

**O PAPEL DOS OPERADORES DO DIREITO NA PRODUÇÃO
DA PROVA PERICIAL VISANDO À OBTENÇÃO DA VERDADE**

**THE ROLE OF THE PARTIES INVOLVED IN THE PRODUCTION OF
EXPERT OPINION AIMING AT OBTAINING THE TRUTH**

Paula Oliveira Bezerra de Menezes

Advogada de Soerensen Garcia Advogados Associados.
Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito
da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Especialista
em Propriedade Industrial pela Universidade Estadual do
Rio de Janeiro. Mestranda do Programa de Pós-
Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade
Estadual do Rio de Janeiro. *Fellow* do Salzburg Global
Seminar.

Resumo: A Autora discorre sobre o histórico de reformas da prova pericial no direito brasileiro e sobre aquelas no projeto do Novo Código de Processo Civil. Tece considerações sobre a real necessidade de produção da prova pericial e identifica os problemas que afetam o resultado desse tipo de prova. Propõe-se que os quesitos para fins de produção da prova pericial sejam usados como forma de controle da elaboração do laudo e conclui-se chamando todos os participantes do processo ao compromisso com a justiça.

Abstract: The Author comments on the historical of the amendments regarding expert opinion in Brazil and on those suggested for the New Code of Civil Procedure. She considers avoiding the expert opinion when it reflects just a bureaucratic tool to keep the process moving forward and identifies the problems, which affect the results of this kind of evidence. She proposes that the questions addressed to Experts be used as a means of controlling the opinion and concludes by recommending that all the parties involved should reinstate their commitment with the justice.

Palavras-chave: Prova Pericial, Critérios, Controle, Participação das Partes.

Keywords: Expert Opinion, Standards, Control, Cooperation of the Parties.

Introdução

Os debates sobre a credibilidade e confiabilidade da prova pericial ganharam relevo na década de 1990.

Em 1993, a Suprema Corte americana, no famoso julgamento do caso *Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*¹, debruçou-se sobre questões importantes que afetam o desempenho da prova pericial como instrumento de realização e de distribuição de justiça.

Poucos anos depois, na Inglaterra, em julho de 1996, no seu relatório sobre acesso à justiça, *Lord Woolf*² apontou que a prova pericial correspondia a uma de suas maiores preocupações no acesso à justiça. Segundo ele, os valores dos honorários cobrados pelos peritos eram excessivamente altos e, muitas vezes, os *experts* careciam da imparcialidade e da transparência desejadas.

Paul England³, em comentário sobre as preocupações de *Lord Woolf*, destacou que a prova pericial era frequentemente usada por uma das partes para “abusar” do sistema.

Em 2000, após o julgamento *Daubert* e as decisões nos não menos importantes *leading cases Joiner vs General Electric* e *Kumho vs Carmichael*, as *Federal Rules of Evidence* sofreram alterações nos Estados Unidos para adequação à jurisprudência.

Nesse cenário, doutrinadores do mundo inteiro voltaram sua atenção para as mazelas da prova pericial, que deram origem a trabalhos muito interessantes, inclusive no Brasil, com publicações recentes.

Faremos um breve histórico sobre as reformas que ocorreram em matéria de prova pericial no País até 1992 e verificaremos que os problemas e falhas da prova pericial já foram identificados na doutrina nacional.

Tendo em vista que a comunidade jurídica atualmente discute o projeto de um novo Código de Processo Civil, o qual, após passar pela aprovação no Senado, tramita na Câmara dos Deputados sob nº 8046/2010⁴, aproveitaremos o momento para (i) analisar duas alterações relevantes sugeridas no Projeto do Novo Código de Processo Civil (NCPC), no que tange à prova pericial e (ii) tecer comentários sobre esse tipo de prova em âmbito geral.

¹ <http://www.law.cornell.edu/supct/html/92-102.ZS.html>. Acesso em 02/07/2011.

² Na posição de Master of the Rolls de junho de 1996 a junho de 2000, segundo magistrado mais *senior* da Inglaterra.

³ ENGLAND, Paul. *Expert Privilege in Civil Evidence*. Oxford: Hart. 2010.

⁴ Em 02/07/2011, conforme consulta no [site](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267) <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267> da Câmara dos Deputados, foi criada Comissão Especial para análise do supracitado Projeto de Lei.

