendimento do controle do método tem origem em julgamento de 1990 da Corte di Cassazione, julgando o tema do desastre ocorrido no Vale de Stava em 1985, quando houve um rompimento de diques descarregando mais de 180.000 m³ de lama sobre esse vale, matando 268 pessoas. Naquela ocasião, referiu a Corte que “as leis da ciência devem receber confirmação mediante o recurso a métodos de prova racionais e controláveis”, mas não precisou quais seriam tais métodos – embora tenha destacado sua importância e novamente reforçando a atuação do julgador como *peritus peritorum*. STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 437.

⁶⁹⁴ CHAVES, Manoel Matos Araujo. *La Prueba Pericial*. Lisboa: Editorial Juruá, 2013. p. 180 e seguintes,

⁶⁹⁵ RÍOS, Eva Isabel Sanjurjo. *La prueba pericial civil. Procedimiento y valoración*. Madrid: REUS, 2013. p. 246.

⁶⁹⁶ LLUCH, Xavier Abel. *La Valoración de la Prueba en el Proceso Civil*. Madrid: La Ley, 2014. p. 129.

O jurista espanhol Xavier Lluch propõe, a partir dessa colocação, a revisão do princípio para *iudex est custos peritorum*, já que se limita a vigiar o raciocínio do perito e sua atuação. Embora sedutora, a proposta poderia engessar a atuação do julgador que deve poder avaliar, de forma fundamentada, o material probatório carreado aos autos. Dizê-lo mero fiscal da atuação pericial tornaria inútil a participação de assistentes técnicos, cujas conclusões não poderiam ser adotadas em detrimento do laudo oficial, se o método empregado não fosse questionável. O fato é que prova pericial não deve apenas se sustentar *per se*, mas também quando confrontada com os demais meios de prova carreados aos autos, evidenciados laudos particulares (documentos) produzidos pelas partes, laudos dos assistentes técnicos, artigos especializados (igualmente documentos) apresentados pelos interessados ou até por eventual *amicus curiae*. Aqui, particularmente relevante a noção anteriormente exposta de *Funderentismo*, retomada na porção final deste trabalho. A obtenção de uma crença justificada, i.e., uma decisão fundamentada, também se apresenta no cruzamento do material probatório disponível.

Noutra linha, a crítica ao *iudex peritus peritorum* tem em conta a exigência de que, para que o juiz avalie o resultado da atividade pericial, seja ele também um especialista, possuidor de um conhecimento ‘enciclopédico’.⁶⁹⁷ Essa percepção é falsa, como bem reconheceu a Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid, em 12 de abril de 2005, concluindo que “no es lo mismo no saber hacer lo que hace el perito, que apreciar luego sus argumentos, puesto que el que no sabe hacer una cosa, puede, sin embargo, criticarla.”⁶⁹⁸ A crítica aqui mencionada notadamente reforça a perspectiva anterior, de exame *metodológico* da atividade pericial, sem afetar a grande relevância prática do princípio.⁶⁹⁹

O princípio segue válido, portanto, não com restrições, mas com advertências e reformulações pontuais, culturais e técnicas, com destaque para a visão equivocada de ciência

⁶⁹⁷ RIVELLO, Pier Paolo. *La Prova Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2014. p. 174. Assinala: “Outras perplexidades subsistem na hipótese em que existam respostas dos peritos em sentidos opostos, enquanto na medida em que entre os peritos se apresenta uma série divergência de opiniões, o juiz, para poder decidir esse contraste, deveria possuir mais conhecimentos técnicos que os próprios peritos.” Idem, *ibid.*, p. 175.

⁶⁹⁸ ESPANHA. Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid. Sec. 10, n. 387/2004, n. resolução 275/2005. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/search/>>. Acesso em 20.06.2015. A decisão será melhor examinada no capítulo 4, e também é utilizada por LLUCH, Xavier Abel. *La Valoración de la Prueba en el Proceso Civil*. Madrid: La Ley, 2014. p. 131.

⁶⁹⁹ Como se percebe na jurisprudência dos tribunais: “A opinião dos peritos a respeito do meio cruel não vinculam nem limitam a livre apreciação da prova pelo juiz da causa, pois conforme o brocardo: *iudex est peritus peritorum*. O conceito de crueldade é jurídico, não médico.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito Nº 70061341418, Terceira Câmara Criminal, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 02/10/2014. Ainda, denotando o problema apontado: “O juiz - sabemos todos - é o “*peritus peritorum*”. Não tem o magistrado que dobrar a cerviz ao laudo, somente porque firmado por técnico. A jocosamente chamada “jurisdição dos peritos” não deve ganhar sempre.” BRASIL. STJ. Decisão monocrática no AREsp nº 223.856, j. 23.04.2014, publicado em 29.04.2014.

ou de achado científico como sinônimo de verdade.⁷⁰⁰ A dificuldade reside em “estabelecer quais são os critérios que o juiz pode e deve aplicar para valorar a qualidade e validade do conhecimento científico”,⁷⁰¹ sem recair ou em visão cética e sem desamparada de fundamentos. O que se torna inviável é pretender colocar o julgador no mesmo plano de conhecimento do consultor técnico, até mesmo em conta do incessante progresso técnico e científico. Não há solução para o tema que não passe pela exigência de motivação adequada e o mais completa possível⁷⁰², o que também reclama por uma adequada valoração da prova pericial como um direito inafastável das partes processuais. Admitido que as bases sobre as quais se fundava o princípio estão obsoletas⁷⁰³, impõe repensá-lo a partir do direito fundamental à prova e da perspectiva epistemológica previamente estabelecida, somados a alguns dos critérios que passa-se a examinar.

4.4.2 Falseabilidade: um não-critério

A partir do reconhecimento do papel mais ativo do julgador na produção da prova pericial, passa-se ao exame dos critérios de admissibilidade da prova, levando em conta o caso *Daubert*. Nem todos esses critérios são necessariamente aproveitáveis como também de *admissibilidade* para o direito brasileiro, podendo valer, todavia, como critérios valorativos, como se verá.

O primeiro critério empregado no caso *Daubert* foi o da falseabilidade encontrado em Popper – só é ciência aquela que pode ser testada e provada errada.⁷⁰⁴ Outro autor da área

⁷⁰⁰ DOMINIONI, Oreste. *La Prova Penale Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 333.

⁷⁰¹ DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 157.

⁷⁰² NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 387. Exigindo também a completude da motivação: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009. p. 139. Assinala, no ponto, Mitidiero: “A completude da decisão tem que ser aferida em função da atividade das partes, das alegações por essas produzidas com o fito de convencer o órgão jurisdicional de suas posições jurídicas.”

⁷⁰³ RIVELLO, Pier Paolo. *La Prova Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2014. p. 173. Veja-se, ainda, a crítica de NOBILI, op. cit., p. 384 e seguintes. Refere o jurista italiano: “A questo riguardo la giurisprudenza è costantemente concorde nel riconoscere che, ‘se il giudice è libero nella formazione del proprio convincimento... [egli], pur valendosi della guida di ordine tecnico, che può essergli fornita dal perito, non è tenuto ad accoglierne in modo assoluto e incondizionato il responso. (...) L’opinione, pur assolutamente pacifica in giurisprudenza e pur estremamente diffusa in dottrina, non ha mancato di suscitare talune perplessità e dissensi.” Idem, *ibid.* p. 384/385.

⁷⁰⁴ As considerações da Suprema Corte foram efetuadas no julgamento de um caso civil, podendo se questionar sua validade para casos penais, pois o standard exigido para a prova é diferente; naquele, o modelo adotado é do mais provável que não, enquanto que nestes o parâmetro é o da dúvida razoável. STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 441.

da filosofia das ciências também é mencionado – Carl Hempel – por sua consideração de que “método científico hoje é baseado em gerar hipóteses e testá-las para verificar se podem ser falsificadas; de fato, esta metodologia, é o que distingue a ciência dos outros campos de investigação humana.”⁷⁰⁵ A crítica evidente localiza-se na própria decisão, no voto dissidente do *Chief Justice* Rehnquist⁷⁰⁶, concordando em parte o *Justice* Stevens. Preocupou-se, de início, com as consequências do julgado. Encontrou, nos *dicta*,⁷⁰⁷ uma quantidade grande de opiniões que as cortes inferiores poderiam entender aplicáveis à busca de *expert witnesses* confiáveis. Para o *Chief Justice*, as conclusões do julgado exigiriam dos magistrados mais do que a regra 702 impõe, pois não requer sejam eles cientistas amadores ou desempenhem esse papel. Refere que se sente “perdido em saber o significado de que se diga que o estado científico de uma teoria depende de sua falseabilidade, e acredito que eles [os juízes] também se sentirão assim.”⁷⁰⁸

O critério de falseabilidade, *prima facie*, soa demasiado complexo para ser aplicado de forma abrangente por todos os julgadores. A prova disso é que a própria decisão da Suprema Corte confunde os estudos de Hempel e Popper, como se pudessem ser utilizados de forma complementar – mas são antagônicos. A *falseabilidade* não parece ser, nem para Popper, o critério definitivo para demarcação do que é e não é ciência.⁷⁰⁹ O objetivo do

⁷⁰⁵ EUA. Suprema Corte. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*. 509 U.S. 579, 113 S.Ct. 2786, 1993. <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-102.ZO.html>>. Acesso em 10.07.2015.

⁷⁰⁶ Cujá íntegra encontra-se disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-102.ZX.html>>. Acesso em 10.06.2015.

⁷⁰⁷ Geralmente, os *obiter dicta* são definidos como tudo que “no contexto da motivação, não fazem parte de uma argumentação justificativa específica ou não constituem um elemento dotado de função justificativa autônoma”. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*, Padova: CEDAM, 1975. p. 312. A relevância dos *obiter dicta* é negada por CORDOPATRI, Francesco. *La Ratio Decidendi. Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. XLV, n. 1, CEDAM, p.192, jan./mar., 1990. Contudo, a opinião emitida pelo *Chief Justice* Rehnquist, justamente preocupado com o exame dos *dicta* do julgado, demonstra que existe, sim, um papel por eles desempenhado, com possibilidade de influência nas decisões das cortes inferiores. Sobre a relevância dos *dicta* como uma chave interpretativa para os motivos ocultos da decisão judicial: FORSTER, João Paulo Kulczynski. *O Controle da Decisão Judicial e da Fundamentação Atrás da Fundamentação*. 2011. 218f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, UFRGS, Porto Alegre, 2011. p. 84 e seguintes.

⁷⁰⁸ 600-601 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/case.html>>. Acesso em 10.06.2015. O CJ Rehnquist estava correto em sua preocupação: uma pesquisa realizada em 2001 apontou que um número surpreendente de juízes (91%) desempenhava o papel de *gatekeeper* como preconiza o julgado, mas que “não possuíam um bom entendimento dos *Daubert standards* ou como aplica-los.” DIXON, Lloyd, GILL, Brian. *Changes in the Standards for Admitting Expert Evidence in Federal Civil Cases Since the Daubert Decision*. Santa Monica: Rand Institute, 2001. p. 6.

⁷⁰⁹ O filósofo austríaco teria referido que seu critério de demarcação é uma ‘convenção’, e que o conhecimento científico é contínuo como o senso comum. HAACK, Susan. *Putting Philosophy to Work*. Edição expandida. New York: Prometheus Books, 2013. p. 167. A origem dessa busca de Popper se deveria à insatisfação com alguns debates travados em Viena, no período após a I Guerra Mundial, em particular com marxistas e psicanalistas. Na visão destes indivíduos, tudo parecia confirmar suas teorias – no caso dos primeiros, um simples abrir de jornal e dos segundos de análises que nem dependiam da presença do paciente. Ao contrário, a teoria da relatividade de Einstein, muito debatida na época e de grande aplicação prática, poderia ser facilmente questionada se qualquer de suas previsões sobre o mundo se provasse falsa. O objetivo de Popper era, ao menos inicialmente, criar um critério demarcatório entre ciência e não ciência, e também distinguir

critério é discriminar as verdadeiras ciências empíricas de mitos pré-científicos e de outras disciplinas não científicas (como a história).⁷¹⁰ As teorias testadas e ainda não falsificadas são apenas ‘corroboradas’⁷¹¹, representando exclusivamente sua performance anterior, não dizendo nada sobre sua perspectiva futura ou sobre a “confiabilidade de uma teoria; mesmo a melhor testada das teorias não é ‘confiável’”.⁷¹² O objetivo da Suprema Corte em estabelecer não apenas a admissibilidade da prova científica, mas também sua confiabilidade, fracassa ao se valer do critério demarcatório popperiano, que não se preocupa com esse critério – e quando o menciona, o faz entre aspas.

O recurso a Hempel não resolve o problema. Sua teoria do conhecimento científico exige que este se baseie em verificação empírica ou testagem, de forma um tanto ampla e vaga, em nada auxiliando no quesito confiabilidade, e nem está no centro de sua preocupação utilizar um critério demarcatório como o empregado por Popper. Critica o filósofo austríaco e seu raciocínio por “envolver uma restrição muito severa das possíveis formas de desenvolver hipóteses científicas.”⁷¹³ Na realidade, eles falavam sobre coisas diversas e possuíam visões radicalmente diferentes sobre os mesmos temas.⁷¹⁴ Hempel se preocupava com uma questão técnica: “as relações lógicas entre observações e teorias. Popper tinha um objetivo mais amplo: explorar os usos e limitações da ciência.”⁷¹⁵

Diga-se, ainda, que mesmo à época do julgamento *Daubert*, já havia contestação às ideias de Popper. Um argumento bastante simples reside na flexibilidade inerente às teorias científicas. Uma teoria, quando questionada e talvez provada falsa, pode se reajustar para contornar o equívoco apontado, tornando-se, uma vez mais, ‘verdadeira’. Mesmo a teoria

ciência boa da má ciência. FOSTER, Kenneth R., HUBER, Peter W. *Judging Science*. Cambridge: MIT Press, 1999. pp. 38-39.

⁷¹⁰ “It is also vital to Popper’s account of the scientific method as “conjecture and refutation”: making a bold, highly falsifiable guess, testing it as severely as possible and, if it is found to be false, giving it up and starting over rather than protecting it by ad hoc or ‘conventionalist’ modifications.” HAACK, Susan. *Putting Philosophy to Work*. Edição expandida. New York: Prometheus Books, 2013. p. 167. A autora também recorda que a falseabilidade já havia sido mencionada em caso anterior como critério de demarcação uma década antes de *Daubert*, no julgamento *McLean v. Arkansas Board of Education*. O caso dizia respeito a uma lei do Arkansas que exigia que as escolas dessem igual tratamento à teoria da evolução e à teoria criacionista. O critério de falseabilidade, dentre outros, foi utilizado para demonstrar que a ciência criacionista não era, na realidade, ciência. Idem, *ibid.* p. 168. Para os critérios utilizados, vide FOSTER, Kenneth R., HUBER, Peter W. *Judging Science*. Cambridge: MIT Press, 1999. p. 54.

⁷¹¹ Atente-se para a tradução equivocada efetuada por Rudolf Carnap da obra de Popper, ao verter para o inglês o termo *Bewährung* como ‘confirmação’. Inicialmente ignorado por Popper, o erro foi depois corrigido de forma clara, afirmando que *confirmação* não deveria ser confundida com *corroboração*, o significado efetivo pretendido para o termo. HAACK, Susan. *Putting Philosophy to Work*. Edição expandida. New York: Prometheus Books, 2013. p. 168-169.

⁷¹² *Ibid.*, p. 169.

⁷¹³ *Ibid.*, p. 169.

⁷¹⁴ LECLERC, Olivier. *Le Juge et L’Expert*. Paris: LGDJ, 2005. p. 390.

⁷¹⁵ FOSTER, Kenneth R., HUBER, Peter W. *Judging Science*. Cambridge: MIT Press, 1999. p. 42.

geocêntrica de Ptolomeu poderia ser adaptada à crítica sob a alegação de que “os planetas se movem em epiciclos complexos ao redor da Terra.”⁷¹⁶ Os próprios cientistas encontram dificuldade na ‘falsificação’ de teorias – logo, o critério demarcatório de Popper não é útil, muito menos se empregado por alguém fora do meio científico.

O primeiro critério elencado pela Suprema Corte no julgamento Daubert não é, na realidade, válido enquanto tal. Não por acaso, decisões posteriores (Kumho e Joiner) não retomaram essa “filosofia judicial das ciências”. A preocupação não é meramente acadêmica com a imprecisão dos termos empregados pela Corte. A exigência de que se usem os conhecimentos de Popper e Hempel acabou tornando a decisão hermética para a ampla maioria dos julgadores, possivelmente colocando em xeque os demais critérios, que não são tão problemáticos. O fato é que não existe um ‘método científico’ “da maneira que a Corte presumiu: nenhum modo único de inferência ou procedimento investigativo é usado por todos os cientistas e apenas por cientistas.”⁷¹⁷ A tentativa da Suprema Corte foi de criar, assim como pretendia (ao menos inicialmente) Popper, um critério demarcatório claro, que talvez não exista com a amplitude e simplicidade pretendidas.⁷¹⁸

Mesmo o emprego de outro critério, como a proposta de separação de ciências tradicionais de não convencionais, não preenche essa necessidade de forma ampla e genérica. Algumas ciências inovadoras são aprofundamentos daquelas ciências tradicionais. Não basta verificar que a Medicina é uma ciência tradicional, quando, ramificada dela, existem pesquisas com células tronco em grande parte inconclusivas de seu uso e possível sucesso no tratamento de doenças degenerativas. Qualquer critério de demarcação utilizado

⁷¹⁶ FOSTER, Kenneth R., HUBER, Peter W. *Judging Science*. Cambridge: MIT Press, 1999. p. 46.

⁷¹⁷ “*Rather, scientific inquiry builds on the inferences, desiderata, and constraints common to all serious investigation by means of its vast array of constantly evolving local ways and means of stretching the imagination, amplifying reasoning power, extending evidential reach, and stiffening respect for evidence.*” Tudo cf. HAACK, Susan. *Putting Philosophy to Work*. Edição expandida. New York: Prometheus Books, 2013. p. 170.

⁷¹⁸ Filósofos referem que existe uma característica essencial apta a distinguir a ciência da não-ciência, mas não foram capazes de determinar qual seria essa característica. O fracasso de Popper reside na dificuldade de aplicação do critério por ele criado. Alguns sociólogos da ciência insistem numa distinção sociológica deste corte, concluindo que a “ciência é o que os cientistas fazem, e tentativas, por cientistas, de excluírem algumas atividades intelectuais da denominação ‘ciência’ é uma forma de disputa de território intelectual.” FOSTER, Kenneth R., HUBER, Peter W. *Judging Science*. Cambridge: MIT Press, 1999. p. 47. Complementando essa visão, refere Sheila Jasanoff: “(...) science is socially constructed. According to a persuasive body of work, the “facts” that scientists present to the rest of the world are not simple reflections of nature; rather, these “facts” are produced by human agency, through the institutions and processes of science, and hence they invariably contain a social component. 3 Facts, in other words, are more than merely raw observations made by scientists exploring the mysteries of nature. Observations achieve the status of “facts” only if they are produced in accordance with prior agreements about the rightness of particular theories, experimental methods, instrumentation techniques, validation procedures, review processes, and the like. These agreements, in turn, are socially derived through continual negotiation and renegotiation among relevant bodies of scientists.” JASANOFF, Sheila. What Judges Know about Sociology of Science. *Jurimetrics*, American Bar Association, vol. 32, no. 2 mar/mai 1992. p. 347.

aprioristicamente se apresentará arbitrário e apenas acidentalmente adequado, já que existem diversos métodos científicos que embasam pesquisas bastante diversificadas e às vezes contrapostas.⁷¹⁹ Oportuna a lembrança das críticas de Feyerabend, com todas as restrições que sua visão merece, voltadas, literalmente, ‘contra o método’. A ciência necessita de liberdade, e não de leis ou regras específicas a respeito de seu método, universalizáveis e empregadas por todos os ramos da ciência.⁷²⁰ A única hipótese que pode ser aventada em que esse critério ganhe alguma relevância no plano valorativo, é de que o juiz deve verificar se a metodologia ou teste aplicados já sofreram algum tipo de contraprova. Se, até a data de realização da prova técnica, não havia nenhum tipo de contraexemplo desmentido a metodologia, ela possui uma confiabilidade forte, do contrário, a lei científica sobre a qual ela se baseia não foi confirmada por não ter sido repetida ao menos em uma situação.⁷²¹

4.4.3 Revisão pelos pares (*peer review*)

Quanto ao segundo critério, refere o *Justice Blackmun* considera relevante considerar se a teoria ou técnica foi submetida à revisão dos pares (*peer review*) do *expert* e à publicação. No entanto, o próprio julgador ressalva que a publicação é apenas *uma* forma de revisão pelos colegas e “não é um *sine qua non* de admissibilidade,”⁷²² por não atestar, necessariamente, a confiabilidade da prova. Novamente, encontra-se crítica na medida em que, embora onipresente “na ciência, o termo não corresponde a um único e universalmente aceito conjunto de práticas.”⁷²³ Não há uma única forma de *peer review*.⁷²⁴

⁷¹⁹ STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 456.

