

O juiz e a análise da prova pericial

The judge and the scientific evidence

Fernando Quadros da Silva¹

RESUMO: O artigo analisa qual postura deve ter o juiz frente ao laudo do perito. Após o caso *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana passou a exigir que o juiz seja o guardião (*judge is gatekeeper*) da prova científica, não se limitando apenas a perquirir se o perito utilizou metodologia com aceitação geral na comunidade científica. O juiz deve verificar diversos aspectos, entre outros, a metodologia adotada pelo perito. A interpretação harmoniosa do novo CPC (artigos 473, III e 479) parece ter adotado o critério da aceitação geral, mas também exigir que a perícia, seja nas ciências exatas, seja na área das ciências sociais, atenda aos requisitos do cabimento, testabilidade, falseabilidade, possibilidade de erro, confiabilidade e revisão pelos pares e pela comunidade científica.

1 Desembargador no Tribunal Regional Federal da 4.^a Região. Foi Procurador do Estado do Paraná. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Especialista em Direito Penal pela Universidade de Brasília – UNB e Graduado pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual civil; prova pericial; perícia científica; *standard* de análise.

ABSTRACT: The article analyzes what position the judge should have *vis-à-vis* the expert's report. The US Supreme Court after the *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.* demanded that the judge must act as "gatekeepers" to determine whether the proffered testimony was relevant and reliable. These questions have come to be known as the "Daubert Factors" or the "Daubert Prongs". The new Brazilian Código de Processo Civil (Code of Civil Procedure) adopted similar pattern. The judge must consider whether the theory or technique has been empirically tested, been subjected to peer review and publication, the known or potential rate of error and the maintenance of standards controlling the techniques operation and whether the methods and techniques are generally accepted within the scientific community.

KEYWORDS: Evidence Law; scientific evidence; Daubert test; experts.

1. DESAFIOS DO JUIZ DIANTE DA PROVA CIENTÍFICA

Cada vez mais a sociedade convive com expressões como "quarta revolução industrial", "segunda era das máquinas", "inteligência artificial", "economia compartilhada" e "governo eletrônico", utilizadas por pesquisadores e meios de comunicação quando se referem à profunda e rápida transformação dos setores produtivos, comerciais e de serviços que afeta as famílias, os governos e demais instituições.

A produção científica e tecnológica é rapidamente colocada à disposição do público e, como uma das consequências, tem-se a ampliação da capacidade humana de decisão, a partir do amplo e rápido fornecimento de informações e a liberação do homem do trabalho repetitivo.

Transpondo esse quadro para o ambiente do processo civil, depara-se com leigos que muitas vezes debatem sobre fatos sobre os quais não detêm os conhecimentos científicos e técnicos necessários.

No processo judicial, assegurados obviamente o devido processo legal e o contraditório, o juiz deverá indicar um *expert* legalmente habilitado “quando a prova de fato depender de conhecimento técnico ou científico” (art.156, CPC). Esse profissional vai produzir um documento (laudo) no qual trará suas conclusões e responderá os quesitos formulados pelos atores processuais. Às partes é oportunizada a manifestação sobre o laudo e, em seguida, o juiz se lançará na tarefa de decidir a controvérsia, examinando as provas, entre elas, o laudo do perito.

Qual deve ser a postura do juiz frente ao laudo? Deve centrar sua atenção nas conclusões ou pode ingressar no exame do “mérito” do trabalho do perito e na metodologia por ele utilizada? Na vigência das legislações anteriores era senso comum que o juiz não estava obrigado a adotar as conclusões do laudo, podendo desconsiderá-las em cotejo com outras provas dos autos. Mas tal postura ainda é aceita no novo Código de Processo Civil?

A entrada em vigor de um novo Código de Processo Civil sempre vem acompanhada de compreensíveis expectativas, principalmente daqueles que viram suas propostas acolhidas pelo legislador. Em relação ao CPC de 2015, foram saudadas enfaticamente suas qualidades: um código mais democrático, que prioriza a conciliação, incentiva a colaboração processual, reduz poderes do juiz e dá adequado tratamento às demandas repetitivas.

Foram acolhidas as pautas corporativas dos advogados, entre elas, a contagem dos prazos processuais apenas em dias úteis, suspensão dos prazos nas festas de fim de ano e uma regulamentação extensiva dos critérios de fixação de honorários advocatícios.