Alguns ordenamentos não somente identificaram as imperfeições do instituto, como propuseram soluções, visando à obtenção de resultados confiáveis, como aconteceu nos Estados Unidos, em decorrência do julgamento do caso *Daubert* supracitado.

Os debates travados na Inglaterra também foram frutíferos e merecem destaque para perpetuarmos a discussão no Brasil, em tema ainda pouco explorado.

Chamaremos o leitor a refletir sobre o compromisso das partes que atuam no processo, incluindo-se juízes, advogados e auxiliares da justiça, na produção idônea da prova pericial, como medida de aperfeiçoamento e minimização das falhas que o instituto pode apresentar.

Finalmente, gostaríamos de propor a adequação de comportamento e de atitude dessas personagens em prol da demonstração e obtenção da verdade⁵, de forma eficiente e fundamentada.

Histórico de Reformas da Prova Pericial no Direito Brasileiro

Conforme ensina Leonardo Greco⁶, a sistemática da prova pericial no direito brasileiro já foi alterada quatro vezes desde o código de 39.

O Código de Processo Civil (CPC) de 1939, tal como o nosso atual, previa o sistema do perito único⁷, o qual foi alterado na década de 1940.

O Decreto Lei 4.565/42 mudou um pouco a redação anterior no que se refere à escolha do perito pelo juiz exclusivamente. Em seu art. 10 o decreto estabelecia que as partes pudessem escolher em comum um perito e, na ausência de concordância entre elas, ao juiz caberia a escolha⁸.

⁵ Aqui tratamos da verdade em seu conceito uno, sem distinção entre a verdade real ou formal, mas aquela a que qualquer ciência procura chegar, com as limitações inerentes a ela. Leia-se MADURO, Flávio Mirza. *Notas sobre a questão da verdade no Direito Processual*. In Ensaio sobre Justiça, Processo e Direitos Humanos II. ;Petrópolis, UCP. 2009. P. 101 e ss.

⁶ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: processo de conhecimento*. Vol. II – Rio de Janeiro: Forense, 2010. P. 276.

⁷ Decreto Lei 1608/39. “Art. 129. Os exames periciais serão feitos por um perito, sempre que possível técnico, de livre escolha do juiz”. <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/24/1939/1608.htm> Acesso em 23/06/2011.

⁸ Decreto Lei 4565/42 Art. 10 - O art. 129 ficará assim redigido: Os exames periciais serão feitos por um perito, sempre que possível técnico, de escolha do juiz, salvo se as partes acordarem num mesmo nome e o indicarem. Se a indicação for anterior ao despacho do juiz, este nomeará o perito indicado. Não havendo indicação, a escolha do juiz prevalecerá se as partes não indicarem outro perito dentro de quarenta e oito (48) horas após o despacho de escolha. http://www.fiscolex.com.br/doc_103520_DECRETO_LEI_N_4565_DE_11_DE_AGOSTO_DE_1942.as_pX. Acesso em 25/06/2011.

Na mesma década, em 1946, a alteração prevista pelo Decreto Lei 8.570 facultava às partes a escolha em comum de um perito único. Não sendo possível o consenso, as partes poderiam escolher, cada uma, o seu perito e, se ao final houvesse divergência entre os laudos, o juiz ou se basearia naquele que lhe convencesse, ou chamaria um terceiro perito para o esclarecimento de dúvidas⁹. Esse terceiro perito, nomeadamente, perito do desempate no texto legal, não estava vinculado aos resultados anteriores.

Na prática, como aponta a doutrina, as partes não conseguiam concordar na escolha de um perito único e os laudos dos respectivos peritos não chegavam a um resultado em comum. Aconteceu que o perito “desempatador” indicado pelo juiz acabou sendo uma constante, porque sendo os peritos das partes custeados por elas, o juiz já não confiava no resultado, dada a parcialidade dos profissionais¹⁰.

Em 1973, voltou-se ao regime do perito único e às partes foi dada a faculdade de indicar assistentes técnicos. Estes, no entanto, teriam de ser imparciais¹¹ e deveriam chegar a um laudo único com o perito.

A realidade é que os assistentes não eram imparciais e, então, em 1992 houve nova reforma para que os assistentes técnicos fossem excluídos do rol de pessoas sujeitas ao impedimento e à suspeição.