⁷²⁰ Vide FEYERABAND, Paul. *Against Method*. 4ª ed. London: Verso, 2010.

⁷²¹ STELLA, op. cit., p. 464.

⁷²² EUA. Suprema Corte. 509 U.S. 579, 113 S.Ct. 2786, 1993. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-102.ZS.html>>. Acesso em 10.01.2015.

⁷²³ “Common differences in editorial peer-review practices relate to such matters as the number of referees and the nature of the guidance provided to the referee by the editor. Another major area of divergence is the degree of confidentiality in the review process. Many journals favor “double-blind” review, in which neither the author nor the reviewer learns the other’s identity. However, it is not uncommon for editors to reveal the author’s identity to the reviewer, and signed reviews are the norm for some scientific journals.” JASANOFF, Sheila. *The Fifth Branch: Science Advisers as Policymakers*. Cambridge: Harvard University Press, 1990. p. 64. A autora refere também que existem amarras que impede que o *peer review* desempenhe um papel mais determinante nas publicações científicas, já que esse trabalho é balanceado pelo editor das publicações científicas, que pode desejar privilegiar um trabalho inovador, ainda que não tecnicamente perfeito; mais adiante assinala possíveis preconceitos de alguns tipos de revisores. Idem, *ibid.* p. 67 e p. 79, respectivamente.

⁷²⁴ Muito comum em alguns países é o sistema da revisão pelos pares *antes* da publicação do estudo, oportunizando ao autor já possa efetuar algumas correções (ou contornar críticas) previamente à oficialização

Ademais, a qualidade da revista que circulou a publicação também deverá ser sopesada. No Brasil, em particular, há o Qualis-Periódicos da CAPES, que possui critérios para indexar, em diferentes qualidades (iniciando em A1, A2, B1 a B5, C e não classificados), os periódicos em circulação no país.⁷²⁵ Essa classificação é de conhecimento do meio acadêmico, mas possivelmente de conhecimento bastante restrito nos tribunais.

De outro lado, o *Justice Blackmun* assinala que alguns temas podem ser muito novos ou excessivamente particulares para despertarem interesse de publicação, concluindo que a “publicação (ou ausência de) em um periódico com revisão dos pares será uma relevante, mas não dispositiva, consideração para *valorar* a validade científica de uma técnica ou método [...]”.⁷²⁶ Trata-se, pelo que se depreende da própria decisão proferida no caso *Daubert*, não de um critério de admissibilidade, senão uma forma de ponderar o seu valor: demonstra-se, para o direito brasileiro, *um parâmetro a ser levado em conta acerca da confiabilidade do resultado da atividade pericial no momento de valoração desta pelo magistrado*.

A qualidade da prova técnica e a vinculação lógico-racional que se extraem dela relacionam-se à publicação do método empregado em periódicos científicos, preferencialmente de boa indexação. Trata-se de um critério um tanto idealista e que não confere confiabilidade plena ao método empregado, mas que pode ajudar a compor a valoração da prova pelo julgador, municiando-lhe de critério objetivo para realizar uma tarefa que ordinariamente poderia não estar ao seu alcance.

4.4.4 Margem de erro, standards de controle e o problema das soft sciences

O terceiro critério trazido pelo caso *Daubert* é que seja apontada a margem de erro aplicável ao caso: “no caso de uma particular técnica científica, a corte deve ordinariamente considerar a conhecida ou potencial margem de erro [...] e a existência e manutenção de

de seu estudo e respectivas conclusões. Esse *pre-publication peer review* também possui suas limitações (e falta de uniformidade), assim como a revisão pós-publicação, que depende da integridade dos autores, revisores, editores e editoras. HAACK, Susan. *Evidence Matters*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 162-164. A autora também registra que cada publicação possui seus critérios, referindo a preocupação do editor do *The Lancet*, um dos mais respeitados periódicos em Medicina do mundo, que afirmou que o sistema de *peer review* é um modelo caro, lento, tendencioso, aberto a abusos, possivelmente anti-inovação e incapaz de detectar fraudes.” Idem, *ibid.*, p. 167.

⁷²⁵ Classificação da produção intelectual pela CAPES. Disponível em: <<http://www.capes.gov.br/avaliacao/instrumentos-de-apoio/classificacao-da-producao-intelectual>>. Acesso em 05.08.2015.

⁷²⁶ EUA. Suprema Corte. *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals*. 509 U.S. 579, 113 S.Ct. 2786, 1993. Disponível em: < <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-102.ZO.html> >. Acesso em 10.01.2015.

standards controlando o uso da técnica.”⁷²⁷ Nessa passagem também se localiza outra exigência, da necessidade e existência alguma forma de controle da metodologia empregada, um quarto critério, portanto.

No que diz respeito à margem de erro, o critério se apresenta *valorativo* e não propriamente de admissibilidade, por um simples motivo: a margem de erro será apresentada, no direito brasileiro, pelo perito em seu laudo, que conterà o método empregado. Caso o perito não apresente a margem de erro por iniciativa própria, *é dever do julgador exigir-lhe a apresentação desse dado*, ou, noutro viés, *é direito das partes de questionar-lhe a respeito*, quando pertinente, em ambos os casos. Esta exigência bem representa o motivo da presunção que se estabeleceu a partir dos exames de DNA objetivando determinar filiação no direito brasileiro, originando a já comentada Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça. Só que a ‘infalibilidade’⁷²⁸ normalmente atribuída a este tipo de prova técnica diz respeito apenas à genética populacional (taxa de sucesso de que aquela amostra seja de uma pessoa específica). Não se leva em conta a margem de erro (bastante variável) de um laboratório para outro, que não depende apenas de questão metodológica, mas procedimental. Em alguns casos desse tipo certos laboratórios demonstram taxas de ‘falso-positivo’ que iam de 0,1% a 1% - sem incluir, nesse cálculo, possíveis erros de coleta e manuseio.⁷²⁹

Nesse âmbito, destaca-se o rigor que as cortes estadunidenses possuem em se tratando de prova que envolva coleta de DNA, a partir do que se denomina a *chain of evidence* ou *chain of custody*.⁷³⁰ Esse requisito exige que o material coletado possua uma clara sequência de custódia, não podendo haver excessiva manipulação das evidências arrecadadas. Como se decidiu no caso *Rodgers v. Commonwealth*, “a substância analisada passou por diversas mãos, não podendo deixar aberto a conjeturas o que foi feito com ela entre a coleta e a realização da análise.” Com efeito, uma prova que não respeita os padrões mínimos de autenticidade, acaba por caracterizar-se como insatisfatória e inconclusiva, não

⁷²⁷ EUA. Suprema Corte. *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals*. 509 U.S. 579, 113 S.Ct. 2786, 1993. Disponível em: < <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-102.ZO.html> >. Acesso em 10.01.2015.

⁷²⁸ A respeito do mito da infalibilidade: ABELLÁN, Marina Gascón. *Prueba Científica: un mapa de retos*. VÁZQUEZ, Carmen (org.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 185.

⁷²⁹ Tudo cf. FOSTER, Kenneth R., HUBER, Peter W. *Judging Science*. Cambridge: MIT Press, 1999. pp. 95. Os autores referem diversos padrões aplicáveis nos Estados Unidos, a partir da atuação de órgãos reguladores, que podem auxiliar na compreensão das margens de erro envolvendo toxicologia e estudos de fármacos. *Idem*, *ibid.* p. 100.

⁷³⁰ A origem dessa exigência conecta-se à Regra 901 das *Federal Rules of Evidence*: “Authenticating or Identifying Evidence. (a) In General. To satisfy the requirement of authenticating or identifying an item of evidence, the proponent must produce evidence sufficient to support a finding that the item is what the proponent claims it is.” Disponível em: <<http://federalevidence.com/rules-of-evidence#Rule901>>. Acesso em 20.01.2015. Sobre o tema, mas na perspectiva do Direito Inglês, vide TAPPER, Colin. *Cross & Tapper on Evidence*. 12ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 513.

podendo “estabelecer além da dúvida razoável que o sangue analisado era do réu”, porque não há como comprovar “que o sangue examinado é o sangue coletado.”⁷³¹

Valorar essa margem de erro é uma pesada exigência que se impõe ao julgador, mas é um critério adequado. O objetivo é estabelecer qual seria o erro e chance de ele se apresentar que afetaria a conclusão do perito. Esses erros podem afetar a *confiabilidade* de um teste, por exemplo, com resultados não reproduzíveis, ou sua *validade*, representada por uma incorreta interpretação dos dados. A confiabilidade caracteriza-se pela “medida que um experimento, teste ou qualquer tipo de procedimento de avaliação apresente o mesmo resultado em diferentes tentativas.”⁷³² A validade, de seu turno, “é a medida em que qualquer instrumento de aferição avalia o que é projetado para avaliar; isto é, leva em conta a relação entre conceito e indicador.”⁷³³

Um método científico que não possua uma declarada e reconhecida margem de erro não é um método que foi suficientemente testado. Essa técnica, sem taxa de erros conhecida, não pode ser levada em conta pelo julgador, pois não se possui a mais remota ideia se aquela conclusão realmente se assenta dentro de algum tipo de margem de erro minimamente tolerável.⁷³⁴ O problema é que uma porção bastante significativa dos relatórios científicos está equivocada, por vezes, por conta de excesso de confiança de seus autores e outras falhas humanas típicas oriundas da paixão por uma atividade.⁷³⁵

A razão de ser deste critério é elementar: a conclusão técnica que se baseia sobre

⁷³¹ As passagens são de EUA. Supreme Court of Virginia. *Rodgers v. Commonwealth*, 197 Va. 527, 90 S.E. (2d) 257, 260. Disponível em: <<https://casetext.com/case/rodgers-v-commonwealth>>. Acesso em 25.05.2015.

Uma situação similar foi percebida em caso de investigação de paternidade julgado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Restou decidido que “se não há demonstração de que o exame foi fraudado, não há justificativa plausível para a repetição de exame de DNA que categoricamente excluiu a paternidade imputada ao apelado, não cabe acolher a pretensão de reabertura da fase de instrução da ação de investigação de paternidade.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. APL 173866/2014; Capital; Red. Desig. Des. Sebastião de Moraes Filho; Julg. 17/06/2015; DJMT 03/07/2015; Pág. 25.

⁷³² Tudo cf. FOSTER, Kenneth R., HUBER, Peter W. *Judging Science*. Cambridge: MIT Press, 1999. pp. 69-70.

⁷³³ *Ibid.*, p. p. 69.

⁷³⁴ Federico Stella registra o alarmante dado, a partir de autópsias realizadas, que aponta uma taxa de erro de 39 a 60% nos diagnósticos médicos – e isso é particularmente delicado no âmbito do processo penal, que se vale intensamente da atuação médico-legal. STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 468.

⁷³⁵ FOSTER, Kenneth R., HUBER, Peter W., op. cit., p. 83. Os autores recordam que os padrões ISO dificilmente seriam atendidos pela maior parte das publicações e pesquisas científicas. Como esses padrões exigem testagem intensa e são voluntários, poucas pesquisas efetivamente cumprem essas determinações, deixando, novamente, em aberto a questão do erro e de sua quantificação. *Idem*, *ibid.* p. 82. De outro lado, particularmente no Caso Daubert, os autores trazem informação bastante relevante: um dos *experts* que trabalhou para diversos autores nas demandas contra o laboratório Merrell Dow, Alan Done, não apresentava seu método nas primeiras declarações que produzira. Junto com seu *affidavit*, anexavam-se outras declarações, apenas confirmando que sua metodologia era epidemiologicamente consistente. No entanto, quando Done finalmente apresentou uma tabela, os *experts* trabalhando para a defesa “descobriram dezenas de erros na análise dele, desde simples equívocos tipográficos, erros aritméticos e representações errôneas até graves deficiências metodológicas.” *Idem*, *ibid.* p. 104.

erro induzirá também o julgador em erro, acarretando uma decisão necessariamente injusta, por se fundar em uma valoração equivocada dos fatos e provas.⁷³⁶ Aqui também se recorda o indesejado erro na visão de Larry Laudan, que se apresenta quando há a condenação de um inocente ou a absolvição de um culpado.⁷³⁷ A prova técnica deve ser cuidadosamente valorada para que não conduza à conclusão equivocada do magistrado.⁷³⁸

No julgamento *Daubert*, a Suprema Corte invoca dois casos para embasar estes terceiro e quarto critérios. Ambos dizem respeito a identificações vocálicas (*voiceprints*). Em *United States v. Williams*, partindo do pressuposto que não há critério definido, universal e claro sobre a admissibilidade de todas as provas, afastando ainda o *Frye test*, a Corte estabeleceu a importância de determinar se aquele tipo de análise espectrográfica da voz havia atingido um nível suficiente de confiabilidade para ser utilizada – e não verificar se o método era infalível. O critério de aceitação geral poderia induzir em erro na medida em que avaliar a precisão de um método não consiste em contar quantos cientistas o suportam e quantos são contra ele. O réu havia apresentado uma lista de dez cientistas a favor do uso desse tipo de prova nos tribunais e dezessete contra. Os julgadores valorizaram o fato de que a técnica empregada estava ligada a uma associação internacional de especialistas, “uma organização preocupada com o treinamento e certificação de examinadores espectrográficos e com procedimentos, [que] exige que dez correspondências sejam encontradas antes de uma identificação positiva ser feita.”⁷³⁹ Ainda registrou que a margem de erro dessa atividade, em uma determinada ocasião, foi claramente indicada (6,3% de identificações falsas, reduzidas a 2,4% quando determinadas comparações dúbias foram eliminadas).

Preocupar-se com esses critérios é fundamental. Obter dados errados nessa busca é bastante possível, exatamente como aconteceu no caso *Williams*. Tudo porque a Academia Nacional de Ciências (*National Academy of Sciences*) concluiu que as mencionadas taxas de erro são possivelmente inadequadas para a aplicação forense, e que “não se apresentam válidas diante da variedade de condições presentes na prática.”⁷⁴⁰ A *Court of Appeals* do Segundo Circuito aceitou essas taxas sem questionamento.

⁷³⁶ TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 531.

⁷³⁷ LAUDAN, Larry. *Truth, Error and Criminal Law*. Cambridge: Cambridge, 2006. p. 11.

⁷³⁸ STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 470.

⁷³⁹ Tudo cf. EUA. New York. Tribunal de Apelos do 2º Circuito. *United States v. Williams* (583 F.2d 1194 - 2d Cir. 1978). Disponível em: <<https://casetext.com/case/united-states-v-williams-301>>. Acesso em 15.08.2015.

⁷⁴⁰ GIANNELLI, Paul C. *Daubert: Interpreting the Federal Rules of Evidence*. *Cardozo Law Review*, New York: Yeshiva University, vol. 15, n. 6-7, p. 1999-2026, abr. 1994. p. 2022. Essa situação lembra o já mencionado julgamento sobre aborto de fetos anencéfalos no Supremo Tribunal Federal, quando, após o julgamento que reputava ser essa prática não punível, o Conselho Federal de Medicina demorou um mês para emitir quais seriam os critérios claros em que se apresentariam as condições permissivas do procedimento.

Quanto à associação profissional que apresentaria alguma forma de ‘controle’ sobre a prática da identificação vocálica, omitiu-se o fato de que ela é integrada em sua ampla maioria por policiais e não por cientistas. O pretendido espectro representativo e de qualidade técnica daquela entidade não era, na realidade, o percebido pela Corte. Tratava-se de uma associação de técnicos, mas não de cientistas.⁷⁴¹ Embora inicialmente problemática tal percepção, o julgamento do caso *Kumho* estendeu a amplitude da Regra 702 das FRE e dos parâmetros do *Daubert Test*. Como visto, a Suprema Corte, no mencionado julgamento, referiu não ser relevante a distinção entre conhecimento técnico e científico, desde que ambos atendam os critérios exigidos para a prova pelo *expert*.⁷⁴² O ponto chave não é o termo ‘científico’, mas ‘conhecimento’ – o que importa é se o depoimento do perito “é confiável, não se ele é científico”.⁷⁴³

O outro precedente invocado, *United States v. Smith*,⁷⁴⁴ deixa de levar em conta o relatório da *National Academy of Science*, com conclusões negativas a respeito da prova ligada a *voiceprints*. Aplicando o *Frye Test*, levou-se em consideração testagens realizadas pelo FBI ao longo de quinze anos, que apresentaram uma margem de erro bastante pequena (falsa identificação: 0,31% - 1 caso; falsa eliminação: 0,53% - 2 casos). Só que não se levou em conta as críticas dirigidas a esse estudo, pois jamais foi apresentado o método utilizado, nem publicado qualquer estudo independente a respeito da validade de tais margens.⁷⁴⁵ A Corte entendeu que não era necessário que se provasse que a técnica era infalível, nem que ela fosse unanimidade no ramo em que produzida – e essa perspectiva estaria, aos olhos da *Court of Appeals*, perfeitamente sintonizada com o entendimento de *Frye*.⁷⁴⁶

Como se vê, os critérios apresentados são sedutores, mas eles não se apresentam univocamente aplicados nos precedentes invocados. Isso não lhes remove a credibilidade, apenas demonstra o cuidado indispensável no seu manejo e aplicação. As margens de erro não podem ser exclusivamente consideradas em suas ciências de origem: o fator humano da atividade pericial há de ser levado em consideração. A possível interferência indesejada pode acabar contaminando a prova e inutilizando seu resultado sem que o julgador perceba.

⁷⁴¹ GIANNELLI, Paul C. *Daubert: Interpreting the Federal Rules of Evidence*. *Cardozo Law Review*, New York: Yeshiva University, vol. 15, n. 6-7, p. 1999-2026, abr. 1994. p. 2023.

⁷⁴² EUA. Suprema Corte. *Kumho Tire Co. v. Carmichael*. 526 U.S. 137 (1999). Cf. BARNETT, Peter D. *Forensic Science*. Florida: CRC Press, 2001. P. 174.

⁷⁴³ HAACK, Susan. *Evidence Matters*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 115. Este entendimento representou um “passo epistemológico adiante”, refere a autora.

⁷⁴⁴ EUA. Illinois. Tribunal de Apelos do 7º Circuito. *United States v. Smith* (869 F.2d at 353 n.7 – 1989).

⁷⁴⁵ Dados e informações de GIANNELLI, Paul C. *Daubert: Interpreting the Federal Rules of Evidence*. *Cardozo Law Review*, New York: Yeshiva University, vol. 15, n. 6-7, p. 1999-2026, abr. 1994. p. 2024.

⁷⁴⁶ ROSSI, Faust F. *Expert Witnessess*. New York: American Bar Association, 1991. p. 32.

Quanto à submissão do *expert* a algum tipo de associação, classe ou grupo, irrelevante que não seja uma comunidade exclusivamente científica, a partir do julgado *Kumho*.⁷⁴⁷

Mas nem todas as ciências possuem uma clara margem de erro. Os critérios expostos no caso *Daubert* (que procurava determinar uma relação de causalidade com base em estudos epidemiológicos, médicos e farmacológicos) se relacionam muito melhor às ciências exatas ou naturais (*hard sciences*)⁷⁴⁸ do que às humanas ou sociais (*soft sciences*). Estas se mostram mais propensas ao erro. Normalmente, quando se verifica algum tipo de previsão nesse campo científico (p. ex., a respeito de aumento populacional, consumo de energia, produção de alimentos, pesquisas políticas, entre outros), comparando-a com o evento já ocorrido, a margem de erro inicialmente apresentada é superada, ocasionalmente por números bastante expressivos.⁷⁴⁹ A metodologia empregada pelas *soft sciences* é bastante diversa, e não se submete ao mesmo tipo de controles empíricos e cálculos precisos que as ciências ‘duras’. O caso da atuação de psicólogos/psiquiatras no Judiciário é emblemática, seja em casos civis, seja em casos penais. Como afirma Taruffo, esta especialidade “não pretende apresentar dados verificáveis de acordo com critérios quantitativos de probabilidade, senão, em contrário, procura interpretar o caráter ou determinar as reações psíquicas ou atitudes de um indivíduo em particular.”⁷⁵⁰ Ocorre um maior distanciamento, ao menos em primeira análise, do controle do julgador nessas situações.

No julgamento do caso *Barefoot v. Estelle* pela Suprema Corte dos EUA transparece essa dificuldade. Na instância regional, o réu havia sido condenado pelo homicídio de um policial e um novo julgamento era necessário para que se aplicasse a pena de morte. Para tanto, era necessário que se questionasse se o réu poderia ser levado a reincidir. Dois psiquiatras apresentados pela acusação depuseram sobre o perigo apresentado pelo réu e um deles, Dr. Grigson, afirmou estar convicto de que havia ‘cem por cento de chance’ de reincidência.⁷⁵¹ A APA (*American Psychiatry Association*), atuando como *amicus curiae*, apresentou manifestação informando que as previsões psiquiátricas sobre a periculosidade de um indivíduo a longo termo estão erradas em duas de três oportunidades. A Suprema Corte

⁷⁴⁷ STELLA, Federico. *Il Giudice Corpuscolariano*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 101.

