

# A PROVA PERICIAL COMO STANDARD (LENDO UM ENSAIO DE DANILO KNIJNIK)

Cássio Benvenuto de Castro<sup>1</sup>

Resumo: A prova pericial não remete a uma delegação da jurisdição, como se o juiz não pudesse verificar diversos aspectos da perícia. Justamente, a evolução da prova pericial enquanto a ciência e a técnica para dentro do processo, permitiu que fossem pautados diversos critérios para identificar o caráter científico dos testes bem como para mensurar a confiabilidade da perícia na perspectiva da metodologia e da calculabilidade do resultado atingido. O juiz *gatekeeper* tem sua responsabilidade incrementada, embora na prática se encontrem operadores (no próprio judiciário) que pensem que a perícia resume ou pouca o trabalho do juiz.

Palavras-Chave: processo; prova; perícia; standard

## EXPERT PROOF AS STANDARD (READING AN ESSAY BY DANILO KNIJNIK)

Abstract: Expert evidence does not refer to a delegation of jurisdiction, as if the judge could not verify various aspects of the expertise. Precisely, the evolution of the expert evidence as science and technique into the process, allowed to be guided several criteria to identify the scientific character of the tests as well as to measure the reliability of the expertise in the perspective of the methodology and the calculability of the achieved result. The gatekeeper judge has his responsibility increased, although in practice there are operators (in the

---

<sup>1</sup> Especialista em Ciências Criminais. Especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor. Mestre em direito pela UFRGS. Doutorando em Direito pela UFRGS.

judiciary itself) who think the expertise summarizes or diminishes the judge's work.

Keywords: process; proof; expertise; standard

Sumário: Introdução. 1 A prova pericial como standard (lendo um ensaio de Danilo Knijnik). Conclusão. Referências

## INTRODUÇÃO



A prova pericial consiste em uma interface entre a ciência e o processo. A contemporaneidade presencia uma revolução científica e técnica em jornadas cada vez menores, daí a importância do judiciário se valer de opiniões de especialistas para resolver questões em disputa.

Ocorre que o perito fornece uma “opinião”, e não um veredicto. Nesse sentido, o laudo pericial deve estar pautado em critérios passíveis da testabilidade através da qual o juiz confronta o trabalho do perito para o caso concreto na virtude da metodologia, dos princípios e dos resultados calculados pela ciência (em tese). O raciocínio de emparelhamento não pode ser retirado do magistrado, embora não seja pessoa letrada nas ciências e seus particularismos.

Vale lembrar que o catálogo de ciências sociais não apresenta a objetividade de resultados das ciências rígidas (matemática, física, dentre outras). A série de circunstâncias que se solidariam às questões do laudo propriamente dito devem ser levadas em consideração. Não como um apanhamento do laudo pelo senso comum do magistrado, mas pela noção de mosaico ou pelo balançamento analítico-holístico que o juiz deve ter em conta ao valorar a prova. O juiz está comprometido a tal investida crítica, sem quedar em obscurantismos retóricos que violentem o contraditório, o processo justo e a decisão justa, como se verifica

na profunda explanação de Danilo Knijnik no livro “Prova Pericial: e seu controle no direito processual brasileiro” – obra que serve de referencial para as presentes reflexões.

## 1 A PROVA PERICIAL COMO STANDARD

O avanço da ciência contemporânea tem causado profundo impacto no direito probatório. A genética, a engenharia, a balística, a medicina, a psiquiatria e outros ramos são exemplos que fazem parecer que houve um incremento na busca do *coeficiente da verdade*.

A revolução científica influencia o processo na especialidade do direito probatório em três frentes:

- (a) na delimitação do saber científico propriamente dito, quer dizer que se trata de algo diferente do saber vulgar que poderia estar encerrado no senso comum do juiz;
- (b) na questão do método científico utilizado no processo, como um parâmetro objetivo e que pode ser cotejado pelo julgador a partir de critérios passíveis de crítica – o teste de credibilidade;
- (c) no mecanismo processual de internalização da prova científica ao processo, seja através da perícia oficial, do perito nomeado pelas partes ou do perito auxiliar de uma das partes enquanto ferramentas para questionar a perícia através do reforço em contraditório.

Tradicionalmente se comenta que a prova científica assume um standard de séria envergadura em se comparado aos *outros meios de prova*. Uma percepção delicada na medida que a a prova pericial não tem peso maior que os demais meios de prova, a questão é que confiabilidade dessa prova depende de critérios fidedignos que alavanquem a perícia a um patamar de objetividade científico que densifique a respectiva precisão.

Isso não ocorre sempre, em especial nas ciências sociais. Daí a importância da crítica e do julgamento dos princípios e da metodologia empregada para aferir se a perícia dispõe, concretamente, do profissionalismo que dela se espera.

Em primeiro lugar, pela aparente imparcialidade (estranheidade) do perito, seja ele nomeado pelo juiz, seja ele nomeado pelas partes – sempre contando com o preparo técnico do profissional que elabora a prova (regras de ética e padrões técnicos). Malferida a questão da imparcialidade, está diretamente prejudicada a utilidade da prova produzida (seja na fase de admissão quanto na fase de apreciação da prova: ambas fazem um teste limítrofe em direito continental). Em segundo lugar, a prova técnica tem credibilidade porque empresta algo de mais avançado ou mais peculiar que o senso comum do julgador pode atingir<sup>2</sup>.