Para além das inovações mais festejadas, contudo, cabe também examinar outros aspectos que igualmente sofreram sensíveis alterações, como a postura do juiz frente ao laudo pericial, um dos temas que produzirá importantes modificações na relação entre juiz, partes e perito.

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

A questão que se pretende analisar neste breve artigo é justamente qual deve ser a postura do juiz frente ao laudo pericial. Deve aceitar as conclusões ali lançadas sem questioná-las ou pode sindicá-las os elementos e os métodos utilizados na sua elaboração?

A partir da análise da evolução jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana², pretende-se traçar algumas conclusões em relação ao direito processual brasileiro no que diz respeito à relação juiz-perito-partes, lembrando que a matéria foi examinada com profundidade na obra indispensável de Danilo KNIJNIK, *Prova pericial e seu controle no Direito Processual brasileiro*.³

2. O LAUDO PERICIAL E SUA ANÁLISE PELO JUIZ

O art. 156 do CPC (2015) em vigor dispõe que o “juiz será assistido por perito quando a prova de fato depender de conhecimento técnico ou científico” e que “os peritos serão nomeados entre os profissionais

2 A circulação de informações sobre institutos jurídicos de diferentes sistemas jurídicos é salutar. No mundo contemporâneo, cada vez mais a noção de justiça e segurança jurídica impõe a harmonização desses institutos, conforme aponta José Eduardo Faria na clássica obra *Direito e globalização econômica*. São Paulo: RT, 2001.

3 KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

legalmente habilitados (§1.º)”. O perito deve ser “especializado no objeto da perícia” (art. 465, CPC) e deve apresentar currículo que comprove essa condição (art. 465, §2.º, II, CPC). Não é um terceiro qualquer, mas um terceiro qualificado cuja legitimidade advém da sua condição de terceiro, equidistante dos interesses das partes, e possuidor de um conhecimento indispensável à solução de uma controvérsia.⁴

Cada vez mais parece perder força a tradicional norma interpretativa consolidada no brocardo *iudex peritus peritorum* (o juiz é o perito dos peritos), com a qual se afirmava que o juiz não está vinculado nem submetido às conclusões do laudo pericial.

O magistrado possui diferentes graus de vinculação ao resultado da atividade pericial, conforme a tese de João Paulo Kulczynski FORSTER⁵, que propõe critérios para determinar o papel do julgador na produção da prova técnica e a valoração adequada pelo juízo, mediando essa atividade pelas máximas da experiência e modelos de constatação aplicáveis ao caso, sem olvidar os direitos fundamentais.

O CPC de 1973 (revogado) era expresso ao proclamar, no art. 436, que “O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”.

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

5 FORSTER, João Paulo Kulczynski. *O direito à adequada valoração da prova pericial*: exame dos pressupostos jurídicos e epistemológicos para atualização e manutenção do princípio *iudex peritus peritorum*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

A doutrina abalizada de Frederico MARQUES saudava o dispositivo: “(...) Se o magistrado tivesse de ficar preso e vinculado às conclusões do laudo pericial, o experto acabaria transformado em verdadeiro juiz da causa, sobretudo nas lides onde o essencial para a decisão depende do que se apurar no exame pericial”.⁶

O CPC de 2015 não repete a redação do código processual anterior, exigindo, contudo, que o juiz indique os motivos que o levaram a considerar ou não as conclusões do laudo pericial (art. 479), levando em conta o método utilizado pelo perito. Relativamente ao exame do conjunto probatório, o art. 371 dispõe 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”.

Contudo, a velocidade das inovações e a pressa com que são postas à disposição da sociedade traz uma perplexidade para o juiz. Alguns temas estão quase que absolutamente fora de sua margem de aceitação ou não. Não se imagina, por exemplo, a não aceitação de um exame de DNA ou dos resultados dos registros contidos nas caixas-pretas das aeronaves. O estágio de desenvolvimento do conhecimento científico não permite questionamento nem mesmo do próprio magistrado.⁷

Em muitas ações judiciais o espaço para o debate acerca de teses jurídicas é mínimo e a própria fundamentação do magistrado somente

6 MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2.ed., v.3. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 461.

7 Artur Thompsen CARPES ressalta que a dificuldade em provar ou a excessiva onerosidade de umas das partes colocam a disposição do juiz duas técnicas: a redução do módulo da prova ou a dinamização do ônus probatório. (CARPES, Thompsen. Os modelos de constatação e a ‘redução do módulo probatório’. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 486-494.