A Lei 8.455/92 alterou dispositivos do Código de Processo Civil de 73 para excluir expressamente do rol de pessoas sujeitas ao impedimento e à suspeição os assistentes técnicos, já que não são auxiliares do juízo, mas sim da parte¹² (art. 422 do CPC¹³).

O atual artigo 422 do CPC dispõe que o perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso.

⁹ Decreto Lei 8570/46 "Art. 129. Os exames periciais poderão ser feitos por um só louvado, concordando as partes; se não concordarem indicarão de lado a lado o seu perito e o juiz nomeará o terceiro para desempate por um dos laudos dos dois antecedentes, caso não se contente com um destes." <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-8570-8-janeiro-1946-416360-republicacao-34448-pe.html> Acesso em 25/06/2011.

¹⁰ Recomenda-se MARTINS, Samir José Caetano. *A Prova Pericial Civil*. Ius Podivm. Salvador, BA, 2008, rico em detalhes.

¹¹ Redação do CPC de 73 Art. 138. “Aplicam-se também os motivos de impedimento e de suspeição: III – ao perito e assistentes técnicos”. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm Acesso em 25/06/2011.

¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I, 9ª Ed., Revista e atualizada segundo o Código Civil de 2002. P. 424.

¹³ “Art. 422. O perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso. Os assistentes técnicos são de confiança da parte, não sujeitos a impedimento ou suspeição”. (Redação dada pela Lei nº 8.455, de 24.8.1992). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em 25/06/2011.

Antes da reforma de 1992, o artigo 422 previa que o perito e os assistentes técnicos fossem intimados a prestar, em dia, hora e lugar designados pelo juiz, o compromisso de cumprir conscienciosamente o encargo que lhes foi cometido.

José Eduardo Carreira Alvim¹⁴ argumenta que o termo de compromisso existente antes da reforma era um entrave burocrático, que mais se prestava a “atrasar o processo do que qualquer outra coisa”. Alexandre Câmara também suscita que o compromisso não tinha utilidade prática alguma¹⁵.

Interessante o comentário de Moacyr Amaral dos Santos¹⁶ sobre o termo de compromisso do perito e dos assistentes técnicos. Ele destacou que “mesmo no sistema do Código de 1939, que era omissivo a respeito, a prática judiciária, amparada no direito tradicional e da doutrina, o exigia para a validade do laudo pericial”.

Nós temos dúvidas sobre a vantagem de se retirar uma formalidade que obrigava o perito a estar consciente, ainda que em alguns casos apenas formalmente, da seriedade com que seu trabalho deveria ser desempenhado.

Curioso notar que a eliminação do compromisso do nosso direito pátrio foi na contramão do que sistemas mais tradicionais como o inglês implantaria, na mesma década, pelo *Civil Procedure Rules* de 1998. Tais regras preveem que o perito declare no laudo o seu compromisso com a justiça¹⁷, sob pena de exclusão da prova¹⁸.

No Canadá também existe a previsão de assinatura do mesmo termo, conforme documento apresentado no programa acadêmico nacional de peritos promovido pela The Advocate’s Society¹⁹.

Hoje, na prática diária, vemos profissionais que aceitam o encargo de qualquer forma, mesmo que não tenham o *expertise* necessário ao desempenho das tarefas²⁰, ou

¹⁴ ALVIM, J.E. *Carreira. Código de Processo Civil Reformado*. Del Rey. 1996. Pág. 85.

¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Ob. Cit. P. 425.

¹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV. Forense, Rio de Janeiro, 1977. P. 347.

¹⁷ CPR “*Contents of report 35.10 (2) At the end of an expert’s report there must be a statement that the expert understands and has complied with their duty to the court.*” <http://www.justice.gov.uk/guidance/courts-and-tribunals/courts/procedure-rules/civil/contents/parts/part35.htm>. Acesso em 25/07/2011.

¹⁸ EMSON, Raymond N. *Evidence*. 3rd. Basingstoke ; New York: Palgrave Macmillan. (2006): P. 402.