De qualquer maneira, o mero fator de *escolha do perito pelo juiz* (ou o perito contratado pela Administração Pública) não o eleva em categoria intocável pelo ortodoxo brocardo de que suas impressões gozam da presunção de legitimidade. Considerações dessa roupagem retornam ao tempo em que a jurisdição estava ao centro do processo civil – hoje, a tutela jurisdicional é o polo metodológico do processo, sendo que a tutela da pessoa é imperiosa a despeito do sujeito que deva guarnecer esse mister. Não se trata da vestimenta do perito como personagem público privado que define o sucesso da hipótese científica, antes é a metodologia criteriosa e o atendimento a princípios de organização e a regras éticas de compliance que conferem confiabilidade a um laudo pericial.

A parte final do art. 375 do CPC ressalva que as questões referentes à ciência devem ser dialogadas com o profissional

---

<sup>2</sup> A ciência não procura a verdade, até pelo fato da superabilidade das constatações científicas. Ocorre que os cientistas aprofundam a metodologia de trabalho, implantando um resultado produto de um processo racional. “Of course, scientists seek not just true answers, but substantive, explanatory, fruitful, illuminating answer”. Os cientistas procuram respostas aos problemas, com a consciência de que tal resposta pode ser superada em uma próxima investida. Contudo, a técnica empregada é mais fidedigna que a vulgaridade do senso comum. HAACK, Susan. Irreconcilable differences? The trouble marriage of Science and law. *Evidence matters* (science, proof, and truth in the law). New York: Cambridge University Press, 2014, p. 84/5.

credenciado para tanto<sup>3</sup>:

Art. 375. 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 problema é delimitar essa zona diversas vezes grísea entre o senso comum e o saber científico. A prova pericial realiza a interface entre a ciência e o processo.

Vale perguntar *o que é a ciência?*

“A ciência não só é útil no plano probatório, mas também tende a ser considerada uma espécie de modelo ideal de conhecimento, ao qual também a apuração processual dos fatos deveria se aproximar”<sup>4</sup>. Não raramente, a ciência chega a determinar quase uma delegação do julgamento – porque o juiz *não perde tempo* em aprofundar a linha de visada para contrapor o saber pericial (o que importa em um paradoxo pericial).

Nem toda a prova científica apresenta o mesmo grau de precisão. Afinal, a evolução da ciência subentende a superabilidade das conclusões vulgares e contínua superabilidade da própria ciência pela ciência – daí a revolução científica da cepa.

O papel do juiz em termos de admissibilidade e valoração da prova técnica é como um *gatekeeper*<sup>5</sup>, no sentido de ele

---

<sup>3</sup> O juiz não pode avançar açodadamente por sobre as regras da experiência técnica. Contudo, é preciso ter presente que determinados campos do saber – como nas ciências sociais: psicologia, sociologia, filologia, expressões corporais, dentre outras – algumas questões não são estritamente técnicas. Elas acabam se imiscuindo em zona limítrofe do senso comum porque somente pode haver uma conclusão behaviorista ou de contexto sobre o objeto da análise. Nesses casos, o juiz não trabalha como um aprendiz de feiteiro, mas em conjunto com a metodologia do contraditório das partes, ele pode completar algumas diretrizes que o apertado tempo das perícias (pequena amostragem) não permitiu aprofundar.

<sup>4</sup> TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 301.

<sup>5</sup> O juiz deve afastar as ciências aparentes ou as más-ciências – divulgadas como *junk sciences*, porque acabam não se afastando do senso comum em termos de precisão e metodologia de confiabilidade. Ver TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 245.

entender que os enunciados de fato não podem ser resolvidos pelo senso comum. A especialização do conhecimento para área científica é necessária a ponto de um especialista examinar a particularidade do caso.

Em decorrência, a força da ciência para firmar uma decisão depende da categorização da especialidade perante outras espécies de ciência. Doravante, selecionar os critérios que a perícia deve atender. Não apenas os critérios metodológicos, mas também a exclusão de conclusões teratológicas<sup>6</sup>.

Considerando que tudo é muito efêmero na pós-modernidade, o índice de confiabilidade da prova científica depende da precisão do campo científico explorado. A depender da espécie do compartimento científico, a prova científica assume diferentes coeficientes como *mais ou menos* aceitos em termos de coeficiente do verossímil ou do prognóstico das questões processuais.

Nesse caso, o standard da prova pode ser considerado um critério de suficiência concreta da prova *as a whole* (credibilidade da totalidade do contexto de prova), mas também pode ser considerado um critério *to establish a particular fact in issue*<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> A doutrina mais abalizada refere no controle dos princípios e da metodologia da pericial, conforme o teste Daubert e o indicativo da leitura coerencial do art. 473, III e art. 479, ambos do CPC. Todavia, não se deveria contestar a conclusão do laudo – apenas através do contraditório firmado por outro lado. KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial* (e seu controle no direito processual brasileiro). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 59. Respeitosamente, algumas conclusões teratológicas podem ser de plano afastadas. A ciência possui conclusões datadas. Por exemplo: o caso da Aids que não teria um prognóstico razoável há trinta anos, hoje não passa de uma sintomatologia controlável; alguns prognósticos restritos imputados por especialistas mais ortodoxos (vide a área da psiquiatria), evoluem com a posologia de novos fármacos ou novos tratamentos na velocidade do mundo líquido. Assim algumas conclusões das ciências “sociais” acabam podendo ser controladas “para melhor” em termos de prognósticos, viabilizando-se através de relatos de senso comum, quase fato notório. Ver CASTRO, Cássio Benvenuti de. O problema do método na perícia psiquiátrica: qual racionalidade? No prelo para a publicação em revistas nacionais.