é possível com recurso a termos técnicos conhecidos somente por especialistas. Como exemplo, pode-se mencionar as ações envolvendo proteção ao meio ambiente, nas quais é indispensável recorrer a um dicionário de termos técnicos.⁸

Na doutrina estrangeira, Michel PRIEUR destaca a “estreita dependência do direito ambiental com a ciência e a tecnologia”, o que exige a compreensão de um mínimo conhecimento científico e, como regra, a necessidade de laudo pericial nas demandas a ele relacionadas.⁹

Por outro lado, a *junk science* (pseudociência)¹⁰ exterioriza conclusões precipitadas como verdades absolutas. Os resultados preliminares de algumas pesquisas são publicados rapidamente e muitas vezes explorados comercialmente. Alguns medicamentos não registrados em uma agência reguladora e não testados são objeto de pedido em demandas judiciais.¹¹

8 A propósito do tema, o excelente *Dicionário socioambiental brasileiro*. (PIZZATTO, Luciano; PIZZATTO, Raquel. *Dicionário socioambiental brasileiro*. 2.ed. Curitiba: Base Editorial, 2013).

9 PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 4.ed. Paris: Dalloz, 2001, p. 6.

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

11 Veja-se o recente exemplo da chamada “pílula do câncer”, em que o legislador federal de maneira açodada editou a Lei n.º 13.269/2016, autorizando “o uso da substância fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna” antes da realização e conclusão dos estudos clínicos, ao fundamento central de que “os protocolos prescritos na Lei n.º 6.360/1976 para aprovação do fornecimento de substâncias à população não vinculam o legislador”. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, suspendeu a lei na ADIN proposta pela Associação Médica Brasileira. (Medida Cautelar na ADIN 5.501-DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 19/05/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, vencidos os ministros Edson Fachin, Dias Toffoli, Rosa Weber e Gilmar Mendes).

Muitas vezes, a retórica peculiar do debate jurídico permite a utilização de argumentos de autoridade, tais como “pesquisas comprovam”, ou “universidade estrangeira atestou” ou ainda o “renomado professor disse ou afirmou”. Tais recursos fundamentalmente retóricos não podem impressionar o julgador, que deve estar atento aos parâmetros científicos vigentes no momento.¹²

Enfim, é indispensável a colaboração do perito, cientista ou técnico, para esclarecer pontos nodais da matéria fática processual e permitir o adequado contraditório entre as partes. Quer porque se trata de um terceiro em relação ao litígio quer porque trará para o processo o “estado da arte” da área do conhecimento técnico ou científico necessário à solução da lide submetida ao juiz.

3. A PROVA PERICIAL NO NOVO CPC: O CONHECIMENTO PRIVADO DO JUIZ

Como ressaltado antes, o CPC dispõe que o “o juiz será assistido por um perito, quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico” (art. 156).

O Código de 1973 dispunha que “os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente”, sendo que os peritos deveriam comprovar a sua

12 “A ciência normal, atividade na qual a maioria dos cientistas emprega inevitavelmente quase todo o seu tempo, é baseada no pressuposto de que a comunidade científica sabe como é o mundo. Grande parte do sucesso do empreendimento deriva da disposição da comunidade para defender esse pressuposto [...] a ciência normal frequentemente suprime novidades fundamentais, porque estas subvertem necessariamente seus compromissos básicos.” (KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 24.)

especialidade na matéria sobre a qual deveriam opinar mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos. (CPC 1973, com redação dada pela Lei n.º 7.270, de 10 dez. 1984).¹³

Como se vê, a preocupação central do CPC/1973 (revogado) era de natureza formal. Exigia que o perito tivesse formação superior, estivesse inscrito no respectivo órgão de fiscalização profissional e comprovasse documentalmente sua especialização, quando fosse o caso.

Reafirma-se então que a assistência do perito ao juiz não é uma faculdade, mas uma imposição do legislador, que decorre da necessidade de estar a prova submetida ao debate das partes. A legitimidade da atuação do perito decorre do binômio conhecimento/isenção, e o resultado do seu trabalho deve estar disponível para ser objeto de eventual debate da partes.