¹⁹ MURRAY, Andrew C. *The Law of Expert Evidence: What Every Prospective Expert Witness Needs to Know*. The Advocate’s Expert Witness Academy. April 28-30, 2011. Form 53. Courts of Justice Act. Acknowledgement of Expert’s Duty. “I acknowledge that it is my duty to provide evidence in relation to this proceeding as follows: a) to provide opinion evidence that is fair, objective and non-partisan; b) to provide opinion evidence that is related only to matters that are within my area of expertise; and c) to provide such additional assistance as the court may reasonably require, to determine a matter in issue.” <http://www.lerners.ca/content/The%20Law%20of%20Expert%20Evidence%20What%20Every%20Prospective%20Expert%20Witness%20Needs%20to%20Know.pdf>. Acesso em 02/07/2011.

os que solicitam aos advogados laudos “modelos” nos quais possam se basear, porque não têm métodos para avaliar, por si próprios, os fatos envolvidos na lide. A redução de burocracia no País não pode servir para a prestação de serviços piores e descompromissados com os ideais de justiça. Talvez a forma adotada previamente à reforma fosse burocrática, mas o ato em si, de expressamente se comprometer a cumprir o encargo de forma consciente, fosse saudável.

Veja-se que a essência do compromisso é de nossa tradição, como se pode observar no art. 415 do CPC²¹, da prova testemunhal. No início da inquirição a testemunha presta o compromisso e ainda é advertida pelo juiz sobre as penalidades da lei se mentir.

Talvez pudéssemos ter desburocratizado o ato, afinal, o perito seria intimado e de qualquer forma analisaria os autos em cartório. Em alguma dessas ocasiões ele poderia assinar o compromisso. No entanto, optou-se por eliminar a previsão de assinatura do termo de compromisso.

Quanto ao regime da perícia em si, embora o sistema atual do perito único esteja em vigor, nada impede que o juiz nomeie mais de um perito, dependendo da complexidade da matéria, conforme reza o art. 439 do CPC, para os esclarecimentos necessários.

O regime atual parece próprio e razoável, mas demanda controle efetivo das partes, dos juízes e dos próprios peritos, na qualidade de auxiliares da justiça, para que a prova reproduza resultados mais próximos da verdade real, como veremos a seguir.

As Reformas no Projeto do Novo Código de Processo Civil

Antes de debater as peculiaridades da prova pericial, cabe aproveitar a discussão na comunidade jurídica em torno do Projeto de Novo Código de Processo Civil (NCPC), para comentar sobre as alterações propostas, que consideramos mais relevantes.

A maioria dos dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 (CPC) que regula a figura do perito e a prova pericial foi mantida.

²⁰ Ler Revista da ABPI (Associação Brasileira da Propriedade Intelectual) 89. Jul/Ago 2007, em que constam 5 pareceres da lavra de Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Freitas Câmara, Denis Borges Barbosa, Ana Paula Buomomo Machado, Cândido R. Dinamarco e Humberto Theodoro Jr. todos a respeito de um mesmo caso questionando a qualificação de um perito.

²¹ “Art. 415. Ao início da inquirição, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado. Parágrafo único. O juiz advertirá à testemunha que incorre em sanção penal quem faz a afirmação falsa, cala ou oculta a verdade”. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em 25/07/2011.

Destacam-se as novidades elencadas no § 1º, do art. 135, § 2º, do art. 136, e parte final do art. 137, todos do projeto do NCPC, que tratam da figura do perito. O projeto do NCPC prevê no art. 135 § 1º (correspondente ao atual 145, § 1º do CPC²²) a inclusão da palavra “preferencialmente”, nos seguintes termos:

Art. 135. Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito.

§1º Os peritos serão escolhidos **preferencialmente** entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, respeitado o disposto neste Código.

A introdução da palavra “preferencialmente” indica a flexibilização da norma, permitindo que sejam aceitos como peritos aqueles que detenham conhecimento específico, mas que não necessariamente tenham concluído uma universidade. Pela leitura do atual art. 145 fica claro que o legislador optou por consagrar a figura do perito vinculado ao requisito do nível universitário, não obstante o § 3º do mesmo artigo preveja a exceção à regra, pela livre escolha pelo juízo, caso na comarca não haja profissional que detenha diploma universitário, ou que seja inscrito em órgão profissional.²³

Diogo Assumpção Rezende de Almeida põe em dúvida a qualificação do profissional sem nível universitário, mas entende que a nomeação nessas condições ainda é melhor do que a supressão da perícia. Ele sugere nessa hipótese, no entanto, que o indicado comprove a experiência e o conhecimento na área. Nesse caso, o escrutínio do juiz, quando da valoração da prova, deve atender a um grau maior de rigidez. O mesmo autor ressalta ainda que para preservar o direito das partes o ideal seria a nomeação de perito capacitado residente em comarca próxima à sede do juízo²⁴.