⁷⁴⁸ Essas perspectivas se aplicam bem ao próprio caso *Daubert*, uma espécie de *toxic tort* que reclama um tipo diferenciado de ciência e de perito. No entanto, há que se perceber que nesses casos a maior parte da pesquisa foi feita pelos próprios laboratórios e empresas médicas com inuitos comerciais, impondo algum tipo de restrição à atividade científica como normalmente se visualiza. HAACK, Susan. *Evidence Matters*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 93.

⁷⁴⁹ FOSTER, Kenneth R., HUBER, Peter W. *Judging Science*. Cambridge: MIT Press, 1999. p. 93.

⁷⁵⁰ TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 465.

⁷⁵¹ EUA. Suprema Corte. *Barefoot v. Estelle* (463 U.S. 880 -103 S.Ct. 3383, 77 L.Ed.2d 1090). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/463/880>>. Acesso em 15.08.2015.

não se ocupou de analisar efetivamente a qualidade da prova, pois sua preocupação maior era com a constitucionalidade dos procedimentos.⁷⁵² Confirmando o julgamento, destacou passagem da decisão regional: “nem o requerente nem a Associação sugerem que os psiquiatras estejam sempre errados com a futura periculosidade, apenas a maior parte do tempo”.⁷⁵³

Primeiramente, percebe-se que esse entendimento não está afinado com o julgamento da Suprema Corte em *Daubert*, pois o testemunho de Grigson não deveria ter sido admitido a partir dos esclarecimentos fornecidos pela APA. Adicionalmente, o critério aplicado no julgamento *Daubert* foi mais exigente com relação à prova pericial em um caso de danos materiais do que aquele utilizado num caso que envolvia pena de morte: Thomas Barefoot foi executado com base em *junk science*.⁷⁵⁴ Na visão de Susan Haack, o sistema adversarial permite essas distorções. Mesmo campos científicos sólidos são impregnados de dúvida a partir de fatos isolados, e ciências inexatas são apresentadas como sendo 100% precisas e incapazes de produzir resultados equivocados.⁷⁵⁵

Retomando a contraposição anterior, há de se perceber que, qualquer seja a ciência, exata ou humana, ambas buscam a obtenção de um conhecimento objetivo, relativo a uma realidade verificável e passível de repetição (verificação intersubjetiva).⁷⁵⁶ As ciências sociais não possuem o status diferenciado daquelas naturais, que logram êxito em testar fenômenos com alta precisão e frequência, em resultados que conseguem ser compartilhados por um grande grupo de especialistas. A visão, um tanto prejudicada, das ciências humanas, é de que elas são tremendamente imprecisas e não passíveis de consenso científico, acaba por ignorar tudo que ambos os ramos possuem em comum: “o atributo positivo da compreensão objetiva derivada de pesquisa sistemática e controlada, compartilhando a limitação que todas as ciências sofrem, dada a complexidade de seus objetos.”⁷⁵⁷

⁷⁵² ROSSI, Faust F. *Expert Witnessess*. New York: American Bar Association, 1991. p. 150.

⁷⁵³ EUA. Suprema Corte. *Barefoot v. Estelle* (463 U.S. 880 -103 S.Ct. 3383, 77 L.Ed.2d 1090). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/463/880>>. Acesso em 15.08.2015.

⁷⁵⁴ GIANNELLI, Paul C. *Daubert: Interpreting the Federal Rules of Evidence*. *Cardozo Law Review*, New York: Yeshiva University, vol. 15, n. 6-7, p. 1999-2026, abr. 1994. p. 2021. Susan Haack critica uma face peculiar do sistema da *expert witness* estadunidense: os *experts* profissionais, que fazem de sua atividade principal o depoimento em juízo, sendo capazes de convencer, por sua prática, e extremamente disponíveis a oferecer esclarecimentos, como se viu na figura do Dr. Alan Done (*Daubert*) e do Dr. James Grigson (*Barefoot*). HAACK, Susan. *Evidence Matters*. New York: Cambridge University Press, 2014. pp. 95-96.

⁷⁵⁵ HAACK, op. cit., p. 96.

⁷⁵⁶ HABA, Enrique P. Sciences du droit – quelle ‘science’? *In Droit et Science*. *Archives du philosophie du Droit*, Paris: SIREY, 1991, T. 36. pp. 171-172.

⁷⁵⁷ FAIGMAN, David L. To have and have not: assessing the value of Social Science to the Law as Science and policy. *Emory Law Journal*, Atlanta: Vol. 38, pp. 1005-1095. 1989. p. 1025. O autor enumera, nesse estudo bastante profundo da validade do conhecimento transmitido pelas *soft sciences* para o julgador, quatro problemas associados às ciências humanas que fundamentam boa parte da crítica. O primeiro é a forma como

Nessa quadra, não se pode remover a importância da produção da prova pericial que se baseia nas ciências humanas ou sociais. A importância que a Psicologia possui quando aplicada ao Direito⁷⁵⁸, assim como a Sociologia, e demais ciências afins é evidente. Sem a utilização dessas especialidades, o processo sofreria um enfraquecimento epistêmico considerável, pois se recortaria do instrumental cognitivo do julgador valioso meio

os cientistas dessas áreas selecionam os problemas que serão enfrentados, muitos deles pouquíssimo aplicáveis ao desenvolvimento processual, o que pode apontar para a falta de relevância dessas provas ou até mesmo para as tendências desses pesquisadores. Em segundo lugar, as conclusões nem sempre são distinguíveis do resultado da atividade propriamente dito daquelas convicções ideológicas do pesquisador. Adicionalmente, há dificuldade em separar simples fatos de valores, numa contraposição entre descrição/prescrição que com alguma frequência ocorre. Em derradeiro, as mencionadas inclinações dos pesquisadores podem afetar até mesmo a valoração dos dados obtidos ou do objeto examinado, levando a uma conclusão tendenciosa e a dois tipos de erro: concluir que um fator de interesse teve um efeito quando não teve efeito algum (tipo I) e concluir que o fator de interesse não teve efeito quando, de fato, teve (tipo II). Prossegue o autor, apresentando um exemplo que elucida a questão: “Suppose a researcher is interested in whether a diversionary program, which provides job training to criminal offenders as an alternative to prison, lowers recidivism rates. Hypothesizing that the program will lower recidivism rates, she subsequently conducts a study comparing program participants to a control group of individuals who received prison sentences. Upon comparison, the researcher finds different recidivism rates between the two groups, but must decide whether they are “significant” enough to conclude that the diversionary program made the difference; after all, some differences should be expected as a matter of chance. In assessing her data, the researcher must be cognizant of the possibility of committing one of the two types of error mentioned above. If she makes a type I error, she will erroneously conclude that the program had an effect when it did not, and thus potentially contribute to a decision to release more prisoners to such programs. Alternatively, she might make a type II error, erroneously concluding that the program did not have an effect when it did, and thus potentially contribute to a decision not to release prisoners to such programs. Unfortunately, even when using statistical methods, she cannot eliminate or fully minimize the chance of making both types of error at the same time, and therefore must decide which error is more important to avoid. It appears, therefore, that researchers cannot avoid importing their values into the assessment of data.” Idem, *ibid.*, pp 1027-1039. Em outro estudo, o mesmo autor destaca a extensa pesquisa realizada sobre os diferentes fatores que podem influir no testemunho ocular (*eyewitness*). Apesar do profundo estudo apresentar diversas situações de interferência no que é relatado em juízo, não se preocupa em determinar o percentual que isso de fato ocorre, ou seja, de quantos testemunhos não representam efetivamente o que foi visto. FAIGMAN, David L., PORTER, Elise, SAKS, Michael J. Check your crystal ball at the courthouse door, please: exploring the past, understanding the present, and worrying about the future of scientific evidence. *Cardozo Law Review*, New York: Yeshiva University, vol. 15, n. 6-7, p. 1800-1835, abr. 1994. p. 1831.

⁷⁵⁸ Destaque-se a experiência do depoimento sem dano, prática relativamente recente introduzida no Poder Judiciário brasileiro, através da qual a inquirição de crianças supostamente vítimas de abuso sexual é realizada por um psicólogo, com atuação próxima do juiz e das partes, mas sem prejuízo ao menor e com ganhos qualitativos na busca da verdade, evitando-se perguntas que induzam determinada resposta. É o tipo de situação na qual o especialista não tem como apresentar uma ‘margem de erro’, pois, com certa frequência, essa é a única fonte de prova da (in)existência de abuso. Sabe-se que é um método preferível à inquirição direta pelo juiz ou pelas partes, especialmente se na presença do próprio suposto abusador – o que até poderia evocar uma regra de experiência, de que é mais fácil, em diversos sentidos, oferecer uma narrativa do ocorrido sem estar na presença do próprio ofensor. Lembre-se, contudo, a ressalva de que a noção comum de que “é frequente que a vítima peça ao seu agressor para não revelar a ninguém a agressão” não encontra demonstração específica na literatura especializada. DOMINIONI, Oreste. *La Prova Penale Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 164. A respeito do depoimento sem dano, vide CONTE, Bárbara Souza. Depoimento sem dano: a escuta da psicanálise ou a escuta do direito? *Psico*, Porto Alegre: EDIPUCRS, v. 39, n. 2, pp. 219-223, abr./jun. 2008. Sobre a importância da atividade pericial psicológica e de sua resistência: TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo: v. 2, nº 2, p. 171-204, julho-dezembro/2001. p. 193. Para aprofundamento na distinção entre ciência e pseudociência na psicologia: LILIENFIELD, Scott O., LYNN, Steven Jay, LOHR, Jeffrey M. *Science and Pseudoscience in Clinical Psychology*. New York: Guildford Press, 2015.

probatório. Incorreta, portanto, a percepção monística⁷⁵⁹ de que esses conhecimentos científicos submetem-se indistintamente ao *Daubert Test*, cuja implicação prática é sua frequente inadmissão como meio probatório.⁷⁶⁰

A prova pericial que se baseie em ciência humana deve ser examinada à luz de critérios diversificados, e não como pré-requisitos que devem concomitantemente se verificar. Duas diferentes visões se aplicam. A primeira destaca a aceitação geral da técnica empregada, sem que se o aplique de forma ‘mecânica e indiscriminada’, já que pode ocorrer “de uma nova técnica de análise não esteja ainda reconhecida uniformemente pela comunidade científica, mas seja idônea para a produção de resultados mais significativos e mais seguros que aqueles obtidos através das técnicas geralmente reconhecidas.”⁷⁶¹ Essa exigência não é obrigatória, como os demais critérios presentes no julgamento *Daubert*, sob pena de excluírem práticas que ainda não estão consolidadas ou não gozam de unanimidade mas que se baseiam em métodos seguros e eficazes.⁷⁶² Oportuna a aplicação da Regra 702 das FRE que, como se viu (especialmente a partir do precedente *Kumho v Carmichael*), contempla a possibilidade de produção de prova por *expert* que se baseie em conhecimento *científico, técnico ou especializado*. Assim, mesmo que se coloque em questão a perspectiva de ‘ciência’ de determinado ramo do conhecimento, ainda assim há de se aceitar que aquele conjunto de informações pode se apresentar extremamente relevante para a elucidação de fatos complexos fora da cultura média do julgador. Por tudo, percebe-se que o mero fato de se tratar de ciência humana não faz presumir sua inadmissibilidade nem impossibilidade de sua valoração. O que se deve ter em conta é a capacidade que aquele conhecimento (científico, técnico, especializado) possui de informar o julgador das questões fatuais envolvendo o comportamento humano.⁷⁶³

4.4.5 Aceitação geral

A general acceptance foi o critério trazido pelo precedente *Frye* para superar o ‘teste

⁷⁵⁹ DOMINIONI, Oreste. *La Prova Penale Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 161.

⁷⁶⁰ FAIGMAN, David L. The Evidentiary Status Of Social Science Under Daubert: Is It "Scientific," "Technical," or "Other" Knowledge? *Psychology, Public Policy and Law*, Washington: American Psychological Association, vol. 1, n. 4, pp. 960-979, 1995. p. 961.

⁷⁶¹ TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 465.

⁷⁶² FAIGMAN, David L. op. cit., p. 979.

⁷⁶³ FAIGMAN, David L. To have and have not: assessing the value of Social Science to the Law as Science and policy. *Emory Law Journal*, Atlanta: Vol. 38, pp. 1005-1095. 1989. p. 1095.

de mercado' até então aplicado. No entanto, a Suprema Corte, ao explicitamente decidir, no caso *Daubert*, que a regra 702 das FRE suplantou o entendimento estabelecido em *Frye*, não manteve o critério de aceitação geral nos mesmos termos até então examinados. Essa figura coaduna-se com a participação do julgador como *gatekeeper*, também tendo algo a dizer sobre a metodologia científica, ainda que geralmente aceita. Nessa linha, pode-se recordar o referido há pouco, sobre as técnicas de identificação vocálica (*voiceprint*) que apenas aparentemente gozam de aceitação geral.⁷⁶⁴ Some-se a isto que, modernamente, é cada vez mais difícil que se encontre uma técnica 'geralmente aceita', até porque o critério é bastante vago. Não se trata de uma questão meramente quantitativa de identificar os cientistas *pro et contra*⁷⁶⁵, nem de que inexista qualquer discussão a respeito.⁷⁶⁶

Essa exigência aproxima-se muito mais de uma visão crítica do juiz acerca da origem do conhecimento e das alternativas possíveis, mas não lhe impõe questionar a qualidade científica dos enunciados. O problema reside no seguinte dilema: quem vai apresentar ao julgador a existência de divergência ou 'consenso', senão o próprio perito?⁷⁶⁷ E qual seria o interesse do perito em afirmar que seu método é questionável ou inseguro?⁷⁶⁸ A proposta do *Frye Test* se baseia em relevância da prova, enquanto que sua *confiabilidade* talvez fosse o melhor critério, pois a singela ideia de que o conhecimento está de acordo com o conhecimento daquela área no momento em que proferida não oferece um confiança substancial na sua validade.⁷⁶⁹ Essa perspectiva se desenvolveu no início dos anos 80, cerca de cinco anos após a entrada em vigor das *Federal Rules of Evidence*, apresentando a ainda não reformada regra 702, que sofreria influências dos casos *Daubert*, *Kuhmo* e *Joiner*, como se viu. Os critérios anteriormente propostos, em conjunto com a aceitação geral, se propõe a determinar a confiabilidade da prova, mitigando o viés da relevância na admissibilidade.⁷⁷⁰

O que se quer dizer é que o fato de uma teoria ser geralmente aceita em um dado

⁷⁶⁴ TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 466.

⁷⁶⁵ EUA. New York. Tribunal de Apelos do 2º Circuito. *United States v. Williams* (583 F.2d 1194 - 2d Cir. 1978). Disponível em: <<https://casetext.com/case/united-states-v-williams-301>>. Acesso em 15.08.2015.

⁷⁶⁶ DOMINIONI, Oreste. *La Prova Penale Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 171.

⁷⁶⁷ LECLERC, Olivier. *Le Juge et L'Expert*. Paris: LGDJ, 2005. p. 370.

⁷⁶⁸ A 'tentação' de retorno ao *Frye Test* é real e presente nos Estados Unidos, diante no grande número de juízes que admitem jamais terem lido o precedente *Daubert*, somada à visão de que se apresenta cientificamente "mais confiável que os cientistas, através da revisão dos pares e a aceitação pública, são *gatekeepers* científicos melhores que os julgadores." DOMINIONI, Oreste. *La Prova Penale Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 204. Para crítica do caso *Daubert*, vide: MONTZ, Craig Lee. Trial Judges As Scientific Gatekeepers After *Daubert*, *Joiner*, *Kumho Tire*, And Amended Rule 702: Is Anyone Still Seriously Buying This? *University of West Los Angeles Law Review*, vol. 33, pp. 87-109, 2001.

⁷⁶⁹ LEDERER, Frederic I. Resolving the Frye dilemma—a reliability approach. *Jurimetrics*, American Bar Association, vol. 26, pp. 240-244, 1985-1986. p. 240-241.

⁷⁷⁰ GIANNELLI, Paul C. *Daubert: Interpreting the Federal Rules of Evidence*. *Cardozo Law Review*, New York: Yeshiva University, vol. 15, n. 6-7, p. 1999-2026, abr. 1994. p. 2009-2012.

momento é um critério *fraco* quando utilizado sozinho⁷⁷¹ e sem interferência do julgador. A própria demora na construção desse suposto ‘consenso’ ou critério de ‘maioria’, demanda tempo, o que lhe confere um caráter excessivamente conservador.⁷⁷² Além da nebulosa ideia do que efetivamente compõe a noção de ‘geral’, qualificador da aceitação, é a demarcação do campo de origem de determinado conhecimento. As ciências (no sentido de diferentes ramos do conhecimento científico) relacionam-se, interagem e mutuamente se corroboram ou se invalidam. O que para um campo científico pode ser dado como estabelecido, para outro já se apresenta questionável ou superado, representando que, desde que se restrinja o máximo a área, particularmente quando se trate de uma subespecialidade, mais fácil fica preencher o requisito de aceitação geral.⁷⁷³

Reforça-se, portanto, que o julgador não pode se dar por satisfeito com as informações prestadas pelo perito acerca do bem recebimento de uma determinada metodologia em sua área de origem. Essa aceitação deve ser objeto de cuidadoso escrutínio, para verificar se não se trata de uma área excessivamente específica, na qual talvez nem haja possibilidade de dissenso, conferindo à prova confiabilidade menor do que tradicionalmente teria.⁷⁷⁴

Se no sistema estadunidense a etapa de *pretrial* ou o *cross examination* se prestariam a questionar a validade do conhecimento apresentado,⁷⁷⁵ no direito brasileiro há diferentes possibilidades. O Novo Código de Processo Civil estabelece relação direta com o critério ora exposto, a partir da dicção do art. 473, II, que exige que o perito indique o método utilizado, “demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento do qual se originou.” O consenso não é exigido, mas uma vaga ‘predominância’ que, caso não informada, deverá ser questionada pelo julgador, a partir do poder-dever que decorre do art. 470, II, permitindo-lhe formular quesitos, mesmo suplementares, para que possa atuar como *gatekeeper*. O magistrado que permite que o perito não indique a metodologia utilizada ou o

⁷⁷¹ Não é aconselhável que se leve em conta apenas o critério de aceitação geral, por todas as críticas recebidas. FAIGMAN, David L., PORTER, Elise, SAKS, Michael J. Check your crystal ball at the courthouse door, please: exploring the past, understanding the present, and worrying about the future of scientific evidence. *Cardozo Law Review*, New York: Yeshiva University, vol. 15, n. 6-7, p. 1800-1835, abr. 1994. p. 1815.

⁷⁷² *Ibid.*, pp. 1800-1835, abr. 1994. p. 1816. Leclerc recorda que essa regra foi considerada ‘conservadora’, já que o controle fica externo ao Judiciário, na própria área científica de origem, enquanto que o precedente *Daubert* é ‘liberal’, pois traz o controle para o juiz-guardião (*gatekeeper*). LECLERC, Olivier. *Le Juge et L’Expert*. Paris: LGDJ, 2005. p. 370.

⁷⁷³ FAIGMAN, David L., PORTER, Elise, SAKS, Michael J., op. cit., p. 1815.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 1830.

⁷⁷⁵ O *pretrial* daquele sistema pode ser adequado para alguns tipos de demanda, como os *toxic torts*, mas o sistema adversarial ainda é o preferível para a descoberta dos fatos científicos em outros casos, porque “é mais eficiente e porque protege os interesses de ambas as partes.” JASANOFF, Sheila. What Judges Know about Sociology of Science. *Jurimetrics*, American Bar Association, vol. 32, no. 1 mar/mai 1992. p. 358.

estado da arte na área de conhecimento do qual se originou sua conclusão fere o direito fundamental à prova das partes, lesando o efetivo contraditório. Renuncia inadequadamente ao seu papel de *peritus peritorum*, subestimando o valor que o resultado da perícia terá no seu julgamento e também nas decisões futuras, em instâncias superiores.

4.5 AS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA E A PROVA TÉCNICA

A questão da vinculação da decisão judicial ao saber técnico do perito começa a ganhar corpo na medida em que nenhum dos extremos a responde satisfatoriamente: não há vinculação absoluta, de um lado, nem, de outro, total desprezo pela atividade pericial. Os casos examinados reforçam essa perspectiva, bem como as disposições do Novo Código de Processo Civil, que sempre vinculam o julgador à prova constante dos autos (*quod non est in actis non est in mundo*). Isso também decorre da disposição do artigo 375 do NCPC, de que “o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, *ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.*”

O estabelecimento do bom uso das regras de experiência para a adequada valoração da prova pericial é fundamental. Percebe-se, da clareza da norma processual mencionada, que as regras de experiência apenas podem substituir a prova técnica quando o fato a ser esclarecido não constitua tarefa exclusiva de especialistas,⁷⁷⁶ em privilégio ao contraditório e à defesa.⁷⁷⁷ Cabe ponderar a complexidade dos fatos a cada caso e se o conhecimento a ser aplicado a eles efetivamente representa um dado compartilhado por uma comunidade, de

⁷⁷⁶ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Traduzido por Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002. p. 57. Nesse sentido: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da decisão que indeferiu a realização de prova pericial. Com efeito, nos casos em que se discute erro médico, a jurisprudência dominante atesta a imprescindibilidade de prova pericial para averiguação da vexata quaestio, visto que não é razoável, para chegar a uma conclusão, utilizar-se de conhecimentos próprios, tanto que, nesse particular, a redação do artigo 335 do código de processo civil coloca em ascendência, em relação às máximas de experiência técnica, o exame pericial - “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, *ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.*” desta forma, a realização de perícia técnica, a fim de esclarecer as questões referentes à culpa médica (negligência, imprudência e imperícia), mostra-se cabível. Precedentes. Agravo de instrumento provido monocraticamente.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. AI 393663-66.2013.8.21.7000; Campo Bom; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Newton Carpes da Silva; Julg. 01/10/2013; DJERS 07/10/2013.