<sup>7</sup> ANDERSON, Terence; TWINING, William. *Analysis of evidence: how to do things with facts based on Wigmore’s Science of judicial proof*. Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 1991, p. 448.

(credibilidade de um determinado meio de prova). Se aparentemente a prova científica é mais respeitada que os demais meios de prova (pelo menos da prática da jurisdição), isso *não* quer dizer que toda a prova científica possui a mesma densidade argumentativa – nem toda a perícia tem o mesmo standard.

Michele Taruffo<sup>8</sup> salienta que existem as “ciências rígidas ou desumanas”, como a química, a física, a matemática, a biologia, a genética, dentre outras que fornecem resultados próximos do evento empírico, não havendo espaços para considerações judiciais valorativas. Nesse campo, como por exemplo um teste de DNA, o juiz não discute acerca da exatidão ou da metodologia do trabalho pericial.

Em outro sentido, o autor<sup>9</sup> refere que as “ciências humanas ou sociais” (*soft science*), como a psicologia, a psiquiatria, a economia, a sociologia, a crítica literária, a estética, dentre outras não possuem a carga de exatidão daquelas outras, inclusive porque não apresentam solução de repetibilidade (ou contraprova) com o mesmo índice de acerto. Daí que tais ramos do conhecimento chegam a não serem reputadas ciências no sentido estrito do termo, o que leva o julgador a valorar a prova comungando os resultados periciais às próprias experiências do senso comum do magistrado. Ciência e senso comum se encontram em uma via de convergência (ou não), o que retira a força de credibilidade dessas espécies de ciências humanas. Evidentemente que tal cotejamento deve ser elaborado com muita humildade, sob pena do julgador se autoimplicar de feiticeiro que pode mais que os peritos – a função do juiz é contextualizar a natureza das coisas, quer dizer, visualizar não apenas a patologia, mas ela na perspectiva concreta da pessoa examinada, levando em conta o nicho social do jurisdicionado (situações não raramente desprezadas pelos peritos).

---

<sup>8</sup> *A prova*, cit., 305.

<sup>9</sup> *Idem*, *ibidem*.

Ainda pormenorizando a questão, Michele Taruffo<sup>10</sup> assinala:

Ciertamente, una referencia de las estadísticas económicas o sociales no sigue el mismo método que debe emplearse para establecer el valor histórico de un edificio, y a su vez éste no es el mismo método que se aplica para analizar una capacidad mental de una persona, o de un menor, lo cual – una vez más – no se corresponde con cómo un experto evalúa la motivación cultural de un delito o establece si y cómo ocurrió un hecho histórico. Entonces el problema es determinar no uno, sino varios estándares de fiabilidad científica para cada tipo de ciencia que se torne en consideración.

Quanto mais objetiva a ciência, maior o índice de confiabilidade – mais aproveitada ela deve ser perante as demais provas na contraposição à possibilidade de erro bem como na possibilidade de invasão das hipóteses de senso comum.

A despeito da espécie de ciência, entretanto, a prova pericial deve cumprir um roteiro de *compliance* na feitura. Isso garante a estraneidade e a confiabilidade.

O Código de Processo Civil aparentemente admite a prova como científica desde que o método empregado seja o método de *aceitação geral* na comunidade de especialistas:

Art. 473. 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;

Um rasgo do caso Frye (datado de 1923), que faz vistas grossas às novas tecnologias de prova e à necessidade do julgador acompanhar a metodologia da prova mesmo na valoração<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> TARUFFO, Michele. La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses. *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 209.

<sup>11</sup> O art. 473, III apresenta uma aparente antinomia ao art. 479, porque nesse último se faculta a possibilidade do juiz afastar a metodologia da “predominância da aceitação” – uma terminologia corporativa – para fazer valer uma abertura metódica em direção à tecnologia e aos critérios que rompem um paradigma racionalista ultrapassado. A operação coerencial dos institutos permite a superação da estrita palavra do art. 473, III, fazendo-o convergir aos ditames da Constituição, com base



– com base em critérios que objetivem a crítica.

O referido dispositivo não deve ser ministrado isoladamente.

A interpretação coerente apreende o art. 479 do CPC na virtude da convergência dessas determinações às implicações constitucionais em termos de valores e princípios:

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 razoabilidade, o pluralismo, a eficiência, a probidade, a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana, dentre outros, determinam uma abertura às novas tecnologias de prova. Além disso, afastam um regime supostamente corporativo de assentimento da ciência – com efeito, a ciência existe para o homem, não o contrário. Nesse sentido que a metodologia da perícia observa critérios tendentes a objetivar um controle desde à admissão até a valoração da prova (situações limites no Brasil), efetivamente dinamizando o processo justo até a decisão final. Uma rotina implementada pelo caso Daubert (datado de 1993 nos Estados Unidos) que elenca nova série de critérios, verdadeiros standards que permitem o controle da prova pericial.