A doutrina já problematizou a questão das qualidades que o perito deve apresentar. É claro que se espera do portador do diploma um conhecimento aprimorado e é isso que a lei presume, mas perguntas que são sempre suscitadas também pela doutrina brasileira são: será que num país de proliferação de universidades e de facilidades para a obtenção

²² “Art. 145. Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no art. 421.

§ 1º Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, respeitado o disposto no Capítulo VI, seção VII, deste Código”.

²³ “Art. 145. § 3º Nas localidades onde não houver profissionais qualificados que preencham os requisitos dos parágrafos anteriores, a indicação dos peritos será de livre escolha do juiz. § 2º Os peritos comprovarão sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos”.

²⁴ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de Almeida. *A Prova Pericial no Processo Civil. O Controle da Ciência e a escolha do Perito*. Renovar. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2011. P. 65.

de diplomas, a exigência de nível universitário²⁵ garante a produção de uma prova idônea?²⁶

Por outro lado, há certamente situações de caráter prático-técnico que necessitarão de esclarecimentos, que estão aquém daqueles do juízo, cujo conhecimento não detenha o portador do diploma.

Num dos pareceres destacados na Revista da ABPI elaborados pela Professora Ada Pellegrini Grinover, intitulado “Prova Pericial: Conhecimento Técnico Especializado e Perícia Complexa”²⁷, citando Pontes de Miranda, ela lembra que esse ensinava que “a especialidade do perito pode dispensar cultura, e até instrução; pode exigir alto nível de ambas. Daí o perito cientista, de conhecimentos técnicos raros, e o perito analfabeto, como o entendido em extração de borracha no Amazonas ou em podamento de cafeeiro na Colômbia”.

Será que um treinador de cavalos, que cresceu num haras, e não seja portador de diploma, é menos habilitado a identificar problemas comportamentais no animal do que um indivíduo que morou até a fase adulta num grande centro metropolitano, vindo a estudar veterinária?

As respostas a essas perguntas podem ser fáceis na teoria. Quando formuladas no universo da atividade forense podem ganhar contornos de difícil resolução. Vamos imaginar que na situação acima o treinador de cavalos esteja em plena atividade aos 50 anos, tendo nascido num haras e começado a treinar os animais aos 18 anos de idade.

Por outro lado, imaginemos que o estudante de veterinária tenha se formado aos 24 anos e aos 30 sido indicado para perícia para constatação de vício no caráter do animal recém-comprado.

Quem será que estaria em melhores condições de entender os reflexos do animal? Talvez o treinador experiente, talvez o profissional no ramo da veterinária. A escolha dependerá de uma série de fatores. É preciso verificar se o treinador tem certa legitimidade local que avalize seu conhecimento, se o veterinário tem comprovada experiência com o mesmo animal etc. Há casos em que essas situações se resolvem pelo exemplar currículo apresentado pelo profissional e por sua comprovada habilitação para o encargo. O exemplo cabe, no entanto, para aquelas hipóteses que gerem dúvidas.

²⁵ GRECO, Leonardo. Ob. Cit.. Pág. 275. “Mais importante do que o diploma é a notoriedade dos conhecimentos do perito, principalmente, num país de bacharéis como o nosso”.

²⁶ MARTINS, Samir José Caetano. *A Prova Pericial*. Ius Podivm. Salvador, 2008. P. 141. “Mas não se pode deixar de registrar que os bancos universitários, por si só, não preparam o bacharel para o trato de matérias corriqueiras na justiça”.

²⁷ Ob. Cit. P. 3 e ss.

Diante de uma escolha dessas, e para qualquer uma das opções, a decisão de indicação de um ou de outro precisa ser fundamentada pelo juiz²⁸, que deve também ter em mente que às partes é garantido o contraditório e ampla defesa e não só podem como devem questionar a indicação do perito que elas entendam não atender à prescrição legal do conhecimento que o juiz busca.