⁷⁷⁷ ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 106.

origem especializada, que o consensualmente estabeleceu. Se positivo, dispensa-se a prova especializada, caso contrário, transcendidos esses simples limites, indispensável a prova pericial ou outro meio de prova apto a confirmar as alegações sobre os fatos.⁷⁷⁸

Todavia, essas máximas também atuam quando da valoração desse meio de prova⁷⁷⁹ para que se estabeleça a relação de causalidade pretendida.⁷⁸⁰ Isso decorre da premissa que, além do precedente *Daubert* exortar os cientistas a serem bons cientistas, “também espera que juízes (e advogados) tornem-se consumidores sofisticados da ciência. Isto não significa que juízes devam estar aptos a conduzir experimentos ou redigir artigos científicos.”⁷⁸¹ Na realidade, não os coloca como cientistas amadores, mas exige que estejam aptos a compreender os elementos mínimos de uma metodologia, tornando-se generalistas capacitados a compreender os métodos científicos difundidos desde o século XX até hoje.⁷⁸² O fato é que isto possui um grande benefício, além da simples percepção da adjudicação da ciência, pois juízes já foram levados a resolver temas que poderiam ter sido objeto de estudo científico.⁷⁸³

As máximas de experiência, a partir da definição clássica e sempre lembrada de Friedrich Stein,⁷⁸⁴ caracterizam-se como “definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação se haja induzido, e que, além destes,

⁷⁷⁸ ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 107.

⁷⁷⁹ LOMBARDO, Luigi. Prova científica e osservanza del contraddittorio nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, n. 57, p. 1083-1122, 2002. p. 1090.

⁷⁸⁰ Bem destaca Danilo Knijnik que as máximas representam uma das categorias mais importantes para o direito probatório, pois, “se está em causa a prova judicial de um fato, está em causa uma máxima de experiência. Ela é onipresente. (...) Assim, as máximas de experiência estão sempre presentes em qualquer juízo de fato elaborado no processo. Da prova testemunhal mais tradicional à perícia mais intrincada, só é possível concluir mediante o emprego de uma ou mais máximas de experiência.” KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízes Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 68-69.

⁷⁸¹ FAIGMAN, David L. The Evidentiary Status Of Social Science Under Daubert: Is It "Scientific," "Technical," or "Other" Knowledge? *Psychology, Public Policy and Law*, Washington: American Psychological Association, vol. 1, n. 4, pp. 960-979, 1995. pp. 975-976.

⁷⁸² *Ibid.*, p. 961.

⁷⁸³ “Judges' sophistication in science, of course, has benefits outside of the law of evidence. Much science relevant to legal decision making does not pertain to adjudicative facts susceptible to jury decision making. For example, broad areas of constitutional law require judges to resolve factual questions that might have been, or could be, the subject of scientific study. Thus, judges have considered research on such diverse empirical questions as whether segregated schools injure Black schoolchildren, whether jury size affects deliberations and verdicts, whether clinical predictions of dangerousness in capital sentencing are sufficiently accurate to permit juries to rely on them,⁵⁴ whether discrimination exists in a state's capital sentencing practice, and so on.” *Ibid.*, p. 961.

⁷⁸⁴ A doutrina de Stein e outros autores, bem como a jurisprudência alemãs, sob a expressão *Erfahrungssätze*, reuniram “um conjunto de conhecimentos díspares, mas indispensáveis à compreensão, à interpretação e à aplicação do direito.” RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 256.

pretendem ter validade para outros novos.”⁷⁸⁵ De fato, trata-se de uma ‘bagagem’ bastante peculiar, pois, ao mesmo tempo em que é compartilhada por uma coletividade – e nunca apenas por um indivíduo⁷⁸⁶ –, representa o resultado de anos de atuação prática diante de casos diversos, cujas percepções adquiridas transcendem os casos nos quais verificadas. A experiência “pode permitir a formulação de um juízo de relação entre fatos: existe uma relação quando se conclui que uma determinada categoria de fatos vem acompanhada de outra categoria de fatos”, levando à conclusão de que, portanto, que “em casos similares já um idêntico comportamento humano.”⁷⁸⁷ Mais do que não proibir que o magistrado acumule essa experiência, é desejável que não se despoje dela, pois aprimora sua atuação como julgador.⁷⁸⁸

Trata-se “de um raciocínio mediado por uma regra geral que determina relação de causalidade apta a conduzir a uma conclusão necessária relativamente à existência ou inexistência do fato que se busca provar.”⁷⁸⁹ Perfila-se esse entendimento à noção de que, o núcleo estrutural do raciocínio silogístico ou dedutivo, “da atividade cognitiva dos fatos pelo juiz, é constituído do conceito da regra de experiência como premissa maior da dedução”.⁷⁹⁰ Conhecer um fato enquanto provado, a partir, por exemplo, de um depoimento testemunhal, é perceber que existe a passagem de um estado no qual o julgador simplesmente recebe a informação desse fato desconhecido, para examiná-lo à luz da máxima “testemunhas probas dizem a verdade”, e considerando a testemunha proba, concluirá que tal fato ocorreu.⁷⁹¹

Cumpra dividi-las nas suas duas categorias tradicionais, *comuns* e *técnicas*. As primeiras tratam de “generalizações empíricas por serem fundadas sobre aquilo que ordinariamente acontece em um dado grupo social”⁷⁹² a partir da parêmia *id quod plerumque*

⁷⁸⁵ STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Traduzido por Andres de Oliva Santos. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1973. p. 30. Não se confundem com as presunções. Estas acham-se conectadas a uma possibilidade de escolha disponível na presunção, enquanto que as regras de experiência apontam uma conclusão direta e necessária, ou seja, não contingente. MOVELLÁN, Pedro Álvarez Sánchez. *La prueba por presunciones*. Granada: Editorial Colmares, 2007. p. 83. O conceito é criticado por Taruffo, que aponta a estrutura das máximas como sendo ambígua, pois o raciocínio indutivo não cria regras gerais e, de outro lado, alguns ordenamentos, como o francês e o americano não receberam essas regras. TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo: v. 2, nº 2, p. 171-204, julho-dezembro/2001. pp. 186-189.

⁷⁸⁶ Por isso elas não se confundem, nem se admite que o faça, com os conhecimentos privados do juiz. STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Traduzido por Andres de Oliva Santos. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1973. p. 99.

⁷⁸⁷ Tudo cf. TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Traduzido por Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002. p. 55.

⁷⁸⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 74, n. 261, jan./fev./mar., 1978. p. 13.

⁷⁸⁹ FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil*. São Paulo: RT, 2009. p. 55.

⁷⁹⁰ TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970. p. 203.

⁷⁹¹ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízes Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 69.

⁷⁹² ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 80.

accidit. Devem ser distinguidas das simples noções de senso comum, eivadas de grande subjetividade, cujos exemplos são os mais variados, como “quem não chora não está machucado; os bons genitores amam seus filhos; quem se ruboriza, mente; quem foge é culpado, etc.”⁷⁹³ As máximas comuns, portanto, podem e devem ser utilizadas pelo julgador, até porque ele pertence à coletividade da qual ele extrai essas máximas. A construção do raciocínio valorativo das provas permite ao julgador, tendo como ponto de partida provas indiciárias, “construir conclusões a respeito de outros fatos que pretenda conhecer. Essa possibilidade [...] resta atenuada na medida em que essa afirmação do julgador não é formulada como um apontamento absoluto.”⁷⁹⁴ A utilização das regras de experiência nesse contexto confere humildade à atividade judicante, pois a reconstrução por ele realizada pode não corresponder fielmente à história dos fatos pertinentes.

A prática dos tribunais pátrios demonstra a utilização dessas máximas em diversas situações. Em caso de autuação de motorista embriagado, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul examinou a alegação de nulidade no auto de infração, no qual não constou a recusa do condutor em realizar o exame de teor alcóolico (bafômetro). O motorista se recusou a assinar o termo, constando apenas esse dado. Concluiu o Tribunal: “recusando-se [...] a própria assinatura do auto de infração, resta óbvio, à luz da experiência comum, que o apelante não aceitaria sujeitar-se a exame de alcoolemia ou qualquer outro.”⁷⁹⁵ Em outra situação, o mesmo Tribunal consignou que, em situação de prática de agiotagem, para fins de reparação na esfera cível, “mostra-se possível a flexibilização da prova, considerando a máxima de experiência consistente na ideia de que quem age de modo ilícito procura aparentar licitude ao seu negócio, sendo viável o convencimento judicial por verossimilhança.”⁷⁹⁶ Outras tantas situações podem ser verificadas⁷⁹⁷, mas justamente por

⁷⁹³ ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 81.

⁷⁹⁴ REICHELDT, Luís Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 169.

⁷⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70065454902, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 29/07/2015.

⁷⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70018759605, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 09/08/2007.

⁷⁹⁷ “GRATUIDADE JUDICIÁRIA. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE CONDICIONADA À COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO INVIABILIZADORA DOS ÔNUS DECORRENTES DO INGRESSO EM JUÍZO. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 481 DO STJ. TESE DE QUE NÃO DISPÕE DE SEUS DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBEIS, OS QUAIS FORAM APREENDIDOS EM DILIGÊNCIA FISCAL. DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA QUE É REALIZADA POR MEIO ELETRÔNICO. Máxima de experiência (art. 335 do CPC) no sentido de que foge da normalidade a manutenção de escrituração contábil exclusivamente por meio físico por sociedade empresária limitada com capital de R\$ 150.000,00, a qual tem por objeto a importação e exportação de mercadorias. Ausência de demonstração da impossibilidade financeira que obsta o deferimento da benesse. Agravo desprovido.” BRASIL. Tribunal de

atraírem possível controvérsia quanto à conclusão encontrada, revela-se fundamental sejam explicitadas pelo julgador, a fim de que se viabilize o contraditório e se permita o seu controle na via recursal.⁷⁹⁸ Com efeito, as máximas desempenham papel relevante e nada arbitrário quando expressamente mencionadas, pois “correspondem a conhecimentos sérios e controlados.”⁷⁹⁹

No tocante às máximas de ordem técnica, originam-se do conhecimento de especialistas, mas acabam por adentrar na cultura do homem médio, vulgarizando-se⁸⁰⁰, permitindo-se ao juiz aplicar “uma lei científica comumente conhecida a um fato a ser verificado.”⁸⁰¹ Elas necessitam de aceitação geral no campo do conhecimento do qual são oriundas, sendo inaceitáveis aquelas sob as quais impera controvérsia, não se tratando de máximas científicas, pois ainda não atingiram esse nível.⁸⁰² A transposição do conhecimento científico para aquele generalizado e ordinário do homem médio é pré-requisito, portanto, ao lado do consenso em sua origem, em processo que se revela lento e gradual.⁸⁰³ Recorda-se o problema há pouco mencionado do vago critério de ‘aceitação geral’ presente no caso *Frye* e revisto no caso *Daubert*: parece adequado que se exija, para a formação da regra de experiência técnica, a ausência de dissensão na área de conhecimento do qual provém, mas revela-se excessivo que a prova pericial necessite gozar de igual entendimento uníssono.

Justiça do Estado de São Paulo. AI 2093763-36.2014.8.26.0000; Ac. 7759430; Campinas; Décima Primeira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Rômulo Russo; Julg. 12/08/2014; DJESP 15/08/2014. Na Justiça do Trabalho: “DANOS MATERIAIS. PAGAMENTO EM ÚNICA PARCELA. CONTRARIEDADE À FINALIDADE DA NORMA. PAGAMENTO NA FORMA DE PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. O pagamento da indenização na forma de prestações mensais tem o objetivo de preservar a capacidade financeira do empregado, protegendo-o de eventual má administração da quantia recebida em parcela única. Ou seja, o pagamento da indenização em parcela única não atende a finalidade da norma, qual seja, conferir ao trabalhador incapacitado a manutenção de seu sustento e, por conseguinte, observância de um patamar mínimo civilizatório. Por mais que a indenização em uma única parcela possa parecer atraente para o autor, a máxima de experiência revela que o valor certamente será usado para outros fins, gerando consequências negativas no futuro. Ademais, o pagamento em uma única oportunidade veda a possibilidade de eventual pedido de revisão do benefício nos moldes do parágrafo 3º do art. 475 - Q do CPC.” BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. RO 0001711-07.2012.5.02.0465; Ac. 2014/0906252; Sexta Turma; Rel. Des. Fed. Valdir Florindo; DJESP 20/10/2014.

⁷⁹⁸ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízes Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 71-72. A questão recursal é examinada por AROCA, Juan Montero. *La Prueba em el Proceso Civil*. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2011. p. 431. A violação de uma máxima de experiência ou sua utilização inadequada resulta no controle da valoração probatória pelos tribunais superiores, “porque uma sentença que determine fatos contrariamente a tais conceitos constitui uma infração legal.” MORALES, Rodrigo Rivera. *La Prueba: Um análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 256.

⁷⁹⁹ TARUFFO, Michele. *Proceso y Decisión*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 82.

⁸⁰⁰ LOMBARDO, Luigi. Prova científica e osservanza del contraddittorio nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, n. 57, p. 1083-1122, 2002. p. 1092.

⁸⁰¹ ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 81.

⁸⁰² REICHELDT, Luís Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.176.

⁸⁰³ ROSITO, op. cit., p. 82.

Essa espécie compõe, ao lado das máximas comuns, valiosa ferramenta na compreensão dos fatos narrados e em toda atividade lógica judicial. Essa engrenagem do raciocínio judicial, se removida, reduz a decisão à arbitrariedade, pois nem mesmo ele conseguirá apresentar – racionalmente – os motivos de sua valoração sobre a prova e de sua consequente decisão. Com efeito, ainda que apresente algum motivo aparentemente racional, caracterizar-se-á tal enquanto “ciência privada” do julgador, um conhecimento obtido fora do processo e manifestamente inadmissível, pois não submetido ao contraditório; tal proibição é natural corolário do direito à prova.⁸⁰⁴ De outro lado, as máximas não se prestam a mascarar esse conhecimento externo do julgador, habilitando as partes a questionar máximas utilizadas desta forma.⁸⁰⁵

Um precedente que demonstra o possível uso de conhecimento privado se encontra no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão manteve o entendimento fixado em primeiro grau a partir de uma regra de experiência técnica. A autora realizou cirurgia executada pelo médico, réu naquela demanda, para colocação de implantes mamários. Alguns dias após o procedimento, sempre sentindo muita dor e vermelhidão na área operada, uma das cicatrizes se rompeu, secretando um líquido amarelado e espesso, denominado seroma. A paciente procurou o cirurgião, que puncionou o líquido e refez a sutura. Contudo, esta voltou a se romper, expondo a prótese, com nova produção de seroma, levando a paciente a procurar outro médico para remoção da prótese, tudo resultando em condição estética evidentemente indesejada. No entanto, embora reconhecendo a obrigação de resultado do cirurgião plástico, o juiz de primeiro grau julgou improcedente a demanda. O fundamento apresentado foi o de que, a partir das máximas de experiência, “evidentemente sem se ingressar a fundo na questão técnica que deveria ter sido trazida a este magistrado por perito, sabe-se que tais rejeições acontecem, sem que isso derive, necessariamente, de erro do cirurgião, ou da imprestabilidade da prótese.”⁸⁰⁶ Concluiu, ainda, tratar-se de fato previsível, diante da inserção de um ‘corpo estranho’ em seu organismo. O próprio julgador consignou que deveria ter sido realizada

⁸⁰⁴ LOMBARDO, Luigi. Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, n. 57, p. 1083-1122, 2002. p. 1084.

⁸⁰⁵ REICHELDT, Luís Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.171. Refere o autor, a partir da lição de Taruffo: “O emprego regular de máximas de experiência pressupõe: a) que as máximas sejam noções aceitas no ambiente social e cultural examinado, sendo pertencentes à cultura média existente no local e no tempo em que a situação ocorreu e b) que as máximas referidas não contrariem conhecimento científico ou outras noções igualmente inseridas no senso comum.” Idem, *ibid*.

⁸⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. APL 0000095-32.2014.8.26.0360; Ac. 8349141; Mococa; Sexta Câmara de Direito Privado; Relª Desª Ana Lúcia Romanhole Martucci; Julg. 19/03/2015; DJESP 13/04/2015.

prova técnica, caso no qual ele não poderia aplicar máxima alguma.⁸⁰⁷ A suposta máxima empregada não foi submetida ao contraditório e, ao que tudo indica, a parte prejudicada pelo julgamento desfavorável não teve assegurado o seu direito ao contraditório, já que não participou da formação de tal regra.

O abuso das máximas, comuns ou técnicas, acaba por violar algum direito das partes: seja o contraditório, o direito à prova ou à ampla defesa. Nessa seara, as de índole técnica revelam-se especialmente perniciosas quando inadequadamente utilizadas no lugar da indispensável perícia que exija conhecimento especializado. Elas serão úteis para a valoração do resultado da atividade pericial. O próprio caso *Daubert* estabelece algumas visualizações nesse sentido, demonstrando, por exemplo, que testes realizados diretamente com seres humanos são mais confiáveis do que testes *in vitro* quando se deseja estabelecer possíveis efeitos nocivos de fármacos em seres humanos. Essa possibilidade confere ao julgador a responsabilidade de “verificar se [a regra técnica] corresponde efetivamente ao conteúdo da ciência ou se esta correspondência, embora originariamente existente, não foi superada por pelo progresso científico.”⁸⁰⁸ É oportuno, no contexto verificado da complexidade da prova técnica e da evolução constante ou periódica de todas as ciências, que o magistrado acresça às suas noções tradicionais novos conhecimentos científicos, reduzindo a distância que existe entre ele e o *expert*. No entanto, a ampliação de seu conhecimento de fundo, ainda que útil e significativo, “não permitiria em cada caso de se lhe atribuir uma real competência nas disciplinas que possa ser necessário o recurso à prova técnica.”⁸⁰⁹ O julgador, sob o controle das partes, deve ter claro o limite do emprego das regras de experiência técnica, optando, sempre que possível, pela prova pericial quando estiver em dúvida se aquele conhecimento que possui configura efetivamente uma máxima. A produção da prova pericial construída em contraditório sempre será preferível a conhecimento que possa se revelar particular e, portanto, arbitrário.

4.6 PROVA CIENTÍFICO-PERICIAL E MODELOS DE CONSTATAÇÃO

Estabeleceu-se, até aqui, uma espécie de um roteiro para o tratamento da prova

⁸⁰⁷ ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 107.

⁸⁰⁸ LOMBARDO, Luigi. Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, n. 57, p. 1083-1122, 2002. p. 1093.

⁸⁰⁹ RIVELLO, Pier Paolo. *La Prova Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2014. p. 186.

pericial no processo, desde a sua admissibilidade até sua valoração pelo julgador, levando em conta os critérios anteriormente expostos, mediados ou complementados pelas máximas de experiência. A dúvida é sobre a amplitude desses critérios, ou seja: o caso *Daubert* e demais consequências aplicam-se indistintamente a todos os tipos de processo, cíveis ou criminais?

A resposta passa pelo exame dos modelos de constatação, partindo da premissa de que se “o princípio do livre convencimento não é um mandato aberto, mas um princípio objetivo, vinculado ao ordenamento e às leis da lógica, é certo que a ciência processual deve, nesse caso, estabelecer as necessárias cautelas teóricas para mitigar a chance do erro judiciário”⁸¹⁰ Os modelos de constatação se apresentam como diferentes standards de exigência quanto ao material probatório apresentado⁸¹¹ e relativos ao tema da demanda, particularmente relevantes no tema da prova indiciária⁸¹², no intuito de minimizar as chances de uma valoração inadequada desse tipo de prova.⁸¹³ Eles se traduzem em questões de direito anteriores à efetiva valoração do material probatório, de necessária submissão ao contraditório, de conteúdo objetivo, não sendo facultado a cada juiz subjetivamente atribuir significado ao que seja ‘dúvida razoável’.⁸¹⁴

A escolha do modelo de constatação também não cabe subjetivamente ao juiz: são os fatos e/ou espécie de prova que lhe são submetidos que vão indicar o caminho a ser seguido.

⁸¹⁰ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízes Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 30.