A antinomia entre o art. 473, III e o art. 479, ambos do Código de Processo Civil, é apenas uma contradição aparente. Danilo Knijnik<sup>12</sup> salienta que esse desencontro se resolve na medida em que o método da aceitação geral (previsto desde o caso Frye) está inserido no primeiro dispositivo como um caráter meramente exemplificativo e de preferência genérica (art. 473, III). Isso não impede, antes implica que o art. 479 do CPC estabeleça outros critérios multifatoriais e heterointegrados mais eficientes

---

na eficiência, da razoabilidade, no pluralismo e na própria dignidade da pessoa humana. Valores e princípios que se imbricam ao Código de Processo Civil. Ver KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial* (e seu controle no direito processual brasileiro). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 39.

<sup>12</sup> *Prova pericial...*, cit., p. 94 e 64.

e pormenorizados para reforçar argumentativamente o método da perícia. Intuitivo que a admissão e a avaliação da prova não podem ficar à mercê do que os próprios peritos entendem como aceitação geral – sob pena de conferir a força de uma verdade absoluta a uma corporação de saber e, de resto, não permitir a evolução da própria ciência enquanto tecnologia dentro do processo.

Por isso a importância do caso Daubert ao fixar uma efetiva nova série de standards (diversos critérios e *proxies*) para o preenchimento da admissão e da valoração da prova. Para além da relevância da prova em termos de admissibilidade, é devido asseverar a confiabilidade da perícia em um sistema multifatorial.

As críticas elaboradas contra o modelo do caso Frye justificam a adoção de uma nova metodologia em termos de prova pericial: (a) não existe verdade absoluta, ainda mais em se tratando *soft science*; (b) o próprio Código de Processo Civil prevê a necessidade de substituição do perito (art. 468), a possibilidade de amplificar o contraditório com mais de uma perícia (art. 480) ou com a refutação da perícia inicial, quando o resultado for tetratológico (art. 479), bem como auxiliar o aparato técnico com o testemunho de perito simplificado (art. 464, §2º), tudo para a finalidade de estender a linha de visada e atingir um julgamento justo – a Constituição abarca e determina esse estado de coisas, inclusive com o reforço iminente da PEC6/2019 (Reforma da Previdência) que confere nova redação ao art. 40, §2º, II, então estabelecendo a necessidade de “mais de uma avaliação”<sup>13</sup> para

13

Aposentadoria por invalidez (art. 40, §1º, I, da CF)	Aposentadoria por incapacidade (art. 40, §2º, II, da CF – redação da PEC6/2019)
I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;	II - por incapacidade permanente para o trabalho, no cargo em que estiver investido, quando insuscetível de readaptação, sendo obrigatória a realização de avaliações periódicas para verificação da continuidade das

constatar a incapacidade do servidor público – isso batiza a necessidade de duvidar com calma e alma de uma perícia referente a uma ciência em constante evolução; (c) finalmente, a suposta aceitação geral por uma comunidade de especialistas é algo desconhecido com o mundo liquefeito atual.

As citadas *Rules 401 e 702 das Federal Rules of Evidence* já discriminaram os padrões para aferir o teste de confiabilidade da prova pericial no processo. A sistematização dessas normas discriminou critérios para a aceitação ou para a discussão da perícia, testados pelo caso Daubert (ano 1993): (a) possibilidade de se verificar e de se comprovar falsa a teoria em que se baseia a prova científica; (b) o percentual de erro relativo à técnica empregada; (c) o domínio sobre a teoria ou a técnica em questão por parte de outros especialistas; (d) o consenso geral da comunidade científica interessada<sup>14</sup>.

A série de critérios poderia fazer parecer que não existe uma automática admissibilidade da prova pericial porque o juiz deve se comportar como *gatekeeper* ao largo do processo probatório como um todo (admissão e apreciação da prova) – infelizmente, o que se verifica na prática é uma jurisdição que delega o julgamento de maneira extroversa ao perito, repetindo retoricamente os termos da conclusão pericial. Até pelo fato de muitas

	condições que ensejaram a concessão da aposentadoria; ou
norma constitucional de eficácia contida	norma constitucional de eficácia limitada que depende de lei complementar para gerar efeitos (leitura sistemática do art. 40, parágrafos 1º e 2º) – o fenômeno que reflete a “desconstitucionalização” dos requisitos da aposentadoria.
a eficácia pode ser restringida a certos aspectos “na forma da lei”.	Art. 40, §2º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, observados os requisitos definidos na <i>lei complementar</i> a que se refere o § 1º. A eficácia depende da vigência da lei. <i>O problema: qual lei complementar?</i>

<sup>14</sup> Michele Taruffo, *A prova...*, cit., p. 306.

vezes os juízes não serem provocados pelos advogados quanto a esse delicado tema.

Danilo Knijnik<sup>15</sup> refere que o modelo do juiz guardião da prova (*gatekeeper*) “comete expressamente ao julgador a eminente e delicada função de avaliar, ele próprio, o método utilizado pelo perito, no sentido de, por um lado, barrar o emprego da pseudociência, métodos inconfiáveis ou inconsistentes; e, de outro, permitir um enriquecimento do debate pericial, com sua abertura a novas ciências e proposições, mormente no campo das ciências sociais, técnicas e métodos, segundo critérios predeterminados que balizarão a discussão em contraditório”.

