

Coleção  
**Eduardo Espínola**

**Murilo Teixeira Avelino**

# **O CONTROLE JUDICIAL DA PROVA TÉCNICA E CIENTÍFICA**

2017

 **EDITORA**  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## INTRODUÇÃO – O ESTADO ATUAL DA QUESTÃO

O desenvolvimento do princípio da cooperação no seio do processo civil brasileiro vem causando uma revisão conceitual e funcional de diversos institutos jurídicos clássicos, componentes desse ramo de estudo. A influência do neoconstitucionalismo impulsiona o processo civil a um momento de virada. As lições do *instrumentalismo* já estão consolidadas e o desenvolvimento da relação entre processo e Constituição nos coloca perante um novo marco: o *neoprocessualismo* ou *formalismo-valorativo*. Há direitos fundamentais processuais inseridos na Constituição, destacando-se a garantia do contraditório e do devido processo legal. Como corolário, pode-se afirmar o direito fundamental à prova, apto a reger a atuação de todos os sujeitos do processo – partes, juiz e demais intervenientes, assim como os auxiliares de justiça. Nesse contexto, é através da jurisdição que o Estado-Juiz oportuniza a aplicação de todos os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional à relação processual.

O modelo cooperativo impõe uma nova leitura do princípio constitucional do contraditório, a partir de outros valores consagrados na Constituição da República de 1988 como a boa-fé objetiva, a solidariedade e a democracia participativa, fundamentos do hoje vigente *Estado constitucional democrático de direito*<sup>1</sup>. O princípio do contraditório vem recebendo atenção especial da doutrina na medida em que sua escorreita aplicação à relação processual é fator determinante para a incidência do princípio da cooperação e indispensável a uma decisão que materialize o ideal de justiça<sup>2</sup>.

1. A expressão é forjada por José Joaquim Gomes Canotilho: “o Estado só se concebe hoje como **Estado constitucional**. (...) O Estado Constitucional, para ser um estado com qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um **Estado de direito democrático**. (...) O *Estado constitucional democrático de direito* procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito.” In: *Direito Constitucional e teoria da constituição* – 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 92-93.
2. CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo Civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil. *Repro*, São Paulo: RT, v. 209, pp. 363-368.

Diante da importância da atuação do Poder Judiciário hoje, sobrelevada pelo realce à jurisprudência em nosso sistema<sup>3</sup>, de suma importância se torna o estudo do princípio da cooperação. Por tudo isso, deve-se destacar elementos fundamentais, tendentes a conformar um tratamento constitucionalmente adequado ao processo no contexto do neoconstitucionalismo. Os princípios do contraditório, do devido processo legal, da boa-fé, além do dever de fundamentação das decisões judiciais surgem como institutos aptos a promover a lealdade no relacionamento entre as partes, introduzindo o juiz no diálogo processual e proporcionando uma maior legitimidade às decisões proferidas pelo órgão jurisdicional, exatamente o que propõe o princípio da cooperação processual.

Atente-se ser indispensável ao presente estudo a constatação de que o sistema de processo civil pátrio reflete características de ambas as tradições jurídicas ocidentais. A introdução de elementos caracterizadores de uma doutrina dos precedentes demonstra a aproximação entre as tradições<sup>4</sup> clássicas do *common law* e do *civil law* em nosso sistema. Esse estudo é de suma importância para a delimitação dos deveres de cooperação entre os personagens do processo, pois reflete a influência direta de cada uma das famílias jurídicas.

O princípio da cooperação rege diversos aspectos da relação processual, precipuamente no que se refere ao diálogo entre partes, juízes, e todos os demais atores. Diversos estudos já destacam importantes aspectos referentes à produção das provas e ao regime das

---

3. Por todos: HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporânea*, 2. Ed. HASSEMER, Wilfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 283.

4. Importante esclarecimento de Lorena Miranda Santos Barreiros o qual entendemos didaticamente adequado ao tratamento do tema. Nas palavras da autora, “o presente trabalho adotará o sentido de tradição tal como o descrevem Meryman e Pérez-Perdomo, reputando sinônima de tal termo a palavra família. Para o vocábulo sistema reservar-se-á o uso quando referente a um ordenamento jurídico nacional (ex.: sistema brasileiro, sistema inglês, sistema francês etc.) ou quando o estudo voltar-se ao exame de determinado conjunto de características que revelem, por exemplo, a existência de um modelo de ramo do direito (ex.: sistemas processuais adversariais)”. In: *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 28.