Mesmo que o juiz por formação pessoal detenha um conhecimento que lhe permita decidir as questões científicas, assim mesmo deverá se servir de um perito. A facilidade na divulgação do conhecimento científico que se verifica na atualidade pode induzir a uma busca do próprio julgador de elementos para conclusão sobre questão técnica ou científica que lhe é submetida. Contudo, esse conhecimento diretamente colhido pelo juiz não pode ser trazido para o processo.

Esse conhecimento estaria equiparado ao conhecimento privado do juiz, que como se sabe não pode servir de fundamento, conforme a obra seminal de Friedrich STEIN.¹⁴

Cabível a lição de FAZZALARI, para quem a participação no processo é exigida não só do autor ou do réu; participam do processo, como sujeitos processuais: o juiz, os seus auxiliares, o Ministério Público,

13 No código de 1939, a redação era: “Art. 129. Os exames periciais serão feitos por um perito, sempre que possível técnico, de livre escolha do juiz”.

14 STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez: investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*. Tradução de Andrés de La Oliva Santos. 2.ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999, p. 21.

os peritos e também os autores e os réus. Sob esse enfoque, todos são partes. O devido processo legal tem no contraditório o elemento definidor de sua estrutura. O processo, como procedimento em contraditório, exige que os interessados e os contra-interessados – entendidos como os sujeitos do processo que suportarão o resultado favorável ou desfavorável do provimento – participem em simétrica paridade do *iter* procedimental, para a formação do provimento.¹⁵

O novo CPC suprimiu a exigência de nível universitário para o perito (§1.º do art. 145 do CPC de 1973), privilegiando o conhecimento técnico efetivo, que pode derivar apenas da experiência profissional.

Cabe ressaltar ainda a aparente desarmonia do novo CPC com a hipótese de produção de prova técnica simplificada (§3.º do art. 464), na qual o juiz pode inquirir, em substituição à confecção do laudo pericial, um especialista, embora neste caso o §4.º do artigo 464 estabeleça que tal especialista terá que ter “formação acadêmica específica” na área objeto de seu conhecimento.

Ainda no tocante ao trabalho do perito, *o novo código permite ao juiz adentrar no conteúdo do laudo*, pois o perito deve indicar a exposição do objeto da perícia, *análise técnica ou científica*, método utilizado e resposta conclusiva a todos os quesitos, bem como expor fundamentação em linguagem simples e coerente, sendo-lhe vedado ultrapassar os limites de sua designação.

A indicação do método utilizado remete a outro aspecto, qual seja, a própria essência do laudo e a sua percepção pelo juiz, que mereceu significativa alteração no direito norte-americano.

15 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992, p.82.

4. A MUDANÇA DOS STANDARDS. DE GENERAL ACCEPTANCE PARA JUDGE GATEKEEPER

Em relação à postura do juiz diante da prova técnica ou científica, Danilo Knijnik nos ensina que a Suprema Corte do Estados Unidos abandonou o *standard* da “aceitação geral”, consagrado no caso *Frye* para o chamado *Daubert Test*.¹⁶

Quanto à aceitação da prova científica, pode-se dizer que, desde 1923, vigorava na jurisprudência norte-americana o *Frye Standard*, pelo que caberia ao juiz verificar se a prova pericial trazida atendia ao requisito da “aceitação geral” no ramo do conhecimento respectivo.

No caso *Frye v. US*, James Alphonzo Frye, condenado por assassinato, não foi autorizado a trazer para o processo os testes do chamado detector de mentiras, ao fundamento de que o recurso não tinha aceitação geral na comunidade científica. Os testes aplicados em testemunhas baseavam-se na alteração da pressão sanguínea quando elas faltavam com a verdade.

A Suprema Corte chancelou o entendimento e firmou uma jurisprudência que perduraria inabalada até 1993.¹⁷

A postura passiva do juiz na produção da prova técnica foi abandonada pela Suprema Corte norte-americana. Até então, como se disse, aplicava-se de maneira generalizada o *Frye standard*, também conhecido como *general acceptance test*, para admitir a prova científica. A opinião do perito, baseada na técnica científica, era admissível quando se baseasse numa técnica aceita pela generalidade da comunidade científica relevante.

Por tal entendimento, a perícia somente é admissível se baseada em conclusões aceitas majoritariamente numa comunidade científica

16 KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 60.

17 *Frye v. United States* 293 F.103 (D.C. Circ. 1923).

relevante. Há que se verificar quando se está diante de um princípio científico que cruzou os estágios experimentais e passou a ter “aceitação geral no particular campo ao qual ela pertence” (*Frye v. US 1923*).