A leitura do art. 473, III deve ser conjugada à determinação do art. 479, ambos do CPC – o juiz deve indicar o critério e as possibilidades de falseabilidade e do cometimento do erro, alertando para que seja tomada uma visão de conjunto da questão bem como nomeando outro perito ou designando nova perícia em caso de suspeição acerca da precisão da conclusão, ou ainda no receito da quebra da parcialidade do perito, o que abarca a metodologia.

No direito continental, esses cuidados devem acompanhar desde a admissão até a apreciação (valoração) da prova. O julgador deve ter em mente a espécie da perícia, o índice de confiabilidade e a possibilidade de efetuar a contraprova, no contexto do coeficiente de estraneidade do perito e demais circunstâncias processuais que pontuem a maior ou menor credibilidade da perícia.

O conhecimento do juiz também é matéria ser sopesada.

Não se pretende que o juiz repita o que o perito já fez tampouco adentre no conteúdo da perícia como se o julgador fosse um *aprendiz de feiticheiro*<sup>16</sup>. O juiz tem o dever de verificar

---

<sup>15</sup> *Prova pericial...*, cit., p. 44.

<sup>16</sup> A atenção a critérios tende a afastar o paradoxo pericial – isso acontece quando o juiz nomeia um terceiro para apresentar um laudo sobre conhecimento específico e, por ocasião desse mesmo conhecimento peculiar, o magistrado ficaria obstado de minimamente conhecer sobre os princípios, métodos ou resultados teratológicos da

a validade científica e a correção do método de trabalho aplicado – questões adjudicadas por códigos de ética e regras que endossam a vinculação metodológica da ciência, também lhe afastando de soluções excluídas do sistema (por se tratarem de soluções teratológicas). O *compliance* das carreiras de especialistas é matéria que sobremaneira pode ser debatida, ainda mais com a ramificação das expertises no mundo contemporâneo. Não se trata de uma valoração fácil de ser atingida, porque no limiar entre o senso comum e a as regras de inferência técnica pode haver uma aproximação do nível de culturação do juiz bem como da capacidade de pesquisa que ele detém, mas de qualquer sorte é um espaço que pode ser explorado em impugnação da perícia como na valoração da perícia, em especial, no tocante às ciências humanas<sup>17</sup> – as soluções limítrofes não devem perder de vista dois pontos: a visualização do contexto da problemática em demanda, pelo juiz, o que pode transcender a mera perícia (por exemplo, uma perícia psiquiátrica ou psicológica pode ser equívoca se o contexto de testemunhas ou um recado behaviorista afasta as impressões pontuais de um diagnóstico por mero enquadramento formal); ainda, a necessidade da

---

prova pericial, daí parecendo que houve uma delegação da jurisdição. Isso é delicado porque o juiz dispõe de critérios para aferir a correção da perícia naquilo que transcende o núcleo discricionário do perito. Ver Danilo Knijnik, *Prova pericial...*, cit., p. 77 e seguintes. A doutrina repudia o denominado “juiz aprendiz de feiticeiro” e o “juiz *peritum peritorum*”. Eles ficam vinculados ao laudo ou, em outro extremo, completam o laudo de maneira açodada, lançando julgamentos conforme intuitivismo ou psicologismo que malfere o art. 375 do CPC. Na interface da ciência com o processo, o “juiz *gatekeeper*” trabalha na admissão e na valoração da prova se pautando pelos critérios que o sistema garante. Esse juiz participativo não está comprometido a uma vinculação ao laudo, sob pena da delegação indevida da jurisdição. O juiz *gatekeeper* (guardião da prova) analisa a principiologia do teste, a metodologia e a até a conclusão que não pode desencarrilhar para hipóteses falseáveis como uma solução de “verdade absoluta” – algo que a pós-modernidade não admite (uma fase líquida passível de ser denominada de “pós-verdade”). Ver ABELLÁN GASCÓN, Marina. Prueba científica. Un mapa de retos. *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 196.

<sup>17</sup> Michele Taruffo, *Uma simples...*, cit. 248.

complementação da perícia pela prova testemunhal, justamente, para ratificar ou não aquilo que os peritos atestaram em seus laboratórios.

O direito britânico também se preocupa em *pautar critérios* que possam ser em alguma sorte controlados em julgamentos, na fase de admissão da prova, ainda mais quando submetidos ao *trial by jury*. Daí a importância de adensar a análise sobre a metodologia da prova pericial para afastar que os jurados trabalhem com provas contaminadas tecnicamente.

*O direito não deve organizar mero enquadramentos axiomáticos, antes deve pautar critérios racionais* – a pretensão correção das soluções jurídicas, seja por intermédio da perícia, seja pela análise crítica dos princípios e da metodologia da prova pelo trabalho do *gatekeeper* (juiz ou administrador).

O documento “The admissibility of expert evidence in criminal proceeding in England and Wales. A new approach to the determination of evidentiary reliability”<sup>18</sup> demonstra tal evolução que acolhe as premissas entabuladas no caso Daubert:

In a criminal trial, a jury or magistrates’ court is required to determine disputed factual issues.

Experts in a relevant field are often called as witnesses to help the fact-finding body understand and interpret evidence with which that body is unfamiliar.

The current judicial approach to the admissibility of expert evidence in England and Wales is one of *laissez-faire*.

Too much expert opinion evidence is admitted without adequate scrutiny because no clear test is being applied to determine whether the evidence is sufficiently reliable to be admitted.

This problem is exacerbated in two ways:

First, because expert evidence (particularly scientific evidence) will often be technical and complex, jurors will understandably lack the experience to be able to assess the reliability of such evidence.