nulidades<sup>5</sup> no seio de um processo cooperativo. Nesses estudos, o controle da prova em todos os seus momentos é abordado como tema acessório, não como objeto principal do problema. Acontece que o acerto dos fatos é núcleo essencial da jurisdição, desdobramento necessário do monopólio da Justiça pelo Estado e elemento indispensável à concretização dos direitos fundamentais. Assim, exercida a atividade decisória, deve a jurisdição ser prestada de modo eficaz e completo, na busca por uma solução justa do litígio. Indispensável analisar o aporte dos fatos ao processo, especialmente quando exija a intervenção de um terceiro especialista, pois fator determinante na legitimação das decisões, capaz de refletir o resultado de um processo justo, ético, cooperativo e democrático.

O princípio da cooperação não mais admite seja o processo visto como uma estrutura hierárquica onde as partes se submetem a um Estado juiz superpoderoso, muito menos um Estado ausente, espectador do embate livre entre elas e exercendo mero papel de mediador; hoje o Estado juiz é sujeito do contraditório, somente se sobrelevando no momento de proferir a decisão, fruto de um diálogo democrático, ético e participativo<sup>6</sup> na prestação da jurisdição.

No que refere ao objeto específico deste estudo, deve-se atentar que o tema da produção e controle da prova pericial no processo não é fácil, especialmente pela necessidade de se valer de conhecimentos científicos na investigação dos fatos. O juiz se depara com informações que não é capaz de compreender por si só, em virtude da natural falta de conhecimento especializado<sup>7</sup>. O necessário enfoque a ser dado ao tema decorre, sem dúvida alguma, do processo de desenvolvimento tecnológico que temos experimentado e a demanda cada vez maior por especialização do conhecimento. Aos magistrados, cada vez mais tem sido imprescindível se valer

- 
5. Excelente estudo do regime das nulidades, em contexto com o processo cooperativo se encontra em CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Destaque-se especialmente a parte II da obra que trata “das premissas para uma teoria comunicativa das nulidades”.
  6. DIDIER JR. Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. pp. 45-50.
  7. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil – vol.1*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 463.

do auxílio de expertos no aporte de conhecimentos especializados no processo<sup>8</sup>.

Esta *tensão* entre processo e ciência nos interessa:

Não há dúvida, nessa perspectiva, de que a confiança, até certo ponto indispensável, na informação científica impenetrável ou de difícil acesso, aumenta a tensão entre a liberdade para apreciar a prova e o processo cognitivo normal, pondo em xeque o próprio princípio da livre apreciação da prova.<sup>9</sup>

Assim, a praxe trouxe à tona um problema: como controlar a prova produzida através da aplicação de conhecimentos técnicos indisponíveis ao juiz e às partes do processo? Sem dúvida, o contexto probatório produzido nos autos delimita sua aptidão para o convencimento. Contudo, nas hipóteses onde a única prova disponível é o exame ou laudo pericial, temos nos deixado levar pela saída mais fácil: atestando o *expert* a solução de fato, toma-se a afirmação como verdade insofismável, livre de qualquer possibilidade de dúvida, a não ser pela atuação dos assistentes técnicos que, quando presentes, são sujeitos necessariamente *parciais*<sup>10</sup>. “O cientista virou um mito”<sup>11</sup>. Conforme atenta Taruffo, tratar-se-ia de uma espécie de “deferência epistêmica” ao perito, pois “na prática, geralmente juízes e jurados não possuem o treinamento técnico e científico que seria necessário para verificar de maneira efetiva o trabalho do perito. (...) Dessa

8. Na mesma linha: ZAGANELLI, Margareth Vetis; LACERDA, Maria Francisca dos Santos. Livre Apreciação da Prova, Ciência e Raciocínio Judicial: Considerações Sobre “Cientificização” da Prova no Processo. ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). *Processo, Verdade e Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 161-162.
9. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Problemas atuais da livre apreciação da prova. In.: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.). *Prova Cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 56
10. Nesse sentido: AGANELLI, Margareth Vetis; LACERDA, Maria Francisca dos Santos. Livre Apreciação... *Ob. cit.* p. 164. É o caso clássico da investigação de paternidade, onde, muitas vezes, só há disponível o exame de DNA. Exemplo no seguinte julgado: TJPE, AC 320669-1, Relator Desembargador Eurico de Barros Correia Filho, 4ª Câmara Cível, DJE 09/04/2014.
11. “E todo mito é perigoso, porque induz o comportamento e inibe o pensamento. Esse é um dos resultados engraçados (e trágicos) da ciência. Se existe uma classe especializada em pensar de maneira correta (os cientistas), os outros indivíduos são liberados da obrigação de pensar e podem simplesmente fazer o que os cientistas mandam.” ALVES, Rubem. *Introdução ao jogo e a suas regras*. São Paulo: Edições Loyola, 2013. p. 10.