Contudo, em 1993 a Suprema Corte alterou substancialmente sua jurisprudência, abandonando o critério da aceitação geral. No caso *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*¹⁸, o *Frye Standard* foi superado.

Para admissão da prova científica (*scientific expert testimony*) nos tribunais, o juiz deve atuar como guardião (*gatekeeper*) na produção da prova pericial, verificando que a manifestação do perito esteja em consonância com o conhecimento científico.¹⁹

São diretrizes que exigem uma postura ativa do juiz na produção de prova técnico-científica, evitando a passividade de depositar toda a elaboração de prova técnica nas mãos do perito, por mais qualificado que ele seja.

No caso *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*, William e Joyce Daubert buscavam indenização em virtude da malformação de seus filhos causada pelo uso do medicamento *Bendectin* (receitado para enjoos na gravidez).

A Corte Federal, que examinou o caso em primeira instância, afastou a manifestação de oito peritos, por não atenderem ao requisito da “aceitação geral”, decisão que foi mantida pelo Tribunal Federal.

A Suprema Corte, acolhendo o *writ of certiorari* dos autores, fixou um novo *standard* para análise da prova pericial. Primeiramente, ressaltou que o juiz deve ser “guardião da prova” (*judge is gatekeeper*), devendo assegurar que ela não provenha de *junk science* ou ciência aparente. O julgamento fixou o que passou a chamar de *Daubert Test*, que exigiria do juiz que verificasse alguns requisitos na análise da prova pericial:

18 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* 509 U.S. 579 (1993).

19 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* 509 U.S. 579 (1993).

- 1) *Relevância e confiabilidade*: o testemunho do especialista (perito) deve ser “relevante para a tarefa em questão” e deve estar baseado “em uma base confiável”;
- 2) *Conhecimento científico*: uma conclusão será qualificada como conhecimento científico se o proponente puder demonstrar que é o produto de “metodologia científica”;
- 3) *Fatores ilustrativos*: metodologia científica: é o processo de formulação de hipóteses e realização de experiências para provar ou falsificar a hipótese;

Quanto à metodologia, as perguntas que o juiz deve fazer ao se deparar com as conclusões do perito lançadas no laudo são:

- 1) A teoria ou técnica empregada pelo especialista é geralmente aceita na comunidade científica?
- 2) Foi submetida à publicação e revisão pelos pares?
- 3) Pode ser e foi testada?
- 4) A taxa de erro conhecida ou potencial é aceitável?; e
- 5) A pesquisa foi realizada independentemente do litígio específico ou na intenção de fornecer a conclusão apresentada?

Trata-se, como se observa, de um roteiro seguro para análise de prova pericial pelo juiz.

A reafirmação da jurisprudência que se verificou em outros julgamentos seguintes fez surgir a chamada *Daubert Trilogy of U.S. Supreme Court*, que compreende os entendimentos externados nos casos *Daubert*, *Joiner*, and *Kumho Tire*, para admissibilidade de prova científica nos tribunais federais norte-americanos.²⁰

20 As diretrizes elencadas no Caso *Daubert* foram reafirmadas: em *General Electric Co. v. Joiner* 522 US 136 (1997) considerou-se que um juiz da corte distrital pode excluir depoimento de um especialista quando há lacunas entre os elementos invocados por ele e sua conclusão; em *Kumho Tire Co. v. Carmichael* 526 US 137 (1999), a Suprema Corte admitiu que a função *gatekeeper* (guardião) do juiz, reconhecida no caso *Daubert*, se aplica

No caso *Joiner*, a Suprema Corte considerou que as cortes de apelações devem aplicar o padrão de “abuso de discricão” ao revisar a admissão (ou exclusão) de testemunho de especialistas. O Tribunal esclareceu a linguagem de *Daubert* afirmando que o foco deve permanecer na metodologia e nas técnicas, e não na conclusão.²¹

Um Tribunal pode concluir que há uma lacuna analítica muito grande entre os dados e a opinião proferida. Então, o juiz tem a função de *gatekeeper*, ou seja, não mais se circunscreve a analisar se o perito utilizou o conhecimento que goza da aceitação geral no campo de atuação.