There is a danger that they may simply defer to the opinion of

---

<sup>18</sup> Acesso em 13/7/2019, localizado em: <https://www.lawcom.gov.uk/project/expert-evidence-in-criminal-proceedings/>

the specialist who has been called to provide expert evidence. Secondly, in the absence of a clear legal test to ensure the reliability of expert evidence, advocates do not always cross-examine experts effectively to reveal potential flaws in the experts' methodology, data and reasoning.

Juries may therefore be reaching conclusions on the basis of unreliable evidence. This conclusion is confirmed by a number of miscarriages of justice in recent years.

Isso quer dizer que a perícia não é atributo da *black box* dos peritos.

Na interface com o direito, é devido o controle da metodologia e do contexto que pode arrefecer conclusões açodadas – falando-se em *soft science*, há espaço para máximas de experiência comum que podem ser “esquecidas” pela rotina dos avaliadores.

O caso Daubert é aceito como standard na jurisprudência do STF, conforme excerto proferido pelo Ministro Luiz Fux no julgamento do RE 363.889-DF, Pleno, DJ 15/12/2011:

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 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<sup>39</sup>, 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<sup>40</sup>; (ii) a explicitação do percentual de erro relativo à técnica empregada; e (iii) sua aceitação pela comunidade científica especializada. Na essência, como esclarece, neste ponto, o Prof. Leonardo Greco, a “Corte Suprema americana, nesse leading case que alterou sua jurisprudência anterior, reconhece a falibilidade da ciência e impõe aos juízes uma vigilância extrema para evitar decisões errôneas e injustas. Para isso os juízes devem repelir por ausência de confirmação, como

inidôneas a ensejar qualquer condenação, todas as provas científicas que sejam desmentidas por alguma outra igualmente científica. (...) Assim, a Corte Suprema rejeitou que, mesmo no processo civil, o juiz possa considerar verdadeiro aquilo que a própria ciência não é capaz de sustentar racionalmente. E exigiu que o juiz controlasse o conhecimento científico mediante a aplicação simultânea de três critérios: o método indutivo, a resistência a todas as espécies de refutação e subsidiariamente o consenso geral da comunidade científica.

A prova pericial deve atender a critérios – isso que viabiliza o efetivo contraditório na medida em que a prova pode ser testada pelos advogados e pelo juiz (possibilidade de verificabilidade-falseabilidade imanente à própria consistência de uma posição científica).

O curioso é que o caso Frye adveio de uma ciência humana e pautou um critério mais flexível (vale refletir que o caso Frye é de uma época *estática* em que imperava o racionalismo, daí que o teste científico seria meramente uma *síntese* da problemática). O caso Daubert surgiu com uma ciência rígida e firmou critérios mais pormenorizados inclusive para a ciência social (possível lembrar que no ano de 1993 a *dinâmica* das coisas tecnológicas estava em um crescente, havendo abertura para uma *análise funcional-estruturalista* da problemática com base em um panorama *criticista*).

Isso demonstra o avanço da ciência enquanto fenômeno que permite controle quando chega a resultados teratológicos ou quando o método é descumprido. Fator que também passou a ser empregado para as questões técnicas (caso *Kuhmo Tire Co., Ltd., et al. v. Carmichael et al.*, do ano de 1999):

A perícia como standard	Frye (art. 473, III, CPC)	Daubert (art. 479 do CPC)
teste	relevância	confiabilidade como uma mais-valia de critérios para além da <i>general acceptance</i>
teste e método de alavancagem	relevância e síntese racionalista	análise funcional-estruturalista para a crítica
refutação	admissibilidade sujeita ao exame da aceitação geral,	<i>admissão e valoração</i> da prova, em direito



	sendo a que a valoração é acometida pelo paradoxo pericial do <i>juiz peritus peritorum</i>	continental, tanto no exame dos princípios e do método da perícia como na observação do resultado (se este é teratológico)
consequência	verdade absoluta decretada pela corporação do saber e afastamento das possíveis novas soluções científicas	abertura para a tecnologia bem como para as novas técnicas (caso <i>Kuhmo</i> de 1999), viabilizando um controle mais objetivo sobre o método e a densificação do contraditório material inclusive no tocante ao resultado

A perícia assume tónus de standard da prova – com caráter epistêmico.

Os critérios ratificam a densidade argumentativa e valorativa acerca dos *facts in issue* bem como da questão *as a whole*. Na mesma equação que se comenta sobre o círculo hermenêutico, o maior problema não é focar na saída dessa operação, antes organizar premissas racionais que viabilizem um controle efetivo dos limites da decisão.

Tomando como linha de partida os critérios do teste Daubert bem como o respeito ao contraditório material (garantia de influência e de não surpresa), Danilo Knijnik<sup>19</sup> elabora uma série critérios heterointegrados (*checklist*) que também devem compor a decisão justa que examina com precisão e imparcialidade a perícia judicial:

teste Daubert+contraditório	<i>checklist</i> Danilo Knijnik	considerações derivativas
juiz como <i>gatekeeper</i> para além do espectro dilatado da <i>general acceptance</i>	coerência normativa entre Constituição, art. 473, III e at. 479, ambos do CPC	a aceitação geral é um critério de passagem que deve atender aos demais critérios em hiperciclo
o juiz <i>gakeeper</i> tem o encargo da revisão e controle da: adequação do método ao caso; testabilidade e falseabilidade do método; possibilidade e taxa de erro; confiabilidade; revisão pelos pares ( <i>peer</i> )	os mencionados critérios são exemplificativos e multifatoriais, devendo incidir sobre os princípios e sobre a metodologia da perícia. Além deles, importa verificar: a correta aplicação do método por agentes	importante verificar que a imparcialidade (estranheidade) do perito é devedora da confiabilidade cujo preenchimento consiste no <i>modus operandi</i> conforme o <i>compliance</i> das carreiras. Não adianta convocar um

<sup>19</sup> *Prova pericial...*, cit., p. 195/9.