forma, pode o conteúdo final do julgamento ser definido, de fato, pelo perito.”<sup>12</sup>

É nesse contexto que se põe a discussão a respeito da possibilidade de o órgão judicial transferir, em alguma medida, a sua função judicante ao *expert*, sem legitimação para tal<sup>13</sup>. Diogo Assumpção Rezende de Almeida traz interessante perspectiva do problema:

Controlar o resultado da perícia, que já é atividade improvável na hipótese de nomeação do perito pelo juiz, torna-se algo quase impensável quando é criado o mito de que todas as afirmações e conclusões obtidas no laudo devem ser consideradas verdadeiras. Mais do que isso. As assertivas do perito são verdadeiras, porquanto baseadas na ciência, esta sim infalível.<sup>14</sup>

Acrescente-se a isso a necessidade de o processo ter fim em prazo razoável, atingido pela imutabilidade da coisa julgada<sup>15</sup>. Ocorre que as técnicas utilizadas pela ciência são mutáveis e sujeitas às variações

12. TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 94. No mesmo sentido: “Es conveniente llamar la atención sobre la experticia llamada *prueba científica*, pues ocupa un lugar mitológico en el saber común, y justamente por la ausencia de conocimientos sobre el tema específico el juez y los abogados – no asesorados – tienden a aceptarla a pie de letra de los dictámenes.” MORALES, Rodrigo Rivera. *La Prueba: un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 270.
13. *Idem. Ib idem*. p. 56. Esclarece, ainda, o autor: “Nesse ponto, impõe-se observar que nos sistemas ligados ao *common law* essa consequência tende a ser minimizada, em virtude de neles ser a prova produzida exclusivamente pelas partes, verificando-se além disso exacerbado contraditório entre as testemunhas técnicas trazidas ao confronto, valendo ressaltar a inexistência de perito de confiança do órgão judicial.” (p. 56). Em nosso sistema, em face deste fenômeno de valorização da prova produzida pelo *expert*, ganha importância cada vez mais destaca a figura do assistente técnico, pois possibilita à parte o exercício do contraditório em face da prova técnica produzida pelo auxiliar do juízo. Apresentando perspectiva diversa para o problema: ALMEIDA, Diogo de Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 77, ao afirmar que há uma presunção de imparcialidade e idoneidade do perito, o que leva “o juiz a deixar de exercer o controle adequado sobre o resultado da perícia e de investigar se a aparente capacitação técnica do perito de fato existe. A conclusão do laudo é transposta para a fundamentação da sentença sem maiores reflexões.”
14. ALMEIDA, Diogo de Assumpção Rezende. *A prova pericial... Ob. cit.* p. 79.
15. Não se olvide, pois, as recentes teorias a respeito da relativização da coisa julgada. É reconhecida a possibilidade de repositura da ação para reconhecimento de vínculo de paternidade, mesmo após o trânsito em julgado, quando as técnicas utilizadas à época do primeiro processo não eram acessíveis ou suficientes para a prova do vínculo.

do desenvolvimento tecnológico. A ciência não produz uma certeza *petrificada* e está em constante processo de desenvolvimento; o processo exige uma certeza estável, tempestiva, a certo termo imutável<sup>16</sup>. Trata-se de respeitar a *duração razoável do processo*, norma fundamental concretizada no art. 6º do CPC/15<sup>17</sup> em decorrência da própria Constituição da República no art. 5º, LXXVIII. Conforme aponta Carla Rodrigues Araújo de Castro, “a ciência não é exata, segura e imutável. Ao contrário, os constantes progressos modificam premissas e conclusões antes pacificadas. A técnica considerada segura e eficaz hoje pode ser considerada obsoleta e precária amanhã.”<sup>18</sup> Também a Suprema Corte estadunidense reconhece:

Yet there are important differences between the quest for truth in the courtroom and the quest for truth in the laboratory. Scientific conclusions are subject to perpetual revision. Law, on the other hand, must resolve disputes finally and quickly. The scientific project is advanced by broad and wide-ranging consideration of a multitude of hypotheses, for those that are incorrect will eventually be shown to be so, and that in itself is an advance. Conjectures that are probably wrong are of little use, however, in the project of reaching a quick, final, and binding legal judgment - often of great consequence - about a particular set of events in the past. We recognize that, in practice, a gatekeeping role for the judge, no matter how flexible, inevitably on occasion will prevent the jury from learning of authentic insights and innovations. That, nevertheless, is the balance that is struck by Rules of Evidence designed