⁸¹¹ No sistema da *common law*, também se aplicam standards para a admissibilidade probatória. No julgamento do caso *Bourjaily v United States* (483 US 171 -1987), se estabeleceu que na determinação das questões preliminares de um caso, seja ele cível ou criminal, o standard probatório não tem relação com aquele exigido para o julgamento das questões substantivas a serem futuramente apreciadas. Em ambos os tipos de caso, quem apresentar o material probatório, deverá atender o critério da preponderância de prova. Disponível em: <<http://laws.lp.findlaw.com/getcase/US/483/171.html>>. Acesso em 10.08.2015. Outro fator importante a levar em consideração consiste nos ‘efeitos impróprios prejudiciais’ que a prova pode ter sobre o júri, quando se apresentar “preconceito injusto, confusão dos temas, induza em erro o júri, demora indevida, perda de tempo ou apresentação desnecessária de provas cumulativas”. Esta é a regra 703 das FRE. Para análise mais detalhada, vide ANDERSON, Terence, SCHUM, David, TWINING, William. *Analysis of Evidence*. 2ª ed. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 240.

⁸¹² “Do acervo probatório, a não ser quando haja cumulação de provas diretas, somente pode se depreender um certo grau de probabilidade (baixa, média, alta) sobre o enunciado que se pronuncia. Isto significa que aceitamos alguns fatos como verdadeiros, dada a sua probabilidade lógica, que confirmam a hipótese que se enuncia e que pode ser razoavelmente justificada conforme o Direito.” MORALES, Rodrigo Rivera. *La Prueba: Um análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 305.

⁸¹³ KNIJNIK, op. cit., p. 31.

⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 33. O autor registra a importância do precedente *Winship*, que examinou, no voto do Justice Harlan o motivo de se empregar a exigência de *proof beyond a reasonable doubt* nos casos criminais ao invés da preponderância de prova: “The standard of proof influences the relative frequency of these two types of erroneous outcomes. If, for example, the standard of proof for a criminal trial were a preponderance of the evidence, rather than proof beyond a reasonable doubt, there would be a smaller risk of factual errors that result in freeing guilty persons, but a far greater risk of factual errors that result in convicting the innocent. Because the standard of proof affects the comparative frequency of these two types of erroneous outcomes, the choice of the standard to be applied in a particular kind of litigation should, in a rational world, reflect an assessment of the comparative social disutility of each.” EUA. Suprema Corte. *Winship*, 397 U.S. 358 (1970). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/358/case.html>>. Acesso em 15.08.2015.

Em outras palavras, na presença de prova exclusivamente indiciária no processo criminal, o julgador não pode adotar o modelo de prova clara e convincente que, como se verá, não diz respeito a esse tipo de demanda.

A distinção entre os modelos parte da simples percepção de que os temas enfrentados no processo civil e no processo penal são bastante diversos. O processo civil versa tipicamente acerca de questões de cunho patrimonial exigindo um modelo de *preponderância de prova*,⁸¹⁵ consistindo “em dar por provado o que é mais provável do que não, valendo notar que o *quantum* de prova é idêntico para o autor e para o réu.”⁸¹⁶ Estabelece que “quando sobre um fato existam provas contraditórias, o julgador deve sopesar as probabilidades das diferentes versões sobre os fatos para fazer uma escolha em favor do enunciado que lhe pareça mais relativamente provável, sobre a base dos meios de prova disponíveis.”⁸¹⁷ A probabilidade a ser aferida pelo julgador repousa, portanto, sobre os elementos probatórios disponíveis e presentes no processo⁸¹⁸, e não a partir de um raciocínio abstrato. Esse critério de probabilidade lógica combina duas regras: a primeira, de que o juiz deve escolher, de forma racional, sobre uma alegação de um fato, a hipótese que se confirma em grau maior do que a hipótese contrária; a segunda determina que “no caso de várias hipóteses sobre o mesmo fato o critério racional de escolha seria o de optar pela hipótese que aparece sustentada por um grau maior de confirmação probatória frente a qualquer outra.”⁸¹⁹

Frequentemente, se apresenta como um percentual de 51% de probabilidade que uma das partes esteja correta, embora esse parâmetro quantitativo seja bastante discutível. O exemplo sempre lembrado é o caso hipotético cunhado por Cohen, denominado *gatecrasher*. Em um rodeio, ingressam 1000 pessoas, conforme a contagem das cadeiras. No entanto, na bilheteria, existem apenas 499 ingressos, dando conta que 501 pessoas entraram irregularmente. Qualquer pessoa aleatoriamente escolhida seria responsável pelo parâmetro de preponderância de prova, já que ela teria .501 chance de ter ingressado sem pagar, contra .499 de ter efetivamente pago.⁸²⁰ A injustiça é evidente, mas, ao mesmo tempo não se pode exigir um nível mais elevado de convencimento, principalmente pelo fato de que a elevação do

⁸¹⁵ Em sentido diverso, aplica-se também o *standard* de preponderância da prova à maioria dos procedimentos de imigração nos EUA. EUA. Administrative Appeals Unit (AAO). Matter of Chawathe, Interim Decision #3700, 25 I&N Dec. 369 (AAO 2010). Excerto da decisão: “The “preponderance of the evidence” standard requires that the evidence demonstrate that the applicant’s claim is “probably true,” where the determination of “truth” is made based on the factual circumstances of each individual case.” Disponível em <<http://www.justice.gov/sites/default/files/eoir/legacy/2014/07/25/3700.pdf>>. Acesso em 20.08.2015.

⁸¹⁶ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízes Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 37-38.

⁸¹⁷ TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008. pp. 137-138.

⁸¹⁸ MORALES, Rodrigo Rivera. *La Prueba: Um análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 307.

⁸¹⁹ *Ibid.*, pp. 307-308.

⁸²⁰ COHEN, L. Jonathan. *The Probable and the Provable*. Oxford: Oxford University Press, 2011. pp. 74-75.

standard do processo civil acabaria por aproximá-lo do processo penal a ponto de as diferenças entre eles quase desaparecerem.⁸²¹ O modelo se mantém, portanto, pois não se pode exigir um convencimento tão profundo no processo civil tradicional, devendo se basear em “um conceito de probabilidade que admita um limiar de aceitação racional, de crença moderada, que é bastante distinto de crença além da dúvida razoável.”⁸²²

No entanto, e algumas situações, o assunto tratado no processo civil excede a simples patrimonialidade, como em casos tratando improbidade administrativa, alegação de fraude, destituição de pátrio poder, dentre outros,⁸²³ clamando por um segundo modelo. Denomina-se este de prova *clara e convincente*, também denominado de *prova clara, precisa e indubitável*⁸²⁴ ou *clara, cogente e convincente, de forma a gerar forte presunção*.⁸²⁵ A prova exigida é mais forte do que um simples ‘mais provável do que não’. Em julgamento de caso de destituição de pátrio poder por negligência, a Suprema Corte dos EUA, determinou que

Before a State may sever completely and irrevocably the rights of parents in their natural child, due process requires that the State support its allegations by at least clear and convincing evidence. A "clear and convincing evidence" standard adequately conveys to the factfinder the level of subjective certainty about his factual conclusions necessary to satisfy due process. Determination of the precise burden equal to or greater than that standard is a matter of state law properly left to state legislatures and state courts.⁸²⁶

No processo penal também se encontra uma divisão, não a partir propriamente do tema, mas sim do material probatório disponível. Em condições normais, o standard aplicável é aquele da *prova além da dúvida razoável*, levando à absolvição do réu no evento do acusador não consiga produzir prova que satisfaça o modelo.⁸²⁷ O conteúdo do que seja essa dúvida razoável é bastante discutível.⁸²⁸ Sua origem encontra raízes no Cristianismo, em particular no desenvolvimento das atividades envolvendo o júri ao longo século XVIII. Preocupados com o destino de suas próprias almas diante da possibilidade de decidirem a execução de um indivíduo (a pena tradicional à época), a literatura da época revela o

⁸²¹ COHEN, L. Jonathan. *The Probable and the Provable*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 76.

⁸²² *Ibid.*, p. 81. Cohen sugere que a probabilidade matemática não possui as propriedades requeridas, mas a probabilidade indutiva sim. No entanto, foge do escopo deste trabalho analisar juízos de probabilidade em seus mais diversos matizes. Para tanto, vide ainda SCHAUER, Frederick. *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 85. Este autor examina também o caso *Blue Bus*, um problema similar ao do *gatecrasher*. Vide ainda: SCHUM, David A. *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*. Evanston: Northwestern University Press, 1994, em particular p. 35 e seguintes.

⁸²³ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízes Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 38.

⁸²⁴ TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 138.

⁸²⁵ KNIJNIK, op. cit., p. 39.

⁸²⁶ EUA. Suprema Corte. *Santosky v. Kramer*. 455 U.S. 745 (1981). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/455/745>>. Acesso em 20.08.2015.

⁸²⁷ LAUDAN, Larry. *Truth, Error and Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 122.

⁸²⁸ Para diferentes perspectivas, vide KNIJNIK, op. cit., pp. 40-41.

desenvolvimento de uma consciência valorizadora do julgamento racional, não inteiramente subjetivo: haveria um motivo efetivo para a condenação, e não um capricho impensado.⁸²⁹ Os limites do standard não eram claros na sua concepção, e permanecem matéria de discussão até hoje, ainda que com dois dogmas assentados: “que a ‘verdade de cada acusação’ contra um réu seja posteriormente confirmada pelo sufrágio unânime de doze de seus pares e vizinhos” e que “a acusação que carece de qualquer fato particular que a lei julgue essencial para a punição não representa acusação dentro dos requisitos da *common law*, e não é uma acusação fundamentada.”⁸³⁰ Na prática, revela-se corolário do devido processo legal, protegendo os indivíduos de uma condenação duvidosa e, assim, manifestamente injusta.⁸³¹

O quarto e derradeiro modelo está voltado aos processos penais fundados em prova exclusivamente indiciária, ou seja, que se assente apenas em provas indiretas. Não se trata de uma questão de hierarquia de provas (entre diretas e indiretas), mas uma natural consequência da percepção do agravamento do erro em potencial nessas situações.⁸³² Registra-se, a partir da advertência de Danilo Knijnik, que esse standard não é pacífico no direito americano, encontrando-se precedentes aplicando o modelo da dúvida razoável mesmo em sede de prova indiciária.⁸³³

Relacionando os modelos à prova pericial, percebe-se que os critérios fixados em *Daubert* são rigorosos o suficiente para atenderem os modelos de constatação afeito ao processo penal. Nesse sentido, Federico Stella afirma que o saber técnico do perito é isento de dúvida razoável na medida em que seja “empiricamente confirmado, tenha sido submetido à falseabilidade e, de forma subsidiária, goze de consenso geral na comunidade de técnicos.”⁸³⁴ Acrescenta-se que esses critérios devem ser examinados à luz das críticas anteriormente expostas, fornecendo ao julgador o instrumental necessário para verificar se a prova é confiável a ponto de superar a dúvida razoável. Haverá mais rigor na admissão e valoração da prova técnica dependendo do modelo de constatação adotado, aproveitam-se, portanto, os critérios, mas com diferenciados níveis de exigência. O que um julgador cível possivelmente não levasse em conta, como a necessidade de revisão pelos pares, taxas de erro claras e standards de controle, deverá ser exigido pelo magistrado penal: sua discricionariedade na matéria é extremamente restrita. A aceitação geral segue como um critério ainda a ser

⁸²⁹ Tudo conforme o notável estudo de WHITMAN, James Q. *The Origins of Reasonable Doubt – Theological Roots of the Criminal Trial*. New Haven: Oxford University Press, 2008. pp. 187-192.

⁸³⁰ EUA. Suprema Corte. Voto Justice Scalia em *Blakely v. Washington* (02-1632) 542 U.S. 296 (2004). Disponível em <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/02-1632.ZO.html>>. Acesso em 25.08.2015.

⁸³¹ MORALES, Rodrigo Rivera. *La Prueba: Um análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 310.

⁸³² KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízes Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 42.

⁸³³ *Ibid.*, p. 42.

⁸³⁴ STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 474.

aprofundado casuisticamente. A mera existência de discordância entre o perito oficial e o assistente técnico da parte não se mostra suficiente, em qualquer caso, para que se apresente a dúvida razoável.⁸³⁵ Essa dissensão deve estar arraigada na área de origem do conhecimento, afetando a validade de suas conclusões, e não singularmente presente em processo. A discordância que afeta o critério da *general acceptance* não é demonstrada exclusivamente no processo, ela é prévia à questão processual, ou ao menos existente de forma independente do debate travado no processo.

Quanto aos modelos civis, não resta dúvida da aplicabilidade dos critérios. Se eles são suficientes para o processo penal, *standards* menos exigentes⁸³⁶ serão também atendidos.⁸³⁷ Em outras palavras: os critérios devem preencher um convencimento progressivo, começando pela preponderância de prova, passando pela prova clara e convincente, atingindo o *standard* de além da dúvida razoável.

A prova por DNA, por exemplo, atingiu um parâmetro sem igual de credibilidade no amplo rol, sempre aberto, de provas científicas produzidas em juízo.⁸³⁸ No particular da prova por testagem genética, ela deve ser vista como um marco a ser alcançado pelas outras provas especializadas, mas não se deve ignorar que mesmo a prova por DNA ainda não foi extensamente provada por verificação empírica.⁸³⁹ Mesmo assim, ela se mostra apta à

⁸³⁵ “The defendant apparently wishes this court to decide that whenever there is differing testimony between rival experts, or a scientific procedure that could have been helpful was not performed, there is automatically reasonable doubt. Such cannot be the rule.” EUA. Illinois. Tribunal de Apelos do 7º Circuito. *Stallings v. Ahitow*. 30 F.3d 136 (1994). Disponível em: <<https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/030/30.F3d.136.93-1804.html>>. Acesso em 25.08.2015.

⁸³⁶ Além dos modelos tradicionais, no direito internacional acha-se um bastante peculiar, ligado especificamente às questões envolvendo o meio ambiente. O princípio precaucionário (*precautionary principle*) assenta preferível determinar os fatos antes de tomar ação, e pode ser melhor agir primeiro do que buscar a plena determinação dos fatos. A meta é a proteção do meio ambiente e da própria humanidade, exigindo, de quem desenvolve atividades de risco potencial, que se desincumbam do ônus de provar acerca da segurança de tais atividades. O ponto nodal é de que a ausência de prova de prejuízo não comprova que não exista risco – deve haver uma prova de segurança. Mais do que determinar uma simples inversão do ônus da prova, trata-se de um modelo de constatação diferenciado, pois o objeto de tais processos internacionais não tem cunho meramente patrimonial nem se enquadra na tradicional divisão exposta. O modelo seria o da *plena certeza científica da segurança da atividade*. FOSTER, Caroline E. *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 19. No mesmo sentido: TALLACHINI, Mariachiara. *Scienza e diritto in tribunale. Epidemiologia e Prevenzione*, Milano: Inferenze, vol. 38, p. 159-163, mai/ago 2014.

⁸³⁷ Recorde-se a crítica há pouco realizada, merecedora de destaque, no sentido de que no precedente *Barefoot v. Estelle* a Suprema Corte se contentou com um critério bem menos rigoroso de prova científica e que levou à execução de um homem do que aquele visto em *Daubert v. Merrell Dow* e que dizia respeito exclusivamente a uma questão patrimonial. GIANNELLI, Paul C. *Daubert: Interpreting the Federal Rules of Evidence. Cardozo Law Review*, New York: Yeshiva University, vol. 15, n. 6-7, p. 1999-2026, abr. 1994. p. 2021.

⁸³⁸ ABELLÁN, Marina Gascón. *Prueba Científica: un mapa de retos*. VÁZQUEZ, Carmen (org.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 185.

⁸³⁹ SAKS, Michael J., KOEHLER, Jonathan J. What DNA "fingerprinting" can teach the Law about the rest of Forensic Science. *Cardozo Law Review*, New York: Yeshiva University, Vol. 13, pp. 361-372, 1991-1992. p. 372.

utilização e efetiva valoração no processo penal, desde que atendidos os critérios acima expostos, em particular a questão da margem de erro por conta de interferência humana, apta a produzir convencimento além da dúvida razoável.

4.7 OS PARÂMETROS VALORATIVOS NA PRÁTICA BRASILEIRA

O tema sob exame é de grande aplicabilidade prática. Todo processo no qual se verifique a necessidade de produção de prova técnica, a partir de conhecimento especializado (seja técnico, científico ou simplesmente específico) reclama pela aplicação de critérios racionais, justos e expressos pelo julgador para que se possa verificar a adequação da admissibilidade e posterior valoração da prova. O que comumente se percebe é que praticamente nenhum dos critérios examinados é aplicado nos tribunais brasileiros. Esta tendência há de ser revertida, a partir da exigência constante do art. 473, III, do NCPC, que exige que o perito indique o método utilizado, bem como sua ‘aceitação predominante’, ao mesmo tempo que impõe ao julgador que leve em conta o método utilizado. (art. 479, NCPC).

Uma primeira situação se encontra na ocorrência, não rara, de conclusões opostas, quando comparados o laudo produzido pelo perito oficial, e aquele originado do assistente técnico. Usualmente as decisões se perfilam no sentido de privilegiar o laudo apresentado pelo *expert* de confiança do juiz, sem realizar nenhum tipo de exame dos critérios supramencionados.⁸⁴⁰ Atribuir, em situação de divergência entre o perito oficial e o assistente técnico, puro e simples privilégio à prova do perito oficial sem qualquer fundamento para tanto caracteriza verdadeira arbitrariedade. É dever do julgador, na função de *peritus peritorum* examinar ambos os laudos e verificar se a metodologia empregada foi adequada, e não atribuir característica de prova legal ao laudo pericial oficial.

Nessa mesma linha, apresenta-se injusta a decisão que, pela presumível parcialidade do assistente técnico, suas conclusões não mereçam valoração quando o entendimento do *expert* do juízo vai de encontro a ele.⁸⁴¹ Ora, fosse tal consideração verdadeira, toda a

⁸⁴⁰ “2. A jurisprudência desta corte é firme no sentido de que, havendo divergência entre o laudo oficial e o do assistente técnico, prevalece a conclusão do laudo oficial, se não há elementos de convicção a infirmá-lo.” BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ementa parcial. APL-RN 2008.01.99.066285-3; MG; Primeira Turma; Rel. Juiz Fed. Conv. Miguel Angelo de Alvarenga Lopes; Julg. 24/06/2009; DJF1 25/08/2009; Pág. 120.

⁸⁴¹ “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL. VALOR MENSAL DE LOCAÇÃO. DIVERGÊNCIA ENTRE LAUDO OFICIAL E PARECER DE ASSISTENTE TÉCNICO. PREVALÊNCIA

atividade de *expert witness* do ordenamento jurídico estadunidense restaria invalidada, pois apresentada pelas partes. Igualmente grave é não perceber que o assistente técnico *também possui responsabilidade profissional perante seu respectivo órgão de classe*, o que há de conferir seriedade à opinião emitida. De outro lado, a lei processual brasileira, ao optar, tanto no CPC/73 (art. 422) quanto no NCPC (art. 466, §1º) que a participação do assistente não se submete ao impedimento ou suspeição, não criou restrição alguma para a valoração dos resultados apresentados. Não cabe, portanto, ao julgador, restringir, sem qualquer motivo, o que o legislador não restringiu, incidindo em evidente violação do direito à prova em sua acepção mais plena.

A Lei 13.105 inova no ponto, estabelecendo, no art. 477, §2º, II, que o perito do juízo tem o *dever* de esclarecer ponto “divergente apresentado no parecer do assistente técnico da parte.” Há de ter em conta, portanto, a relevância da participação do assistente técnico e a qualidade do trabalho apresentado. Nada impede que o julgador acolha, após a valoração necessária, o laudo apresentado pelo assistente em detrimento daquele produzido pelo perito oficial, quando o primeiro esteja “melhor fundamentado”⁸⁴², gozando, portanto, de metodologia mais adequada ao caso concreto que se pretende ver esclarecido.

A divergência verificada entre a atuação do perito oficial e do assistente técnico também pode indicar a necessidade da já mencionada segunda perícia,⁸⁴³ mesmo quando essa dissensão se verifique na apreciação de recurso pelo Tribunal competente, já em segundo grau de jurisdição.⁸⁴⁴

DO PRIMEIRO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. CONFIGURAÇÃO. Existindo divergência entre o valor sugerido pelo perito oficial e pelo assistente técnico, deve prevalecer a conclusão do laudo oficial, que goza de presunção de imparcialidade frente ao parecer do assistente, já que, como se sabe, este é contratado exclusivamente para defender os interesses de seus clientes, o que implica a parcialidade do laudo por ele apresentado. "Não prevalecendo os valores indicados pelas partes ocorre sucumbência recíproca, devendo cada parte arcar com metade das custas processuais e com os honorários de seus respectivos advogados". BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. APCV 1.0079.07.362259-3/0021; Contagem; Décima Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Tibúrcio Marques; Julg. 11/02/2010; DJEMG 16/03/2010.

⁸⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. APL 0008632-98.2010.8.26.0637; Ac. 7513867; Tupã; Trigésima Segunda Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Luís Fernando Nishi; Julg. 24/04/2014; DJESP 05/05/2014.