<p><i>review</i>); outros critérios decorrentes da natureza do caso</p>	<p>competentes e treinados que cumprem requisitos específicos – a questão da <i>compliance</i> profissional; os equipamentos, instrumentos e produtos em situação regular; os testes e protocolos de segurança preconizados pela técnica (mais uma vez ao encontro da <i>compliance</i>); a cadeia de custódia dos objetos que foram submetidos a exame deve ser preservada e reconstruída</p>	<p>perito se ele não adota padrões ou protocolos de profissionalismo que sejam dignos a toda evolução científica dele esperada – uma importantíssima questão que, ressalvado o entendimento de Danilo Knijnik, pode retirar a validade do <i>resultado da perícia</i> – a partir da falta do <i>compliance</i>, doravante, o resultado passa a ser teratológico por desencontrado da natureza das coisas e dos fatos científicos por imanência comprometidos</p>
<p>a refutação da perícia deve atender, em regra geral, aos conhecimentos dos peritos, seja por questões suscitadas por assistentes técnicos, por expert witness ou seja por nova perícia</p>	<p>o Código de Processo Civil entabula uma série de oportunidades para pautar a imparcialidade do perito – embora ele seja denominado “oficial”, não raramente, ocorre um <i>confirmation bias</i> em seu trabalho. Daí a necessidade de se oportunizar que as partes contestem o laudo sem prévias compreensões de validade (do tipo presunção de legitimidade), articulando-se o contraditório material a partir de novas opiniões contrapostas (observada a parte final do art. 375 do CPC)</p>	<p>o <i>solve et repete</i> judicial deve ser afastado para não ocorrer o detestável desvio de finalidade (para não analisar a prova) e se incorrer nas retóricas da espécie: o juiz é o destinatário da prova; a matéria está sujeita ao livre convencimento judicial; o perito goza da confiança do juízo. Em pleno terceiro milênio, não se deve falar em <i>razão da autoridade</i>, mas em <i>autoridade da razão</i>. Ainda, é preciso ressaltar que a lógica do novo processo civil não é consagrar posições estáticas e meramente conceituais, antes é revigorar o processo enquanto empresa dinâmica (por exemplo: art. 503, §1º, CPC), daí que não existe prévia condicionalidade ou vinculação de legitimidade que oriente o julgador através de uma <i>grife de perito oficial ou do perito concursado</i>. A tutela jurisdicional privilegia a pessoa, sendo que a igualdade <i>pele</i> processo, em termos de perícia, tem por escopo confrontar métodos, princípios e entendimentos</p>

		de vanguarda – não títulos de concurso público, fachadas de peritos <i>amigos</i> do juízo ou demais alusões ortodoxas do século retrasado.
os critérios do teste Daubert são elencados para serem discutidos conforme as amplas possibilidades que o contraditório veicula	no mesmo sentido, o <i>checklist</i> de Danilo Knijnik ressalva essa oportunidade, apontando para a maneira que melhor ataca ou se discute outra perícia – com uma segunda perícia, com a perícia de desempate bem como se levando a questão para a discussão em audiência, com depoimento dos peritos (no melhor estilo da <i>cross-examination</i> americanizada)	amplificação da força motriz do contraditório para ancorar argumentativamente a decisão justa

A internalização da prova pericial no processo desenvolve a concreção do próprio movimento em contraditório que permite discutir e quiçá invalidar uma perícia realizada.

Conforme o ator processual que nomeia o perito<sup>20</sup>, a inserção da prova científica no processo assume diferentes modalidades. Pode ser determinada pelo juiz desde o momento da admissão da prova (art. 465 do CPC). As partes podem escolher perito em comum – daí o juiz o nomeia como um ato de arbitramento (art. 471).

Vale ressaltar que *não é a grife do perito* que determina a discussão ou a não discussão sobre o resultado da perícia. *Não é porque se trata de perito do juízo*, de perito concursado ou do perito denominado oficial – que a perícia se tornaria intocável. Isso estaria comprometida com a jurisdição no núcleo do processo civil. No atual quadrante constitucional, a tutela jurisdicional é o polo metodológico do processo – nesse sentido, o processo se trata de empresa que trabalha e se organiza para as

<sup>20</sup> Ver ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 156 e seguintes.

necessidades da pessoa<sup>21</sup>, havendo direito fundamental em contraditar uma perícia claudicante em termos metodológicos, principiológicos, por falta de *compliance* do profissional ou com resultado teratológico.

Ainda existe a figura da perícia técnica simplificada que lembra o *expert witness*, quando o perito presta informações em audiência, no modelo presidencialista com a oportunidade do cruzamento das perguntas pelos interessados (art. 464, §3º, do CPC). Isso diminui custos e confere maior força à oralidade do contraditório e ao imediatismo do juiz com a prova.