16. “A ciência não encontra limites de tempo, conhece variações e revoluções e está voltada para a descoberta, a confirmação ou erro de enunciados ou leis gerais. Por isso se diz que a ciência utiliza o método nomotético. Já o processo utiliza, ao contrário, o método ideográfico: trabalha com normas aplicáveis a casos particulares, caso concreto, um específico objeto de controvérsia. Além disso, os recursos e tempo são limitados, e, com mais razão, nesse último aspecto, em face do princípio constitucional da razoável duração do processo; por derradeiro, saliente-se que a decisão tem tendência definitiva – pode transitar em julgado.” ZAGANELLI, Margareth Vetis; LACERDA, Maria Francisca dos Santos. *Livre Apreciação... Ob. cit.* pp. 160-161. No mesmo sentido: MENEZES, Paula Bezerra de. *Novos rumos da prova pericial*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2014. p. 111.
17. As referências ao “CPC/15” se referem ao Código de Processo Civil de 2015. Referências aos Códigos de Processo de 1973 e 1939 serão apresentadas, respectivamente, como CPC/73 e CPC/39.
18. CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Prova Científica: Exame Pericial do DNA*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 109.

not for the exhaustive search for cosmic understanding, [509 U.S. 579, 17] but for the particularized resolution of legal disputes.<sup>19</sup>

Não se pode simplesmente desviar do problema, principalmente face ao novo Código de Processo Civil.

Deve-se dizer, no que refere ao tema ora abordado, a perspectiva é favorável. O controle judicial da prova pericial ganhou um elemento novo: a possibilidade de as partes indicarem, consensualmente, o perito que deverá atuar no processo (art. 471 do CPC/15), um bom exemplo dentre os diversos negócios jurídicos processuais típicos consagrados no CPC/15<sup>20</sup>.

Ponto nevrálgico dentro do processo é a prova, pois é através dela que o magistrado se convence a respeito dos fatos alegados, elemento indispensável à causa de pedir e, por conseguinte, à procedência ou não do pedido. A decisão, produto final da atividade jurisdicional, tendente à solução do conflito apresentado é fruto de uma atividade criativa. O juiz, ao decidir o conflito, deve fazê-lo em um ambiente de diálogo, de participação e cooperação com as partes e demais sujeitos. E tratar o processo como um ambiente dialógico é indispensável para compreender a real função das provas neste exercício: o juiz não pode mais ser visto como o único destinatário da prova. Ainda que o magistrado funcione como seu destinatário imediato, as partes também dialogam entre si, tendo como destinatário da prova por si produzida também o seu adversário. A prova, então, busca convencer todos os sujeitos da relação processual. A inclusão do juiz no ambiente cooperativo do processo, como sujeito do contraditório,

19. DAUBERT v. MERRELL DOW PHARMACEUTICALS, INC. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=509&page=579#f8>>. Acesso em 19/05/2015.

20. Em face do dogma da *irrelevância da vontade das partes* dentro do processo, diversos autores como Daniel Mitidiero e Cândido Rangel Dinamarco não admitiam, sob a vigência do CPC/73 a possibilidade de negócios jurídicos processuais. Poder-se ia dizer que esta alternativa denota as características de um modelo *adversarial* de processo, o que não seria tecnicamente adequado afirmar. Esta é uma tendência do processo cooperativo, no sentido de aproximar as partes e reduzir a litigiosidade. Sob a vigência do CPC/15, essa perspectiva foi descartada, mormente em face do seu artigo 190. Sobre o tema, tratamos em AVELINO, Murilo Teixeira. Sobre a *atipicidade* dos negócios processuais e a hipótese *típica* de calendarização. MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada: Parte Geral*. Salvador: JusPodivm, 2015. pp. 111-1129.

volta atenções à solução justa do litígio. O processo não deve ter por escopo resolver, mas solucionar os conflitos<sup>21</sup>. Nesse contexto, atenta Tomás-Javier Aliste Santos, a respeito da seleção e valoração do material probatório:

Se trata del momento más importante de toda la actividad jurisdiccional de enjuiciamiento y, paradójicamente, a pesar de los esfuerzos del paradigma positivista que consagra el imperio de las leyes, el más oscuro, porque aquí se evidencia, acaso como en ningún otro lugar, el ejercicio del arbitrio.<sup>22</sup>

O juiz adquire papel fundamental nesse fenômeno ao proporcionar e participar do diálogo processual. Ao mesmo tempo em que assume, no processo democrático, a posição de sujeito do contraditório, deve propiciar um ambiente de diálogo que favoreça a tomada de uma decisão justa. Tudo isso somente é possível através de um controle sobre a produção e valoração das provas produzidas.