O terceiro caso da Trilogia *Daubert* é o caso *Kuhmo*, no qual a Suprema Corte esclareceu os problemas de admissibilidade levantados por causa das consequências de *Daubert*. O tribunal considerou que os fatores *gatekeeping* exigidos em *Daubert* se aplicam não apenas ao testemunho científico, mas a todos os testemunhos de especialistas de outras áreas equiparáveis a cientistas.²²

Neste último caso, a Suprema Corte afirmou que o juiz deve ter o mesmo cuidado quando se tratar de prova técnica, tais como os esclarecimentos prestados por engenheiros e outros técnicos não equiparados a cientistas. O precedente lembra ainda que o chamado *Daubert Test* não é um esquema rígido a ser seguido pelo juiz, mas um comando geral e flexível de postura perante à prova técnica ou científica.

a todos os testemunhos de especialistas, incluindo o que é não-científico.

21 *General Electric Co. v. Joiner* 522 US 136 (1997).

22 *Kumho Tire Co. v. Carmichael* 526 US 137 (1999).

5. A INFLUÊNCIA DA TRILOGIA DAUBERT NO CPC DE 2015

O Código de Processo Civil em vigor dispõe, no art. 156, que “O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico”, estabelecendo, ainda, que esse perito seja escolhido dentre “profissionais legalmente habilitados”, devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado. As partes podem, de comum acordo, indicar o perito, desde que sejam capazes e a causa seja passível de resolução por autocomposição.²³

Em relação à aceitação do laudo, a leitura do art. 473 parece indicar que o código adotou o *standard* da aceitação geral. O legislador dispõe que ele deverá conter a “indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área de conhecimento da qual se originou”.

Quanto ao perito, está obrigado a indicar “o método utilizado demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou”. A expressão “predominantemente aceita” remete ao *standard* adotado no Caso *Frye*, que adotou a aceitação geral na comunidade científica, como relembra Danilo Knijnik.²⁴

O art. 479, contudo, dispõe: “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”.

Então, há uma aparente contradição. O CPC, exige a “aceitação geral”, mas igualmente exige que o juiz analise o método utilizado.

23 Sobre a participação do *amicus curiae* como fator de ampliação das informações técnicas no processo, ver: SILVA, Fernando Q. da. *Controle judicial das agências reguladoras: aspectos doutrinários e jurisprudenciais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 242.

24 KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual Civil brasileiro*, p. 36.

Para harmonizar os dispositivos, concorda-se com o magistério de Knijnik:

[...] o critério da aceitação geral deve ser entendido como apenas um, dentre um catálogo não exaustivo de critérios, desde que, todavia, a perícia, seja ela na área de ciências exatas, seja na área das ciências sociais, atenda aos requisitos de cabimento para questão *sub judice*, testabilidade e falseabilidade, possibilidade de erro, confiabilidade e de revisão pelos pares e pela comunidade científica, sempre que possível.²⁵

Não deve ser olvidado que, em alguns casos, esses cuidados não estarão a cargo do juiz, mas das partes. Isso porque o novo CPC autoriza a perícia consensual, em que as partes, de comum acordo, indicam o perito, que produzirá um laudo pericial praticamente vinculante.²⁶

Sempre é oportuno lembrar o ensinamento de Knijnik quando ressalta que o legislador processual brasileiro, civil e penal, oscila ora para o modelo *persuasivo* da prova, ora para o modelo *demonstrativo*, fenômeno que o autor chama de *polaridade assimétrica*.²⁷ Relevante a advertência do autor: “[...] é altamente desejável que o sistema chegue a um juízo o mais próximo da verdade, mas é preciso ter a clara consciência de que *aquilo que*

25 *Ibidem*, p. 205.

26 CPC. Art. 471. “As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que: I - sejam plenamente capazes; II - a causa possa ser resolvida por autocomposição. §1.º As partes, ao escolher o perito, já devem indicar os respectivos assistentes técnicos para acompanhar a realização da perícia, que se realizará em data e local previamente anunciados. §2.º O perito e os assistentes técnicos devem entregar, respectivamente, laudo e pareceres em prazo fixado pelo juiz. §3.º A perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz.”

27 KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.13.

está provado pode ser falso; e o que não foi provado pode ser verdadeiro".²⁸ Daí porque "é preciso que o sistema e, principalmente, o aplicador estejam sempre voltados à prevenção do erro, não confiando ingenuamente na possibilidade de reconstruir os fatos tais como eles ocorreram no passado".²⁹

Por outro lado, cabe lembrar que o CPC, no art. 938, §3º, dispõe que "reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição".