⁸⁴³ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. LAUDO PRÉVIO E DEFINITIVO QUE UTILIZOU IMÓVEIS SITUADOS EM OUTRA MUNICIPALIDADE PARA OBTENÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DÚVIDA QUANTO À AFERIÇÃO DE JUSTA INDENIZAÇÃO POR MEIO DA PROVA TÉCNICA. Divergência de milhões de reais entre o valor obtido pelo perito oficial e o constante em parecer de assistente técnico. Necessidade de nova prova pericial, antes do encerramento da instrução processual. R. Decisão de primeiro grau reformada. Recurso provido.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2059641-60.2015.8.26.0000; Ac. 8693045; São Paulo; Décima Terceira Câmara de Direito Público; Rel.^a Des.^a Flora Maria Nesi Tossi Silva; Julg. 05/08/2015; DJESP 13/08/2015.

⁸⁴⁴ “IV. É viável determinar, de ofício, inclusive em 2º grau, a realização de nova perícia, quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida. Aplicação do art. 437 do CPC. V. Laudo pericial, pareceres dos assistentes técnicos dos autores e ré que concordam quanto a existência de vícios construtivos. Existência de divergência considerável entre os valores dos danos existentes nos imóveis decorrentes de vícios

A qualificação técnica do perito, na prática dos tribunais brasileiros, é tema recorrente, mas sem unanimidade. Admitindo-se indispensável a produção de prova pericial, carecedora de conhecimento especializado, não cabe ao magistrado atuar em improviso na escolha do *expert*. Ainda que se reconheça que algumas atividades prescindem de conhecimento científico, sendo suficiente aquele especializado⁸⁴⁵, outras áreas são particularmente delicadas, exigindo profundo conhecimento técnico. As diferentes especialidades em Medicina bem representam a necessidade que o magistrado escolha, sim, um perito de sua confiança, mas ao mesmo tempo em que este seja capacitado na *área específica* em que emitirá sua opinião. Excepcionalmente, situações diferenciadas como litigar sob o pálio da assistência judiciária gratuita podem conclamar por soluções contingencias, tendo se admitido a prova pericial por médica obstetra quando o caso versava a respeito de erro médico ligado à neonatologia.⁸⁴⁶ Como a alegação de erro médico exige, em regra, prova técnica⁸⁴⁷, preferível a sua execução por profissional da área médica, ainda que não dentro do campo específico pretendido, já que a ausência total desse meio de prova

construtivos. Valor encontrado pelo assistente técnico da ré que é bem superior a aquele encontrado pelo perito do juízo. Necessidade de nova perícia com designação de novo perito. VI. Recursos de agravos retidos não conhecidos e de apelação provida para anular a sentença e determinar a designação de nova perícia.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ApCiv 0984321-2; São Mateus do Sul; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Jorge de Oliveira Vargas; DJPR 13/10/2014; Pág. 91.

⁸⁴⁵ Como caso de avaliação de imóvel: “APELAÇÃO AÇÃO REVISIONAL DE ALUGUEL COM PEDIDO LIMINAR. Preliminar de nulidade da sentença por adoção de laudo técnico produzido por leigo. Inocorrência. A avaliação de imóveis não é privativa de engenheiro. Ampla liberdade dada ao Magistrado na escolha do perito de sua confiança. Preliminar afastada. APELAÇÃO. Divergência entre laudo oficial e laudo produzido por assistente técnico da parte autora. Juiz não está adstrito ao laudo produzido pelo perito oficial. Aplicação do art. 436 do CPC. Adoção dos critérios apresentados pelo laudo técnico elaborado pelo assistente técnico por ser melhor fundamentado. Possibilidade Sentença reformada. Apelo provido. SUCUMBÊNCIA Inversão Fixação de honorários advocatícios, nos termos do art. 20, § 3º do CPC. Recurso provido.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. APL 0008632-98.2010.8.26.0637; Ac. 7513867; Tupã; Trigésima Segunda Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Luís Fernando Nishi; Julg. 24/04/2014; DJESP 05/05/2014.

⁸⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1145728/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 08/09/2011.

⁸⁴⁷ “Toda alegação de erro médico deve ter suporte na prova técnica, pois sendo o julgador leigo no assunto, tem de trazer a si elementos especializados que lhe dêem embasamento ao julgamento. As regras da experiência indicam que a perícia feita no corpo de um processo judicial deve indicar se o profissional acusado prestou, dentro dos anais médicos, o socorro devido e tempestivo, em relação e enquanto desenvolvia-se a patologia; e, se o profissional adotou os procedimentos indicados nos tais anais, em relação às circunstâncias periclitadas; ou se excedeu-se na aplicação dos meios propedêuticos; e, nas hipóteses de patologias não elucidadas pela ciência médica, esclarecer que não há estudos conclusivos sobre o assunto e, nesse caso, se o médico conduziu-se, ou não, de forma razoável diante das circunstâncias que lhe envolviam no momento do atendimento.” Voto Min. João Otávio de Noronha. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1145728/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 08/09/2011. Discorda-se que todo erro médico necessite de prova técnica. O agir errado e danoso do médico pode se verificar não apenas pela sua conduta técnica, que necessita de avaliação especializada, mas também de violação do direito de informação do paciente, quando, em situação normal, não lhe ofereça a possibilidade de decidir a partir de consentimento informado.

simplesmente inviabiliza a atividade judicial, pois não pode ser simplesmente substituída pelas regras de experiência técnica.

Em derradeiro, na praxe brasileira, aplica-se frequentemente o disposto no art. 436 do CPC/73, entendendo-se que o magistrado não está vinculado às conclusões do laudo pericial, mas nem por isso permite-se decisão arbitrária. Ele está vinculado aos elementos dos autos, só podendo afastar as conclusões do laudo pericial na presença de outra prova que também possa lhe induzir racionalmente a convicção, especialmente quando o tema não gozar de complexidade excepcional.⁸⁴⁸

4.8 CONCLUSÕES PARCIAIS

A simples utilização dos precedentes mencionados, sem exame crítico para verificar sua aplicação no direito brasileiro, ainda que em caráter meramente persuasivo, revela-se potencialmente prejudicial. A transposição de um entendimento tão polêmico quando o caso *Daubert v. Merrell Dow*, sem o cotejamento e compreensão dos outros casos ligados a ele (*Frye, Kumho, Joiner*) pode acarretar uma má aplicação dos entendimentos lá estabelecidos. Através de filtro crítico demonstra-se possível e até desejável compartilhar da experiência estadunidense no tema, para que a prova pericial possa, no direito brasileiro, passar por grande avanço. O Novo Código de Processo Civil clama pela qualificação do direito probatório brasileiro, com a valorização, no particular, da atividade pericial, com todas as suas peculiaridades.

À guisa de conclusões deste capítulo, podem ser apontadas algumas percepções. Primeiramente, que a utilização de precedentes e da própria lei no *common law*

⁸⁴⁸ “DIREITO DE VIZINHANÇA. INDENIZAÇÃO. UMIDADE, FISSURAS E RACHADURAS OCORRIDAS AO MURO DO VIZINHO SEM IMPERMEABILIZAÇÃO, O QUE OCASIONA OS DANOS RELATADOS NA INICIAL. CONSTATADOS DANOS MATERIAIS NO IMÓVEL DO AUTOR. LAUDO PERICIAL QUE ATESTA QUE RELATADOS DANOS NÃO SÃO DECORRENTES DA FALTA DE CAPTAÇÃO E ESCOAMENTO DE ÁGUAS PLUVIAIS. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. APELAÇÃO DO AUTOR. Danos que só ocorreram porque o réu não efetuou correta drenagem do solo, o que lhe causa erosão, recalque diferencial com afundamento do piso e infiltração. Em que pese laudo pericial em sentido contrário, existem provas de que há umidade na divisa entre os imóveis. Sentença reformada para procedência parcial da ação. Apelo provido em parte. Embargos de declaração. Acolhimento quanto à atribuição do uso da expressão "levantamento do piso" ao jurisperito, quando na verdade quem assim se exprimiu foi o assistente técnico. Quanto ao mais rejeitados. Pretensão que visa alterar o julgado: Impossibilidade. Ausência de contrariedade ou divergência entre as proposições do acórdão. Embargos acolhidos em parte, sem alteração do resultado.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. EDcl 0013987-56.2012.8.26.0302/50000; Ac. 8459748; Jaú; Trigésima Segunda Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Francisco Occhiuto Junior; Julg. 14/05/2015; DJESP 21/05/2015.

frequentemente se dá de forma pouco clara pelos julgadores. Mesmo quando um precedente é tido como superado, como no caso *Frye*, percebe-se significativa resistência em ainda aplicá-lo, em grande parte por desconhecimento do que seja o conceito aberto de “aceitação geral”. Por isso, ainda que criticável, a decisão da Suprema Corte no caso *Daubert* é inigualável.

Nunca houve um exame tão profundo e amplo, ao menos até o ano de 1993, da admissibilidade e valoração do *expert witness*, nem se percebeu, com tanta acuidade, a importância da(s) ciência(s) para o Direito, particularmente para a prática dos tribunais. A decisão, antes de colocar o julgador como *gatekeeper*, humildemente reconhece as limitações tanto do magistrado quanto da própria ciência. Percebe-se, igualmente, que o tema da prova técnica não é apenas relevante nos Estados Unidos, mas também em qualquer outro local no qual o Judiciário se preocupe com a busca da verdade e se valha de prova pericial para tanto.

Nessa linha, colocando-se o julgador no papel central em relação à prova, não se pode exigir dele a observância do direito fundamental à prova e do controle e valoração adequadas da prova pericial sem que lhe seja igualmente fornecida a instrumentação para a realização de sua atividade, através de critérios objetivamente verificáveis. Essa síntese final será exposta na conclusão deste estudo.

CONCLUSÃO

O direito probatório estadunidense é rico em exemplos e situações no tema da prova científica, mas não apenas nessa área, a ponto de se perceber que existe uma ‘americanização do direito’ até mesmo em um país tão resistente quanto a França.⁸⁴⁹ Contudo, ao mesmo tempo que se denota sua forte influência prática no direito material naquele país, “o juiz francês tem pouco risco de seguir o exemplo americano e se comportar como um xerife.”⁸⁵⁰ O que impede essa ocorrência é justamente a existência do processo justo que, com todas as suas garantias asseguradas às partes, não assimila bem o modelo do juiz daquele país. O mesmo se diga em relação ao Brasil. Portanto, a utilização de precedentes oriundos do direito estadunidense deve sempre ter em conta as diferenças existentes entre os ordenamentos, que ultrapassam a tradicional dicotomia *civil law / common law*.

No particular do direito probatório, verificou-se que o tema possui amplo tratamento na doutrina estrangeira, sem igual no Brasil. Essa percepção é relevante na medida em que a alteração que o Novo Código de Processo Civil traz a respeito do tema da prova pericial, pela primeira vez mencionando a importância do método e de sua aceitação ‘predominante’, chega ao Brasil 22 anos após o julgamento do Caso *Daubert* e 40 anos após a edição das *Federal Rules of Evidence*, alteradas, na Regra 702, justamente por conta dos julgamentos *Daubert*, *Kumho* e *Joiner*. O tema não é menos importante no Brasil, apesar da diferença significativa do ingresso da prova técnica no processo: nos Estados Unidos, ela se dá através da *expert witness*, oralizada, portanto, como sua característica fundamental, enquanto que no Brasil ela se dá de forma documentada. Nenhum sistema é ‘puro’ neste sentido: nos Estados Unidos, os *experts* podem apresentar *affidavits*, declarações que se assemelham aos laudos, e no Brasil não se exclui a possibilidade de, diante de perícia de menor complexidade, ou sendo necessários esclarecimentos, o perito poderá ser ouvido na audiência de instrução.

A premissa fundamental no tópico não é esta diferença, mas a semelhança do que está ao alcance do conhecimento do julgador. Ambos os juízes, como sói acontecer na ampla maioria dos ordenamentos jurídicos, são especialistas em Direito, e não nas questões fáticas apresentadas a juízo. Isto provoca um necessário distanciamento entre o julgador e o perito,

⁸⁴⁹ MAGENDIE, Jean-Claude. L’américanisation du droit ou la création d’un mythe. In *L’Américanisation du droit*. Archives du Philosophie. Vo. 45. Paris: Dalloz, 2001. p. 13.

⁸⁵⁰ MAGENDIE, Jean-Claude. L’américanisation du droit ou la création d’un mythe. In *L’Américanisation du droit*. Archives du Philosophie. Vo. 45. Paris: Dalloz, 2001. p. 16.

mas jamais pode conferir ao *expert*, sem a participação ativa do juiz, a palavra final quanto à verificação das alegações de fato. Embora a prova técnica não esteja ao alcance da cultura média do julgador em todos os seus detalhes e nuances, “a racionalidade do juiz representa um instrumento suficiente de verificação a respeito da atuação dos *experts*, sendo suficiente a adoção de uma ‘cultura de critérios’”⁸⁵¹, aqui proposta, e cuja utilização revela-se “plenamente idônea a selecionar as informações científicas realmente confiáveis.”⁸⁵² Esses critérios consistem em “esquemas conceituais destinados ao escrutínio da validade das leis científicas e das tecnologias utilizadas pelo perito e sua correta aplicação.”⁸⁵³ Nessa linha, destaca-se a clássica lição de Taruffo:

Para ser um bom intérprete, o juiz deve, portanto, ser consciente da fragmentação e variedade das coordenadas cognoscitivas e valorativas que são as notas dominantes da sociedade atual. Seu dote essencial não deve ser uma passiva ortodoxia cultural, ou a supina aceitação daquilo que vem do lado de fora do mundo fechado do Direito, mas a assunção de responsabilidades pelas escolhas que faz com a consciência de que nada é mais fornecido a priori e de que também o conhecimento do mundo é o resultado de um incerto, laborioso, complicado e jamais exaurido processo de aprendizado e interpretação.⁸⁵⁴

Em outras palavras, para este tema específico, o julgador deve estar minimamente apto a efetuar o controle da atividade probatória-pericial, bem como a necessária valoração desse material, para que supere a arraigada percepção de que o magistrado se vincula indistintamente ao resultado da prova técnica. Estabelecem-se, assim, as seguintes conclusões do trabalho:

1.1 O direito fundamental à prova decorre do direito fundamental ao processo justo, e não se confunde com outros direitos fundamentais processuais, como o contraditório e a ampla defesa, que também se distinguem entre si.

1.2 O momento histórico é de total relevância dos direitos fundamentais processuais, que apresentam um desenvolvimento incomparável na história brasileira recente, especialmente após a Constituição de 1988, reforçada pela edição do Novo Código de Processo Civil.

1.3 Não se trata de privilégio específico de parte (autor ou réu ou juiz), mas de uma construção jurídica que torne o processo apto a buscar a decisão justa, apresentando-se como

⁸⁵¹ RIVELLO, Pier Paolo. *La Prova Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2014. p. 176.

⁸⁵² RIVELLO, Pier Paolo. *La Prova Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2014. p. 176.

⁸⁵³ DOMINIONI, Oreste. *La Prova Penale Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 71.

⁸⁵⁴ TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo: v. 2, nº 2, p. 171-204, julho-dezembro/2001. p. 197.

um dos elementos a ser ponderado junto aos outros direitos fundamentais processuais.

1.4 O reconhecimento do direito fundamental à prova possui implicações, dentre as quais a possível admissibilidade de prova ilícita, em determinadas situações, aplicando-se o princípio da razoabilidade.

1.5 Não há como efetuar distinção que se apresente problemática entre provas típicas e atípicas, a não ser a consideração que aquelas possuem um regramento mais claro estabelecido em lei, pois ambas as espécies se submetem às disposição de uma Teoria Geral da Prova.

1.6 Os ônus de provar devem ser estabelecidos de forma clara, a fim de que as partes não sejam surpreendidas ao final da demanda, em dupla violação – aos direitos fundamentais ao contraditório e à prova, especialmente a partir da moderna percepção de que não se trata apenas um ônus, mas efetivo *dever* das partes.

1.7 A valoração da prova é fundamental à consecução da decisão justa, pois não há decisão que se qualifique como tal se fundando em uma equivocada percepção sobre os fatos; aponta-se, portanto, a necessidade que o magistrado empregue critérios racionais para a adequada valoração dos meios de prova carreados ao processo, e que permita que isso seja feito em tempo razoável.

2.1 A reconstrução fática no processo é indispensável ao cumprimento de qualquer função que o processo deseje atender que seja minimamente conectada com o processo justo, ainda que o exame prático dos fatos seja usualmente ignorado na formação jurídica tradicional.

2.2 O tema da verdade no processo segue polêmico, mas com um distanciamento da dicotomia verdade material / verdade formal, a partir da singela percepção de que a verdade é inatingível fora ou no processo.

2.3 A verdade a ser buscada é, portanto, tão contingencial quanto qualquer outra verdade que seria buscada mesmo fora do âmbito processual, dentro dos limites lógicos e formais do processo. Isso não impede seja adotado um conceito de verdade enquanto correspondência, a fim de que possa se assegurar um critério mínimo para sua compreensão.

2.4 A função da prova divide-se ora em argumentativa, ora em demonstrativa, não existindo um modelo puro, já que o viés demonstrativo mostra um comprometimento maior com a verdade e com um tipo específico de discurso, enquanto que a argumentativa, ligada à retórica, também cumpre sua função, conferindo humildade à função judicial.

2.5 A construção de uma ciência jurídico-probatória é possível, a partir da instrumentação epistemológica da atividade judicial. A epistemologia se presta a examinar

diferentes áreas do conhecimento, dentre as quais deve se incluir o Direito e a atividade do magistrado, interrogando-se sobre a forma de sua construção, bem como os seu respectivo grau de veracidade, robustez e conexões internas e externas.

2.6 Ao questionar o valor e importância do conhecimento de determinada área, a epistemologia contribuiu para a melhor compreensão da ciência em si e até mesmo para a eliminação de alguma metodologia que se revele inadequada para o descobrimento da verdade, auxiliando, no particular jurídico, a diagnosticar algumas das causas de *erro* que podem ocorrer durante o processo judicial e também na valoração da prova.

2.7 A ideologia é característica indissociável da atividade humana, devendo apenas ser dimensionada sua influência estruturante sobre o processo (legislador) e sobre o rumo das decisões judiciais (magistrado), de nada adiantando a instrumentação epistemológica do Direito e do processo e este se presta apenas a justificar uma estrutura de poder e não tem nenhum comprometimento com a busca da verdade.

2.8 A epistemologia apresenta pelo menos três formas diversas de estruturar o conhecimento: Fundacionalismo, Coerentismo e Funderentismo.

2.9 O Fundacionalismo se baseia na imagem de que as crenças justificadas se estruturam como um prédio, dividindo-se em uma fundação e uma superestrutura, esta dependente da primeira - um sistema básico de crenças é válido por si só, independente do suporte de outra crença; enquanto que todas as demais crenças são derivadas deste sistema básico, através de suporte direto ou indireto. O problema é o regresso *ad infinitum* à justificativa fundamental, ou seja, às bases da crença justificada.

2.10 O Coerentismo se estrutura como uma teia, na qual a força (ou resistência) de uma área corresponde diretamente à força (ou resistência) das áreas ao seu redor, apresentando-se sob a forma de um 'círculo de crenças'. Esta vertente compartilha dos mesmos problemas do Fundacionalismo.

2.11 O Funderentismo, cunhado por Susan Haack, de seu turno, se preocupa com a estrutura da evidência (ou prova). Apresenta-se com visualização da teoria a analogia das palavras cruzadas: a evidência experimental representa o análogo das dicas, e as razões o análogo das palavras já completadas (ou 'entradas' no esquema). É dessa comparação que se torna possível qualificar a evidência como forte ou fraca. Este viés se mostra mais adequado ao direito probatório, pois permite uma interseção entre os diferentes meios de prova, bem como sua análise individual.

3.1 A prova técnica requer sua caracterização e conceituação para que se possa examinar a tese proposta. Não haveria qualquer razão de se indagar a (des)vinculação do

jugador se pudesse haver qualquer visão de que a prova técnica se apresenta como sinônimo (nem que seja ao menos na prática) de prova legal.

3.2 A figura do perito desempenha um papel fundamental na prova técnica, especialmente a partir do regime de responsabilidade ao qual se encontra submetido. Não parece, nessa linha, que a estrutura pericial brasileira reforce a seriedade da atuação desses profissionais como ocorre em outros países, no particular a França e Espanha.

3.3 O laudo pericial deverá ser redigido de forma clara e fundamentada, indicando o método empregado, pois, sem tais requisitos, haverá possível ofensa ao contraditório, na medida em que se distancia as partes da possibilidade de questionar o seu conteúdo.

3.4 Não há consenso sobre o que se denomine ‘método científico.’ Cada ramo da ciência emprega métodos diferentes, pois não existe ‘o’ método científico, mas uma pluralidade de atuações técnicas que se adequam às diversas áreas do conhecimento.

3.5 O método, no entanto, é uma das formas de se aferir a presença de uma ciência adequada ou da indesejada *junk science*, que pode ter consequências muito gravosas se adotada sem o devido critério pelo magistrado como adequada.