A diversidade elencada na legislação processual permite que se efetuem mais de uma perícia, havendo ampla discussão de qual merece a preferência. Pelo fato da experiência técnica ser algo discursivo do próprio especialista<sup>22</sup> (art. 375 do CPC), é interessante que o juiz se valha desse diálogo, de maneira a não

---

<sup>21</sup> Guido Alpa, *Giuristi e interpretazioni* (il ruolo del diritto nella società postmoderna). Genova: Marietti, 2017, p. 89. A dignidade da pessoa é um valor (fundamento) que deve ser preenchido com um conjunto de normas e ações que implicam a verticalização dos institutos e ações estatais em direção à salvaguarda do conteúdo substancial da dignidade. A prova pericial, assim, não deve manter um *status* a partir de quem a nomeia ou devido ao fato do perito ter passado em um concurso – a metodologia, a principiologia e a força argumentativa da prova pericial são devedoras da vanguarda científica que trabalha no avanço das causas que melhoram a vida das pessoas. Que efetivamente dignifiquem o ser humano (não o estigmatizem ou obscureçam a pericial na rapinagem do desvio de finalidade). “La dignità debba essere intesa come uno *status* in senso moderno (o meglio, postmoderno) perchè essa è riferita a ogni uomo in quanto tale e in qualsiasi luogo questi si trovi. In ogni caso, proprio per il suo contenuto sostanziale, non può essere utilizzata in senso retorico, né meramente esornativo, ma funzionale”. O *status* é da dignidade das pessoas – não do perito.

<sup>22</sup> A prova pericial consiste em um standard porque pautada em critérios que devem ser averiguados pelo juiz-guardião, sem que o juiz mergulhe profundamente no conteúdo da prova (lendo atentamente o art. 375 do CPC está essa autorrestrição). Em regra geral, o confronto do especialista deve ser efetuado por outro especialista. Salvo no caso de situações teratológicas que, observadas em um contexto do caso, podem ser socorridas por outros meios de prova, por uma visão holística da questão ou até pela integração do senso comum quando a perícia é decorrente de ciência social e pode ser testada em práticas behavioristas que contrariem a hipótese de trabalho diagnosticada. Nesse caso, o tamanho da amostragem (perícia de médico do INSS ou da Administração Pública dura 5 minutos) pode comprometer o resultado.

avançar em matéria que lhe refoge o conhecimento. A discricção do especialista é limitada pelo resultado teratológico e pelo exame dos princípios da prova bem como pelo exame do método.

Uma problemática que pode ser algo flexibilizada a partir das diferentes espécies de ciências que examinam novos ou velhos temas colocados em julgamento. Tudo na medida que as ciências avançam e ganham até foros de senso comum na liquefação do mundo pela tecnologia e pela globalização.

## CONCLUSÃO

O perito elabora uma prova que transporta a ciência e a técnica para o processo. Uma vez atendida a melhor técnica e a metodologia, o conteúdo desses aspectos pode ser contraditado por outro profissional especializado. Contudo, o juiz deve estar atento para que o conteúdo da perícia não invada as delimitações a autorrestricção predisposta pela metodologia, pelos princípios e pelo resultado calculado da perícia, consoante as amostragens comuns de casos similares.

A prova pericial não é delegação de jurisdição. Nesse diapasão que o juiz está constitucionalmente compromissado a melhor se informar sobre as mais rotineiras práticas profissionais – não por meios vulgares como internet ou seriados de televisão –, de maneira a racionalmente poder julgar a exatidão dos roteiros e a padronagem do *compliance* que se espera de uma perícia imparcial, e não funcionalizada a um *confirmation bias* em desvio de finalidade extroverso.

O juiz *gatekeeper* tem essa responsabilidade acrescida. Ele deve lidar com os critérios encerrados na prova pericial – por isso que a prova pericial consiste em um verdadeiro standard (porque ela reúne critérios e a perícia, em si mesma, é um critério a ser julgado). Embora muitos acreditassem que a perícia “retirava” parte da responsabilidade do juiz.



## REFERÊNCIAS

- ABELLÁN GASCÓN, Marina. Prueba científica. Un mapa de retos. *Estándares de prueba y prueba científica* (ensayos de epistemología jurídica). In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2013.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- ALPA, Guido. *Giuristi e interpretazioni* (il ruolo del diritto nella società postmoderna). Genova: Marietti, 2017.
- ANDERSON, Terence; TWINING, William. *Analysis of evidence: how to do things with facts based on Wigmore's Science of judicial proof*. Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 1991.
- CASTRO, Cássio Benvenuti de. O problema do método na perícia psiquiátrica: qual racionalidade? No prelo.
- HAACK, Susan. Irreconcilable differences? The trouble marriage of Science and law. *Evidence matters* (science, proof, and truth in the law). New York: Cambridge University Press, 2014.
- KNIJNIK, Danilo. *Prova pericial* (e seu controle no direito processual brasileiro). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- LAMEGO, José. *Elementos de metodologia jurídica*. Coimbra: Almedina, 2016.
- TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- \_\_\_\_\_. La aplicación de estándares científicos a las ciencias sociales y forenses. *Estándares de prueba y prueba*

*científica* (ensayos de epistemologia jurídica). In VÁZQUEZ, Carmen (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2013.

\_\_\_\_\_. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.