Diante dos desafios impostos por uma perícia, não se afiguraria conveniente produzir essa prova em segundo grau. Primeiro, pela supressão de instância que se verificaria. Segundo, pela distância dos fatos. Terceiro, pela colegialidade que deve marcar as decisões acerca de questões fáticas nos tribunais, embora tenha se intensificado a atribuição de poderes ao relator.³⁰

6. ALGUMAS CONCLUSÕES

A máxima *iudex est peritus peritorum* foi relativizada no novo ordenamento processual civil, não estando mais prevista expressamente. Mesmo que o conhecimento do juiz permita a compreensão dos fatos científicos, ainda assim deve-se nomear um perito, pois o contrário equivaleria ao conhecimento privado do juiz e impediria o contraditório.

28 Ibidem, p.14, grifou-se.

29 Ibidem, p.15.

30 Cf. SOUZA, Artur César. *Recursos no novo CPC: teoria geral de acordo com a Lei 13.256/2016*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 589, "Há no Brasil, nos últimos anos, uma nítida tendência de ampliação dos poderes do relator para que monocraticamente possa adotar algumas decisões".

O novo CPC suprimiu a exigência de nível universitário para o perito (§1.º do art. 145 do CPC de 1973), privilegiando o conhecimento técnico efetivo, que pode derivar apenas da experiência profissional.

Cabe ressaltar ainda a aparente desarmonia do novo CPC com a hipótese de produção de prova técnica simplificada (§3.º do artigo 464), na qual o juiz pode inquirir, em substituição à confecção do laudo pericial, um especialista, embora neste caso, o §4.º do artigo 464 estabeleça que tal especialista terá que ter “formação acadêmica específica” na área objeto de seu conhecimento.

No que se refere ao exame do laudo feito por perito técnico ou cientista, a Suprema Corte norte-americana deixou de exigir apenas o requisito da “aceitação geral na comunidade científica relevante” (*general acceptance*), adotada no caso *Frye* (1923), e passou a exigir, no caso *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.* (1993), que o juiz assuma a função de guardião da prova (*judge is gatekeeper*).

A Suprema corte norte-americana evoluiu da aceitação geral (*general acceptance*), consagrada no caso *Frye*, para a função do juiz como guardião da prova (*judge is gatekeeper*). *Daubert Standard* foi reafirmado e aperfeiçoado em outros casos (*Joiner* e *Khumo Tires*), formando a *Daubert Trilogy*.

O CPC de 2015 adotou o critério da aceitação geral (“Art. 473. O laudo pericial deverá conter: III – “a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área de conhecimento da qual se originou”), mas agregou também a exigência de que o juiz indique 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” (Art. 479, CPC). Ou seja, o juiz tem o dever de ser o guardião da prova pericial e do método utilizado pelo perito.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto-lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADIN 5.501-DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 19/05/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

CARPES, Thompsen. Os modelos de constatação e a ‘redução do módulo probatório’. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 486-494.

FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 2007.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992.

FORSTER, João Paulo Kulczynski. *O direito a adequada valoração da prova pericial: exame dos pressupostos jurídicos e epistemológicos para atualização e manutenção do princípio “iudex peritus peritorum”*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/1/browse?value=Forster%2C+Jo%C3%A3o+Paulo+Kulczynski&type=author>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

GERMANO, Marcelo Gomes. *Uma nova ciência para um novo senso comum* [online]. Campina Grande: EDUEPB, 2011. 400 p. Disponível em: <<https://static.scielo.org/scielobooks/qdy2w/pdf/germano-9788578791209.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Prova pericial e seu controle no Direito Processual Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 9.ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LLUCH, Xavier Abel. *Derecho probatorio*. Barcelona: Bosch, 2012.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v.3.

PIZZATTO, Luciano; PIZZATTO, Raquel. *Dicionário socioambiental brasileiro*. 2.ed. Curitiba: Base Editorial, 2013.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 4.ed. Paris: Dalloz, 2001.

SILVA, Fernando Quadros da. *Controle judicial das agências reguladoras: aspectos doutrinários e jurisprudenciais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

SOUZA, Artur César. *Recursos no novo CPC: teoria geral de acordo com a Lei 13.256/2016*. São Paulo: Almedina, 2017.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez: investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*. Tradução de Andrés de La Oliva Santos. 2.ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.