3.6 O julgador deve buscar, caso a caso, a distinção entre ‘boa’ e ‘má’ ciência, evitando-se esta última, pois apenas a decisão que se funde sobre uma decisão científica, quando produzida prova técnica, encontra-se efetivamente legitimada.

3.7 A atividade técnico-pericial se relaciona particularmente com três direitos fundamentais processuais. Com o contraditório, na medida em que as partes devem ser auxiliadas pelo juiz na compreensão da atividade do perito, caso não esteja ao alcance delas participar e influir nessa atuação. Com a igualdade ou paridade de armas, diante da possível desigualdade entre as partes processuais, o que também pode acontecer por questões de ordem técnica, quando, por exemplo, uma delas detém o conhecimento especializado sobre o tema objeto da perícia e a outra não, cediço em casos de erro médico. E, finalmente, com a duração razoável do processo, entendendo-se que não se verifica violado o direito fundamental apenas pela demora na perícia ou pela realização de segunda perícia. A etapa instrutória é a mais delicada e relevante do processo, natural que se deixe em segundo plano a noção unilateral de celeridade, privilegiando-se a razoabilidade do tempo *necessário* para que a atividade pericial possa auxiliar na solução dos temas complexos do processo.

4.1 Não há unanimidade no direito estadunidense sobre o que vem a ser os critérios de admissibilidade e valoração da prova pericial, com recidivas, mesmo após o julgamento do Caso *Daubert*, à aplicação exclusiva do critério de ‘aceitação geral’, sem a nova perspectiva oferecida para este no julgamento de 1993. Isto não impede, contudo, que se verifique uma

série de critérios nunca apresentados em conjunto até a mencionada decisão, verdadeiramente paradigmática em matéria de prova técnica.

4.2 A partir dessa percepção, delinear-se os critérios para a adequada admissibilidade⁸⁵⁵ e valoração da prova pericial, tendo como premissa a validade da parêmia *iudex peritus peritorum*. Simplesmente dizê-la superada ou vetusta é automaticamente designar ao perito a decisão acerca dos fatos do caso quando se produza prova técnica, o que é inviável.

4.3 Atuando como guardião, o julgador deve, a partir de seu tirocínio, fazendo uso das máximas de experiência – comuns ou técnicas, destacando que estas *não podem substituir a perícia quando se necessite de conhecimento especializado* – verificar a qualidade da atuação e conclusão apresentadas pelo perito.

4.4 O critério de falseabilidade de Popper, ou de verificação empírica de Hempel, traduz-se em uma utopia que nem mesmo a Suprema Corte dos EUA decidiu manter, silenciando a tal respeito em julgados posteriores. A intenção demarcatória, separando a ciência ('boa') da não ciência ('junk science', pseudociência) não era totalmente clara nem para Popper, nem era a intenção de Hempel. Além de sua origem problemática, realmente soa demasiado crer ao alcance do julgador o entendimento e domínio de tais conceitos e possíveis técnicas implicadas.

4.5 No entanto, a busca por critérios demarcatórios é relevante, ela apenas não é tão clara quanto pretendia a Suprema Corte no julgamento *Daubert*. Assim, relevante que o julgador tenha ao menos acesso ao conhecimento mínimo da discussão acerca da validade do conhecimento científico e do próprio método (ou variedade de métodos) empregados. Menos que um critério, portanto, essa visão é uma *advertência* ao julgador: a ciência não é clara, não se pode tê-la como absoluta e infalível, nem qualquer conhecimento especializado como válido.

⁸⁵⁵ Destacando-se que a preocupação, no direito brasileiro, pela restrita atuação do júri, é menor no que diz respeito à admissibilidade da prova. Vide estudo de Amos Tversky e Daniel Kahneman a respeito da visualização incorreta de probabilidades, que podem induzir em erro os jurados: *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases*. *Science*, Washington: AAAS, vol. 185, n. 4157, pp. 1124-1131. 27 set. 1974. Sobre a influência do júri se deixando 'impressionar': RENAKER, Teresa S. Evidentiary Legerdemain: Deciding When Daubert Should Apply to Social Science Evidence. *California Law Review*, Los Angeles, vol. 84, pp. 1657-1692, 1996. p. 1671. Em um contexto de ações julgadas por magistrados, o ponto não reside sobre a admissibilidade da prova, mas sim a respeito de sua confiabilidade por conta de sua abrangência, ou seja, o quão bem-informada é uma visão da ciência existente, nos limites do conhecimento relevante, para auxiliar o juízo na compreensão da existência da violação de um direito. FOSTER, Caroline E. *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 12.

4.6 Por isso mesmo a existência de um único critério (como o critério do mercado, pré-*Frye*) revela-se pobre; o ideal é a conjugação de critérios para que eficazmente se admita e valora a prova pericial.

4.7 Os outros critérios apresentados no caso *Daubert* são: (a) revisão pelos pares e publicação do conhecimento em locais especializados, permitindo o seu debate, com a ressalva de que algumas áreas do conhecimento são demasiado específicas para atraírem interesse público e que o sistema do *peer review* tem suas fraquezas; (b) apresentação de margens de erro, que devem levar em conta a possibilidade de erro humano na manipulação dos materiais ou dados envolvidos; (c) standards de controle, através de órgãos de classe, associações e entidades às quais se submeta o conhecimento especializado, cabendo ponderar a idoneidade e composição desses grupos e qualidade dos padrões de controle; (d) aceitação geral, não como vista em *Frye*, mas como um conhecimento que não possui, *ab initio*, total rejeição de todas as demais áreas estabelecidas, ou dos pares do *expert*, sujeito à revisão pelo julgador, e não apenas consolidado na área de origem do conhecimento. As *soft sciences* não se submetem, ao menos em regra, ao critério (c), pois lhes é inerente a dificuldade de apresentação de margens de erro. As ciências humanas ou sociais, portanto, devem ser admitidas e valoradas com cuidado diferenciado, sem que lhes sonegue validade e importância para o Direito.

4.8 Adicionalmente, o caso julgado na Corte Europeia de Direitos Humanos traz a importante consideração temporal da precisão científica: a decisão deve se basear no estado da arte no momento em que proferida. O julgador não pode antever possíveis erros futuros da técnica, até mesmo porque a revisão do método científico é absolutamente natural.

4.9 A figura do perito é essencial e ele deve ser identificado, em regra, perante as partes, para que possa se determinar sua qualificação técnica e o regime de responsabilidade ao qual ele se submete, bem como se está vinculado a algum órgão ou entidade de classe que favoreça o controle técnico de sua atividade. Apenas em uma situação extremamente excepcional como os casos de pedido de asilo julgados pela Suprema Corte inglesa sua identidade é protegida, sem que sejam sonegadas suas credencias e que, assim desejando o juízo, ele se apresente para prestar os esclarecimentos necessários. As partes têm o direito à prova e, portanto, o direito de conhecer e questionar o perito do juízo, alegando seu impedimento, suspeição ou ausência de qualificação técnica.

4.10 Esses critérios podem ser aplicados tanto aos casos cíveis quanto aos casos criminais, desde que, na mesma medida de exigência do modelo de constatação adotado, se incremente o rigor de exame da prova técnica e da presença evidente de todos os requisitos

mencionados, reduzida ao mínimo a liberdade do julgador no ponto, sempre atuando de forma racional e expressamente fundamentada.

4.11 A prática dos tribunais brasileiros ainda não revela preocupação com esses critérios, mencionados pela primeira vez em julgado do Supremo Tribunal Federal datado de 2012. Ainda existe uma tendência a sobrevalorizar o laudo oficial em detrimento daquele produzido pelo assistente técnico em alguns casos, sem que haja qualquer análise do método empregado ou de outro critério que não se revele meramente arbitrário. As exigências trazidas pelo Novo Código de Processo Civil devem alterar essa realidade em um futuro próximo.

Pôde-se, por conseguinte, confirmar a tese inicialmente proposta, tendo em conta que os critérios mencionados estão sob o controle racional, exposto e devidamente fundamentado do juiz. Apreciando os mencionados critérios, ele não pode adotar, posteriormente, uma conduta contraditória, sonogando as conclusões periciais que inicialmente julgou válidas. Conduz-se, portanto, a uma das seguintes situações, *desde que respeitado o grau de convencimento exigido pelo modelo de constação pertinente ao caso*:

a) Preenchidos todos os critérios, sem ressalva, e inexistindo outros elementos probatórios, o magistrado *estará vinculado* ao resultado da perícia técnica;

b) Não preenchido nenhum dos critérios, mesmo inexistindo outros elementos probatórios, o julgador *não estará vinculado* ao resultado da atividade pericial;

c) Preenchidos os critérios e presentes outros elementos probatórios, o julgador deverá ter em alta conta a qualidade da prova técnica e o grau de convencimento racional induzido, não estando vinculado ao seu resultado, mas devendo apresentar esforço motivacional diferenciado para afastar as conclusões do laudo, levando em conta o instrumental diferenciado fornecido por um viés epistemológico de cunho *funderentista*, que lhe impõe analisar o contexto probatório a partir de todas suas referências cruzadas, na linha dos critérios fornecidos por Susan Haack, ou seja, i) o quanto de suporte determinado meio de prova fornece à conclusão pretendida (relacionada às demais provas produzidas; ii) o quão efetivamente confiáveis são as provas individualmente consideradas (examinadas de forma independente); iii) a abrangência fornecida pelo material probatório (o quanto das alegações sobre os fatos se mostra esclarecida pelos meios disponíveis).

REFERÊNCIAS

- ABELLÁN, Marina Gascón. *Cuestiones Probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- _____. Prueba Científica: un mapa de retos. VÁZQUEZ, Carmen (org.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. *Desmystifying legal reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A Garantia do Contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (org.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil* São Paulo, RT, 1999.
- _____. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol 1. São Paulo: Atlas, 2010,
- ANDERSON, Terence, SCHUM, David, TWINING, William. *Analysis of Evidence*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2011.
- ATIAS, Christian. *Épistémologie juridique*. Paris: Dalloz, 2002.
- ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal – a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- ÁVILA, Humberto. O que é ‘devido processo legal’? *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 33, n. 163, set.2008.
- BACHELARD, Gaston. *The New Scientific Spirit*. Traduzido por Arthur Goldhammer. Boston: Beacon Press, 1984.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. v.1
- _____. *Processo e ideologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2006.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. In: *Temas de direito processual: Segunda Série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. Julgamento e Ônus da Prova in *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. A Emenda Constitucional 45/2004 e o processo. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 130, dez.2005, p. 240.
- _____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 74, n. 261, p. 13, jan./fev./mar., 1978.
- BARREAU, Hervé. *L'Épistémologie*. 8ª ed. Paris: PUF, 2013.
- BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valutazione razionale della prova*. Milano: Giuffrè, 2012.
- _____. *Prova e verità nel diritto*. Bologna: Il Mulino, 2004.
- BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- BERGEAUD, Aurélie. *Le Droit à la Preuve*. Paris: LGDJ, 2010.
- BERLIN, Isaiah. Determinismo, relativismo e juízos históricos. In: GARDINER, Patrick (Org.) *Teorias da história*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- BERTHELOT, Jean-Michel. Verbete Épistémologie des Sciences Humaines. MESURE, Sylvie, SAVIDAN, Patrick (orgs.). *Le Dictionnaire des Sciences Humaines*. Paris: PUF, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____. *O positivismo jurídico*. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONJOUR, Laurence. Internalism and Externalism. In MOSER, Paul K. (org.). *The Oxford Handbook of Epistemology*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- BOTELHO, Guilherme. *Direito ao Processo Qualificado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BRILMAYER, Lea. Second-order evidence and Bayesian logic. *Boston University Law Review*. Vol. 66, 1986.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BURDICK, William L. *The principles of roman law and the relation to modern law*. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2004.
- BYK, Christian. *Les Scientifiques doivent-ils être responsables? Commission nationale française pour l'UNESCO*. Bordeaux: Les Études Hospitalières, 2013.
- CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Orgs.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.
- CADIET, Loïc (Org.). *Dictionnaire de la justice*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.
- CADIET, Loïc, NORMAND, Jacques, MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. 2ª ed. Paris: PUF, 2013.
- CALAMANDREI, Piero. *El juez y el historiador*. In: *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires: Editorial Bibliografica I Argentina, 1945. p. 107-130.
- _____. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1968. v. 3.
- CALOGERO, Guido. *La logica del giudice*. Padova: CEDAM, 1937.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. A valoração da perícia genética: está o juiz vinculado ao

- resultado do “exame de ADN”? In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009. p. 11-21.
- CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2001.
- CANESTRARI, Renzo. Decisione giudiziaria e verità scientifica. In: *Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, v. 8, p. 43-46, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999
- _____. Julgar e decidir: as invisíveis manhas da decisão nos ‘tribunais académicos’. *Julgar*, Coimbra, Coimbra Editora, v. 1, p. 13-18, jan./abr. 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CANZIO, Enio. Prova científica nel processo penale. In: *Decisione giudiziaria e verità scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 60.
- CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, trad. de Athos Gusmão Carneiro, v. 13, p. 1-17, 1978.
- CARBONE, Carlos Alberto. Los medios de prueba no previstos em la ley ante el derecho constitucional de ofrecerlos si fueren pertinentes. In: MORELLO, Augusto M. (org.). *Prueba*. Buenos Aires: La Ley, 2007.
- CARNAP, Rudolf. *An Introduction to the Philosophy of Science*. New York: Dover, 2010.
- _____. *Philosophical Foundations of Physics*. New York: Martin Gardner, 1966.
- CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile – parte generale*. Milano: Giuffrè, 1992.
- CARPES, Arthur. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CARRATA, Antonio. Funzione Dimostrativa della Prova (Verità del fatto nel Processo e Sistema Probatorio). In: *Rivista di Diritto Processuale*, Milano: Giuffrè, anno LVI, nº 1, genn./mar. – 2001.
- CAVANI, Renzo. Decisão justa: mero slogan? *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 39, n. 236, pp. 119-158, out.2014.
- CHAVES, Manoel Matos Araujo. *La Prueba Pericial*. Lisboa: Editorial Juruá, 2013.
- CHIRINOS, Alberto J. Montezuma. Las reglas de la IBA y el derecho fundamental a la prueba. In POSADA, Giovanni Priori (org.). *Las Garantías del Justo Proceso*. Lima: Palestra, 2013.
- COHEN, Jonathan L. *The Probable and the Provable*. Oxford: Oxford University Press, 1977.
- COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado, TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile – I. Il processo ordinario di cognizione*. 5ª ed. Bologna: Il Mulino, 2011.
- CONTE, Bárbara Souza. Depoimento sem dano: a escuta da psicanálise ou a escuta do direito? *Psico*, Porto Alegre: EDIPUCRS, v. 39, n. 2, pp. 219-223, abr./jun. 2008.
- CORDOPATRI, Francesco. La ratio decidendi. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. XLV, n. 1, CEDAM, p. 148-206, jan./mar., 1990.

- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Aniceto Lopes, 1942.
- CROSS, Rupert, HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4ª. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.
- DALBIGNAT-DEHARO, Gaëlle. *Vérité Scientifique et Vérité Judiciaire em Droit Privé*. Paris: LGDJ, 2004.
- DALL'ALBA, Felipe Camilo. A ampla defesa vista sob um olhar constitucional processual. *In Temas atuais de Direito Público*. Curitiba: UTFPR, 2007.
- _____. A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição de inadmissão da prova por já estar convencido o juiz. *In: KNIJNIK, Danilo (org.). Prova Judiciária – estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007
- DAMASKA, Mirjan R. *Evidence Law Adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997.
- _____. *The Faces of Justice and State Authority*. London: Yale University Press, 1986.
- DELLEPIANE, Antonio. *Nueva Teoría de la Prueba*. 10ª ed. Bogotá: Temis, 2011.
- DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2004.
- DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol 2. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4ª ed. Tomo II. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DIXON, Lloyd, GILL, Brian. *Changes in the Standards for Admitting Expert Evidence in Federal Civil Cases Since the Daubert Decision*. Santa Monica: Rand Institute, 2001.
- DÖHRING, Erich. *La Prueba*. Buenos Aires: EJE, 1972.
- DOMINIONI, Oreste. *La Prova Penale Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- DWYER, Déirdre. *The Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de la Prueba Judicial*. Vol. I. 3ª ed. Buenos Aires: EJE, 1972.
- EDELMAN, Bernard. Le droit, les 'vraies' sciences et les 'fausses' sciences. *In Droit et Science. Archives du philosophie du Droit*, Paris: SIREY, 1991.
- ENGELMANN, Arthur et al. *A History of Continental Civil Procedure*. Traduzido por Robert Wyness Millar. New York: Rothman Kelley, 1969.
- FAIGMAN, David L. Judges as "Amateur Scientists." *Boston University Law Review*, Boston: Boston University School of Law, vol. 86, n. 5, pp. 1207-1225, Dez. 2005.
- _____. The Evidentiary Status Of Social Science Under Daubert: Is It "Scientific," "Technical," or "Other" Knowledge? *Psychology, Public Policy and Law*, Washington: American Psychological Association, vol. 1, n. 4, pp. 960-979, 1995.
- _____. To have and have not: assessing the value of Social Science to the Law as Science and policy. *Emory Law Journal*, Atlanta: Vol. 38, pp. 1005-1095. 1989
- _____, PORTER, Elise, SAKS, Michael J. Check your crystal ball at the courthouse door, please: exploring the past, understanding the present, and worrying about the future of

- scientific evidence. *Cardozo Law Review*, New York: Yeshiva University, vol. 15, n. 6-7, p. 1800-1835, abr. 1994.
- FEINMAN, Jay M. *Law 101*. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org). *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010.
- FÉLIX, Marco Jobim. *O Direito à Duração Razoável do Processo*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FEYERABAND, Paul. *Against Method*. 4ª ed. London: Verso, 2010.
- _____. *The Tyranny of Science*. Cambridge: Polity Press, 2014.
- FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Orgs.). *American legal realism*. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil*. São Paulo: RT, 2009.
- FOLEY, Richard. Conceptual Diversity in Epistemology. In MOSER, Paul K. (org.). *The Oxford Handbook of Epistemology*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- FORNACIARI, Michele. *La Ricostruzione del fatto nel processo*. Milano: Giuffrè, 2005.
- FORSTER, João Paulo Kulczynski. *O Controle Da Decisão Judicial E Da Fundamentação Atrás Da Fundamentação*. 2011. 218f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, UFRGS, Porto Alegre, 2011.
- FORSTER, João Paulo K., CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. Limitações éticas à prescrição de medicamentos: dos impactos no protocolo SUS ao posicionamento do Poder Judiciário. In *Cadernos IberoAmericanos de Direito Sanitário*, Brasília, v.2, n.2, jul./dez. 2013.
- FORSTER, Nestor José. *Direito de defesa*. São Paulo: LTr, 2007.
- FOSTER, Caroline E. *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- FRANK, Jerome. *Courts on trial*. New Jersey: Princeton University Press, 1973.
- FUMERTON, Richard. Theories of Justification. . In MOSER, Paul K. (org.). *The Oxford Handbook of Epistemology*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- GARCIA, André Almeida. *Prova civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GENN, Hazel. *Judging Civil Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- GIANNELLI, Paul C. Daubert: Interpreting the Federal Rules of Evidence. *Cardozo Law Review*, New York: Yeshiva University, vol. 15, n. 6-7, p. 1999-2026, abr. 1994.
- GIULIANI, Alessandro. *Il conceto di prova*. Milano: Giuffrè Editore, 1971.
- GODO, Juan Morales. Naturaleza constitucional del derecho a la prueba. POSADA, Giovanni Priori (org.). *Las garantías del justo proceso*. Lima: Palestra, 2013.
- GOLDMAN, Alvin. A Causal Theory of Knowing. *The Journal of Philosophy*, New York: Columbia University, vol. 64, n. 12, 1967.
- _____. Discrimination and Perceptual Knowledge. *The Journal of Philosophy*, New York: Columbia University, vol. 73, n. 20, 1976.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- GROSS, Marco Eugênio. Devido Processo Legal Procedimental e Ofensa Reflexa à Constituição. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 36, n. 193, mar. 2011.
- GUASP, Jaime. *Juez y Hechos em El Proceso Civil*. Barcelona: Bosch, 1943.
- GUASP, Jaime, ARAGONESES, Pedro. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. 7ª ed. Navarra:Thomsom Civitas, 2005.
- GUDJONSSON, Gisli. *The psychology of interrogations, confessions and testimony*. Londres: Wiley, 1993.
- GUINCHARD, Serge (org.). *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*. 7ª ed. Paris: Dalloz, 2013.
- _____. *Méga nouveau code de procédure civile commenté*. Paris: Dalloz, 2001.
- HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry*. 2ª ed. New York: Prometheus Books, 2009.
- _____. *Evidence Matters*. New York: Cambridge University Press, 2014.
- _____. *Putting Philosophy to Work*. Edição expandida. New York: Prometheus Books, 2013
- HABA, Enrique P. Sciences du droit – quelle ‘science’? *In Droit et Science. Archives du philosophie du Droit*, Paris: SIREY, 1991, T. 36.
- HAZARD JR., Geoffrey C., TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure*. New Haven: Yale, 1993.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- _____. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- HIRSCHBERGER, Johannes. *História da Filosofia na Antiguidade*. São Paulo: Herder Editora, 1957.
- HOFFMAN, Paulo. A atuação probatória do réu revel, sob o aspecto constitucional da ampla defesa. *In SILVA MARTINS, Ives Gandra, JOBIM, Eduardo. O Processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- HOLMES, Oliver Wendell. The common law. In: FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Orgs.). *American legal realism*. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- IACOBONI, Alessandro. *Prova legale e libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 2006.
- JARROSSON, Charles. L’Expertise Équitable. *In Justices et droit du procès – mélanges em l’honneur de Sergue Guinchard*. Paris: Dalloz, 2010.
- JASANOFF, Sheila. What Judges Know about Sociology of Science. *Jurimetrics*, American Bar Association, vol. 32, no. 2 mar/mai 1992.
- JOLOWICZ, J. A. *On Civil Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- JUNOY, Juan Picó i. *Las garantas constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997.