Reforça-se o problema principal: em face da necessidade da atuação de um perito, com um conhecimento específico em relação a uma área do conhecimento desconhecida para os demais sujeitos do processo, a figura consagrada como *auxiliar do juízo*, na prática, pode atuar como o próprio *juiz* caso suas afirmações de fato sejam tomadas por *verdade*. Esse quadro demonstra por si só a importância dos instrumentos que possibilitam verificação mais profunda a respeito de como foi instrumentalizada a prova técnico-científica, em sua forma e seu conteúdo, antes, durante e depois de sua produção.

- 
21. É a ideia de AROCA quando afirma que “a função da jurisdição deve orientar-se no fato de que o juiz, sendo *terceiro e imparcial*, é o último *garante* dos direitos que a ordem jurídica reconhece ao indivíduo, seja qual for o ramo do Direito que se tenha em conta. Naturalmente os direitos que mais importam são os fundamentais, eis que de maior transcendência, mas o certo é que a *garantia* se refere a todos os Direitos. Na aplicação do direito privado deve-se, por meio do processo, fazer com que o particular veja seus direitos subjetivos – de caráter econômico, ou não –, tal como afirmados, foram examinados e decididos conforme as *garantias* próprias do processo.” In.: AROCA, Juan Montero. Prova e verdade no processo civil – contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas. DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. (orgs). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: JusPodivm, 2013. pp. 503-504.
22. SANTOS, Tomás-Javier Aliste. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid-ES: Marcial Pons, 2011. p. 298.

Caso não haja controle a respeito da prova produzida, a sentença passa a funcionar como mero ato de homologação e “juridicização” da decisão do perito. Transferir ao perito, ainda que indiretamente, poderes decisórios, é ferimento direto ao devido processo legal. A função jurisdicional é indelegável.

Na tentativa de enfrentar estas questões, o trabalho que ora oferecemos é organizado em seis capítulos.

O capítulo 1 aborda o nosso marco teórico, apresentando os contornos do processo cooperativo e sua fundamentação constitucional, através da releitura de alguns dos mais importantes princípios constitucionais processuais.

O capítulo 2 trata do tema *provas* de uma forma geral, inserido no processo cooperativo. É de perceber que, apesar de poucas alterações constantes na parte geral sobre as provas no texto do CPC/15, muito há se falar sobre o novo sistema do ponto de vista normativo. Aquelas poucas linhas visam criticar e repensar algumas posições normalmente arraigadas naqueles que estudaram o tema sob a égide do sistema processual anterior.

O capítulo 3 inicia o que podemos chamar de *parte específica* do trabalho, em que partimos à análise da prova pericial no processo cooperativo. Lá, focamos especialmente no procedimento de produção da prova, enfrentando alguns problemas trazidos pelo novo código.

O capítulo 4 trata da admissibilidade da prova técnica e científica. Especial atenção é dada à construção jurisprudencial estadunidense, especialmente porque daquela fonte muito bebemos no CPC/15. Ainda tratamos dos métodos de escolha do perito que o nosso ordenamento consagra.

O capítulo 5 aborda o controle da produção da prova técnica e científica sob a ótica dos seus principais atores. A participação deve ser ampla na produção da prova, ainda que as partes não tenham conhecimento para uma análise mais profunda. É permitida a nomeação, por isso, de *assistentes técnicos*, figura intrinsecamente parcial, funcionando como *olhos, boca e ouvidos* da parte, fiscalizando e cooperando com o perito na produção da prova técnica e científica. Reforçada está a sua participação, em constante diálogo com perito, magistrado e partes.

Por fim, o capítulo 6 trata do controle sobre a prova técnica e científica já produzida. Lá estudamos o dever de fundamentação, especialmente quanto à valoração da prova técnica e científica. Doutra forma, reforçamos a necessidade de o laudo pericial ser fundamentado, não somente no que concerne aos seus resultados, mas ao método escolhido para o exame. As partes e seus assistentes técnicos podem discutir não só os resultados, mas a forma como a técnica foi aplicada. Isso tudo denota a importância do diálogo para a solução da causa, reforçado pelo CPC/15.