- _____. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: José María Bosch, 1998.
- KNIJNIK, Danilo. A "Doutrina dos frutos da árvore venenosa" e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, n. 66, p. 83, mar. 1996.
- _____. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: novos estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- KOZINSKI, Alex. What I ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making. In: O'BRIEN, David. *Judges o judging: views from the bench*. 3. ed. Washington, D.C.: CQ Press, 2009.
- KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- LAGIER, Daniel González. *Quaestio Facti*. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción. Colonia del Carmen: Fontamara, 2013.
- LAHR, C. *Manual de Filosofia*. 5ª ed. Porto: Livraria Apostolado da Imprensa, 1950.
- LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LAUDAN, Larry. *Truth, Error and Criminal Law*. Cambridge: Cambridge, 2006.
- LEARNED HAND, Billings. Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony. *Harvard Law Review*, Cambridge: Harvard Law Review Association, Vol. 15, n. 1, mai.1901.
- LECLERC, Olivier. *Le Juge et L'Expert*. Paris: LGDJ, 2005.
- LEDERER, Frederic I. Resolving the Frye dilemma-a reliability approach. *Jurimetrics*, American Bar Association, vol. 26, pp. 240-244, 1985-1986.
- LEROUX, Jean. *Une histoire comparée de la philosophie des sciences*. Vol. II. Québec: PUL, 2010.
- LESSONA, Carlos. *Teoria general de la prueba en derecho civil*. Tomo I. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1957.
- LÉVY-BRUHL, Henri. *La Preuve Judiciaire*. Paris: Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964.
- LEWIS, Jane A. *Forensic Document Examination*. Oxford: Academic Press, 2014.
- LILIENFIELD, Scott O., LYNN, Steven Jay, LOHR, Jeffrey M. *Science and Pseudoscience in Clinical Psychology*. New York: Guildford Press, 2015.
- LLEWELLYN, Karl. N. A realistic jurisprudence: the next step. In: FISHER III, William W.; HORWITZ, Morton J.; REED, Thomas A. (Orgs.). *American legal realism*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 58.
- LLUCH, Xavier Abel. *La Valoración de La Prueba en el Proceso Civil*. Madrid: La Ley, 2014.
- LOEVINGER, Lee. Science as Evidence. *Jurimetrics*, American Bar Association, vol. 35, no. 2, dez./fev. 1994-1995.
- LOMBARDO, Luigi. La Scienza e il Giudice nella Ricostruzione del Fatto. *Le Prove nel*

- Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2007.
- LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 2010.
- MAGENDIE, Jean-Claude. L'américanisation du droit ou la création d'un mythe. In *L'Américanisation du droit*. Archives du Philosophie. Vo. 45. Paris: Dalloz, 2001.
- _____. Loyauté, Dialogue, Celerité. In: *Justices e droit du procès*. Paris: Dalloz, 2010.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo: RT, 2011.
- MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Tomo II. 12ª ed. Torino: Giappichelli Editore, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010.
- _____. *A Ética dos Precedentes*. São Paulo: RT, 2014
- _____, ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.
- _____, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015.
- _____. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2015.
- _____. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2015.
- MASTROGREGORI, Massimo. Il giuoco di lusso. A proposito de 'il giudice e lo storico' de Piero Calamandrei. *Il Ponte*. Anno XLVII, n. 8-9, ago./set. 1991, Vallecchi Editore.
- MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MELENDO, Santiago Sentís. Naturaleza de la prueba: la prueba es libertad. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 63, n. 462, p. 11-22, abr. 1974.
- MELERO, Valentín Silva. *La Prueba Procesal*. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENEZ, Joseph F.; VILE, John R. *Summaries of leading cases on the constitution: 50th anniversary edition*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2004.
- MICHELI, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba*. Traduzido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1961
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009.
- MITTERMAIER, Carl. *Teoria della prova nel processo penale*. Milano: Sanvito, 1858.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume I. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MONTZ, Craig Lee. Trial Judges As Scientific Gatekeepers After Daubert, Joiner, Kumho

- Tire, And Amended Rule 702: Is Anyone Still Seriously Buying This ? *University of West Los Angeles Law Review*, vol. 33, pp. 87-109, 2001.
- MORALES, Rodrigo Rivera. *La Prueba: Um análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- MOVELLÁN, Pedro Álvarez Sánchez. *La prueba por presunciones*. Granada: Editorial Colmares, 2007.
- MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010.
- NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.
- NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974.
- NOUVEL, Pascal. *Filosofia das Ciências*. Campinas: Papirus, 2013.
- PASTORE, Baldassare. *Giudizio, Prova, Ragion Pratica*. Milano: Giuffrè, 1996.
- PÉREZ, David Vallespín. *El modelo constitucional de juicio justo em el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2002.
- PHILIPS, Susan U. *Ideology in the language of judges*. New York: Oxford University Press, 1998.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PICÓ I JUNOI, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. Vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. 2a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- POPPER, Karl. *Conjectures and Refutations*. New York: Routledge, 2002.
- _____. *The Logic of Scientific Discovery*. New York: Routledge, 2002.
- POSADA, Giovanni Priori (org.). *Las Garantías del Justo Proceso*. Lima: Palestra, 2013.
- POUND, Roscoe. Law in books and law in action. *American Law Review*, Chicago, v. 44, p. 12-36, 1910.
- RADOS, Bruno, GIANNINI, Paolo. *La consulenza tecnica nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 2013.
- REICHELT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- RENAKER, Teresa S. Evidentiary Legerdemain: Deciding When Daubert Should Apply to Social Science Evidence. *California Law Review*, Los Angeles, vol. 84, pp. 1657-1692, 1996.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- RICCI, Gian Franco. Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa. *In: Le Prove*

- nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2007.
- RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- RÍOS, Eva Isabel Sanjurjo. *La prueba pericial civil – Procedimiento y valoración*. Madrid: Reus, 2013.
- RIVELLO, Pier Paolo. *La Prova Scientifica*. Milano: Giuffrè, 2014.
- ROBERTSON, Christopher. The problem of biased experts, and blinding as a solution: a response to Professor Gelbach. *The University of Chicaco Law Review Dialogue*, Chigago, vol 81, 2014. p. 62.
- ROJO, José Vicente. *Los Peritos y la Prueba Pericial en el Procedimiento Civil*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014.
- ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Teoria dos Precedentes Judiciais*. Curitiba: Juruá, 2012.
- ROSSI, Faust F. *Expert Witnessess*. New York: American Bar Association, 1991.
- SAKS, Michael J., KOEHLER, Jonathan J. What DNA "fingerprinting" can teach the Law about the rest of Forensic Science. *Cardozo Law Review*, New York: Yeshiva University, Vol. 13, pp. 361-372, 1991-1992.
- SALAVERRÍA, Juan Igartua. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- _____. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. Volume V. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1968.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- _____. Os direitos fundamentais e sua dimensão organizatória e procedimental: alguns pressupostos para uma adequada compreensão do processo na perspectiva constitucional. In MARTINS, Ives Gandra da Silva, JOBIM, Eduardo. *O Processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.
- SCHUM, David A. *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*. Evanston: Northwestern University Press, 1994.
- SHELTON, Donald E. *Forensic Science: Can the Law Keep Up with Science?* El Paso: LFB Scholarly Publishing LLC, 2012.
- SENDRA, Vicente Gimeno. *Derecho procesal civil Tomo I*. 2. ed. Madrid: COLEX, 2007.
- SILTALA, Raimo. *Law, Truth and Reason*. New York: Springer, 2011.
- SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. Lisboa: Lex, 1997.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. As tendências contemporâneas da ideologia e práticas jurídicas. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Martins (Orgs.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.

- SPERBER, Monique Canto (org.). *Dicionário de Ética e Filosofia Moral*. V. 2. Tradução de Ana Maria Ribeiro-Althof et al. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Traduzido por Andres de Oliva Santos. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1973.
- STELLA, Federico. *Giustizia e Modernità*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2003.
- _____. *Il Giudice Corpuscolariano*. Milano: Giuffrè, 2005.
- STENGERS, Isabelle. *L'invention des sciences modernes*. Paris: Flammarion, 1995.
- TALLACCHINI, Mariachiara. Giudici, esperti, cittadini: scienza e diritto tra validità metodologica e credibilità civile. *POLITEIA*, Milano: Franco Angeli. Vol. XIX, n. 70, abr/jun 2003.
- TAPPER, Colin. *Cross & Tapper on Evidence*. 12ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- TARUFFO, Michele. Contro la *Veriphobia*. Osservazioni sparse in reposta a Bruno Cavallone. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. LXV, n. 5, CEDAM, set./out. 2010.
- _____. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, v. 51, p. 315-328, 1997.
- _____. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n.143, jan.2007.
- _____. Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 22, p. 438-465, 1967.
- _____. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975.
- _____. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.
- _____. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008
- _____. La verità nella prova dei fatti. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 32, n. 154, p. 207-222, dez. 2007.
- _____. Modelli di Prova e di Procedimento Probatorio. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Milano: Giuffrè, anno XLV, n° 2, apr./giug. – 1990.
- _____. *Proceso y decisión*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- _____. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo: v. 2, n° 2, p. 171-204, julho-dezembro/2001.
- _____. *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- _____. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970.
- _____. *Sui Confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.
- TONINI, Paolo. *A Prova no Processo Penal Italiano*. São Paulo: RT, 2002.
- _____. Progresso tecnologico, prova scientifica e contraddittorio. In NEUBURGER, Luisella de Cataldo. *La Prova Scientifica nel Processo Penale*. Padova: CEDAM, 2007.
- TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in Materia Civile: Profili Generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ANNO LV, n. 2, 2001.
- _____. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

- TWINING, William. *Rethinking Evidence*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- VÁZQUEZ, Carmen (org.). *Estándares de Prueba y Prueba Científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- VERDE, Giovanni. Prove Nuove. *In Le Prove nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2007.
- VIALA, Alexandre. Verbete Droits Fondamentaux (garanties procédurales). *In* CHAGNOLLAUD, Dominique, DRAGO, Guillaume. *Dictionnaire des droits fondamentaux*. Paris: Dalloz, 2010.
- WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba*. Traduzido por Tomás Banzhaf. Bogotá: TEMIS, 1985.
- WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. Campinas: Bookseller, 2000.
- WHITMAN, James Q. *The Origins of Reasonable Doubt – Theological Roots of the Criminal Trial*. New Haven: Oxford University Press, 2008.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy; MACCORMICK, Neil. On justification and interpretation. In: ATRIA, Fernando; MACCORMICK, Neil (Orgs.). *Law and legal interpretation*. Burlington: Ashgate Publishing Ltd., 2003.
- ZAMPAR JR., José Américo. Parâmetros para uma distribuição do ônus da prova: um olhar normativo sobre o sistema de repartição do encargo probatório. *In: Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 33, jan./mar. 2008.
- ZANETI JR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *In: MITIDIERO, Daniel Francisco, ZANETI JR., Hermes. Introdução ao Estudo do Processo Civil – Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: Fabris, 2004.
- ZOLLER, Elizabeth. *Droit Constitutionnel*. 2ª Ed. Paris: PUF, 1999.

PRECEDENTES

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no AREsp 416.981/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 08/05/2014, DJe 28/05/2014.
- _____. AgRg no REsp 1440037/RN, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 09/09/2014, DJe 18/09/2014.
- _____. Decisão monocrática no AREsp nº 223.856, j. 23.04.2014, publicado em 29.04.2014.
- _____. HC 215.647/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 19/04/2012, DJe 24/04/2012.
- _____. REsp 1145728/MG, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 08/09/2011.
- _____. REsp 1145728/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 08/09/2011.
- _____. REsp 1229905/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/08/2014, DJe 02/09/2014.
- _____. REsp 1229905/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/08/2014, DJe 02/09/2014.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 247262, Relator Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 13.02.2001, DJ 18.05.2001, p. 449.
- _____. ADIMC número 189/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 18.04.1990, DJ 18.05.1990, p. 4342.
- _____. ADPF nº 54. Voto Min. Marco Aurélio, p. 95 do acórdão. Julgado em 12.04.2012.
- _____. ARE 683266 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 27.11.2012.
- _____. RE 226855, Relator Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 31.08.2000, DJ 13.10.2000. p. 20.
- _____. RE nº 363.889/DF. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 02.06.2011, publicado no DOU de 16.12.2011.
- _____. Recurso Extraordinário nº 94673, Relator Min. Néri da Silveira, Primeira Turma, julgado em 10.12.1982, DJ 08.04.1983, p. 4150.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. AI 0021975-33.2015.8.09.0000; Luziânia; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Delintro Belo de Almeida Filho; DJGO 24/07/2015; Pág. 245.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. AGIN 0035480-22.2011.8.13.0000; Montes Claros; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Wander Paulo Marotta Moreira; Julg. 10/05/2011; DJEMG 20/05/2011.
- _____. APCV 1.0079.07.362259-3/0021; Contagem; Décima Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Tibúrcio Marques; Julg. 11/02/2010; DJEMG 16/03/2010.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 2059641-60.2015.8.26.0000; Ac. 8693045; São Paulo; Décima Terceira Câmara de Direito Público; Rel^a Des^a Flora Maria Nesi Tossi Silva; Julg. 05/08/2015; DJESP 13/08/2015.
- _____. AI 2093763-36.2014.8.26.0000; Ac. 7759430; Campinas; Décima Primeira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Rômolo Russo; Julg. 12/08/2014; DJESP 15/08/2014.
- _____. APL 0000095-32.2014.8.26.0360; Ac. 8349141; Mococa; Sexta Câmara de Direito Privado; Rel^a Des^a Ana Lúcia Romanhole Martucci; Julg. 19/03/2015; DJESP 13/04/2015.
- _____. APL 0008632-98.2010.8.26.0637; Ac. 7513867; Tupã; Trigésima Segunda Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Luís Fernando Nishi; Julg. 24/04/2014; DJESP 05/05/2014.
- _____. APL 0008632-98.2010.8.26.0637; Ac. 7513867; Tupã; Trigésima Segunda Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Luís Fernando Nishi; Julg. 24/04/2014; DJESP 05/05/2014.
- _____. APL 0019434-81.2012.8.26.0348; Ac. 8671708; Mauá; Décima Sexta Câmara de Direito Público; Rel. Des. Luís Gustavo da Silva Pires; Julg. 28/07/2015; DJESP 24/08/2015.
- _____. EDcl 0013987-56.2012.8.26.0302/50000; Ac. 8459748; Jaú; Trigésima Segunda Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Francisco Occhiuto Junior; Julg. 14/05/2015; DJESP 21/05/2015.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ApCiv 0984321-2; São Mateus do Sul; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Jorge de Oliveira Vargas; DJPR 13/10/2014; Pág. 91.
- _____. ApCiv 1072268-2; Clevelândia; Décima Quarta Câmara Cível; Rel. Juiz Conv. Gil Francisco de Paula Xavier F Guerra; DJPR 01/10/2013; Pág. 132.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70056015084, Vigésima Primeira Câmara Cível, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 14/08/2013.

_____. JRS. Apelação Crime Nº 70057063984, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 15/05/2014.

_____. Agravo de Instrumento Nº 70032783144, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 03/12/2009.

_____. Agravo de Instrumento Nº 70004208195, Quinta Câmara Cível, Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha, Julgado em 15/08/2002.

_____. AI 393663-66.2013.8.21.7000; Campo Bom; Sexta Câmara Cível; Rel. Des. Niwton Carpes da Silva; Julg. 01/10/2013; DJERS 07/10/2013.

_____. Apelação Cível Nº 70056002264, Nona Câmara Cível, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 16/07/2014.

_____. Apelação Cível Nº 70065454902, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 29/07/2015.

_____. Apelação Cível Nº 70018759605, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 09/08/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. APL 173866/2014; Capital; Red. Desig. Des. Sebastião de Moraes Filho; Julg. 17/06/2015; DJMT 03/07/2015; Pág. 25.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. RO 0050600-03.2009.5.15.0152; Rel. Des. Dagoberto Nishina; DEJTSP 21/08/2015.

_____. RO 0001005-69.2012.5.15.0139; Ac. 19505/2015; Quinta Turma; Rel. Des. Fabio Grasselli; DEJTSP 17/04/2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. RO 0001711-07.2012.5.02.0465; Ac. 2014/0906252; Sexta Turma; Rel. Des. Fed. Valdir Florindo; DJESP 20/10/2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ementa parcial. APL-RN 2008.01.99.066285-3; MG; Primeira Turma; Rel. Juiz Fed. Conv. Miguel Angelo de Alvarenga Lopes; Julg. 24/06/2009; DJF1 25/08/2009; Pág. 120.

ESPAÑA. Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid. Sec. 10, n. 387/2004, n. resolución 275/2005.

EUA. *DeLuca v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 911 F. 2d 941, 955 CA3 1990.

_____. Illinois. Tribunal de Apelos do 7º Circuito. *Stallings v. Ahitow*. 30 F.3d 136 (1994).

_____. Illinois. Tribunal de Apelos do 7º Circuito. *United States v. Smith* (869 F.2d at 353 n.7 – 1989).

_____. New York. Tribunal de Apelos do 2º Circuito. *United States v. Williams* (583 F.2d 1194 - 2d Cir. 1978).

_____. Suprema Corte. *Barefoot v. Estelle* (463 U.S. 880 -103 S.Ct. 3383, 77 L.Ed.2d 1090).

_____. Suprema Corte. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*. 509 U.S. 579, 113 S.Ct. 2786 (1993).

_____. Suprema Corte. *Frye v. United States*. 54 App. D.C., 293, (1923).

_____. Suprema Corte. *General Electric Co. v. Joiner*. 522 U.S. 136 (1997).

- _____. Suprema Corte. *Kumho Tire Co. v. Carmichael*. 526 U.S. 137 (1999).
- _____. Suprema Corte. *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643; 81 S. Ct. 1684; 6 L. Ed. 2d 1081 (1961).
- _____. Suprema Corte. *Nix V. Williams*, 467, U.S. 431; 104 S. Ct. 2501; 81 L. Ed. 2d 377 (1984).
- _____. Suprema Corte. *Santosky v. Kramer*. 455 U.S. 745 (1981).
- _____. Suprema Corte. Voto Justice Scalia em *Blakely v. Washington* (02-1632) 542 U.S. 296 (2004).
- _____. Suprema Corte. *Winship*, 397 U.S. 358 (1970).
- _____. Supreme Court of Virginia. *Rodgers v. Commonwealth*, 197 Va. 527, 90 S.E. (2d) 257, 260.
- _____. Tribunal de Apelos do 1º Circ. *Berry v. CSX Transportation, Inc.*, 709 So.2d 552 - Fla. 1st DCA (1998).
- _____. Tribunal de Apelos do 6º. Circ. *U.S. v. Kozminski*, 821 F.2d 1186 (6th Cir. 1987), 487 U.S. 931 (1988).
- _____. Tribunal de Apelos do 9º Circuito. *United States v. Kilgus*. 571 F. 2d 508, 510 (CA9 1978).
- _____. *United States v. Shorter*, 257 U. S. App. D.C. 358, 363-364, 809 F. 2d 54, 59-60.
- FRANÇA. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Allen v. The United Kingdom*. App. N. 25424/09. Julgado em 12.07.2013.
- FRANÇA. *Cour de Cassation*. Civ. 1ère, 28 mars 2000, Bull. n° 103.
- INGLATERRA. *Court of Appeal. RB (Somalia) v. The Secretary of State for the Home Department*. [2012] EWCA Civ 277.
- _____. *House of Lords. Regina v. Pendleton*. [2001] UKHL 66.
- _____. *Supreme Court. Secretary of State for Home Department v. MN and KY (Scotland)*. UKSC 30 [2014].
- ITÁLIA. Corte di Cassazione. Cassazione Penale, Sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786.

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

**O DIREITO À ADEQUADA VALORAÇÃO DA PROVA PERICIAL:
Exame dos pressupostos jurídicos e epistemológicos para a atualização e manutenção do
*princípio iudex peritus peritorum***

JOÃO PAULO KULCZYNSKI FORSTER

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

ORIENTADOR: PROF. DR. DANILO KNIJNIK

Porto Alegre
2015