A dúvida é se os juízes vão utilizar a ferramenta e indicar fundamentadamente o perito que, na opinião deles, detenha o conhecimento mais adequado para o esclarecimento da verdade dos fatos, ou se vão se ancorar no diploma universitário para a nomeação.

Embora a redação proposta no projeto pareça se adequar à realidade, pela sua flexibilidade, para se amoldar melhor no caso concreto em busca da verdade, talvez na prática a ferramenta não seja usada.

Num mundo cada vez mais “litigante” pode ser difícil para o juiz justificar sua decisão, quando a parte questionar a indicação de um perito em detrimento do outro que tenha um diploma universitário, ainda que saibamos que o diploma universitário não seja garantia do conhecimento que se busca.

Em que pesem as observações, o acréscimo, no parágrafo primeiro, deve ser comemorado, restando esperar que ele contribua para melhoria da qualidade da justiça e que seja bem ministrado por juízes e partes que busquem a verdade, seja qual for o esforço para seguir com o perito escolhido.

Quanto aos artigos 136 (correspondente ao atual 146) e 137 (atual 147), a nova redação com seus acréscimos em negrito estão abaixo:

Art. 136. O perito tem o dever de cumprir o ofício no prazo que **lhe assinar o juiz**, empregando toda a sua diligência; pode, todavia, escusar-se do encargo alegando motivo legítimo.

§ 1º A escusa será apresentada dentro de cinco dias contados da intimação ou do impedimento superveniente, sob pena de se considerar renunciado o direito a alegá-la²⁹.

²⁸ Afinal as partes, de acordo com o entendimento moderno e com as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa também são destinatárias das provas. Ver GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil. Processo de Conhecimento*. Vol.II Forense. Rio de Janeiro 2010. P. 110 e 111.

²⁹ O parágrafo corresponde ao atual parágrafo único. “A escusa será apresentada dentro de cinco dias, contados da intimação ou do impedimento superveniente, sob pena de se reputar renunciado o direito a alegá-la”.

§ 2º Será organizada lista de peritos na vara ou na secretaria, com disponibilização dos documentos exigidos para habilitação à consulta dos interessados, para que a nomeação seja distribuída de modo equitativo, observadas a capacidade técnica e área de conhecimento.

Art. 137. O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas responderá pelos prejuízos que causar à parte e ficará inabilitado por dois anos **para atuar** em outras perícias **independentemente das demais sanções previstas em lei, devendo o juiz comunicar o fato ao respectivo órgão de classe para a adoção das medidas que entender cabíveis**³⁰.

Diogo Assumpção Rezende de Almeida³¹ chamou atenção para listas de peritos elaboradas em países da Europa Continental, para a escolha pelo juiz. Ele destaca que na França existe uma lista nacional e uma própria da Corte de Apelação, que servem de subsídio ao juiz, embora os juízes não estejam vinculados a ela. Prossegue indicando que na Itália e na Espanha também existe previsão da existência do rol de peritos dos tribunais.

Na mesma obra o autor recomenda a criação de rol de peritos pelos tribunais para fins de escolha e nomeação do profissional.

O acréscimo do parágrafo no NCPC deverá facilitar o controle da produção da prova pericial pelas partes, no sentido de que, tão logo seja feita a nomeação, as partes tenham imediato acesso às qualidades do perito. Conhecendo sua área de especialização ou *expertise*, as partes terão subsídios para ponderar a necessidade de impugnação da nomeação face ao objeto da perícia.

Não há na lei atual previsão que impeça a elaboração de listas ou de cadastro de peritos, mas é comum que essas listas sirvam para indicação em casos de justiça gratuita³².

Algumas Associações de Classe também disponibilizam nomes de profissionais qualificados para atuar em perícia, como é o caso da Associação Brasileira de Agentes da Propriedade Industrial³³.

³⁰ O atual art. 147 do CPC prevê: O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas, responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado, por 2 (dois) anos, a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção que a lei penal estabelecer.

³¹ 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. Pág. 42, 43 e 183.

³² ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Ob. Cit. Pág. 237-239.

³³ http://www.abapi.org.br/sisperitos1.asp?ativo=Sim&secao=Peritos&subsecao=Localizaçãodeperitos&ti_posistema=pesquisa Acesso em 03/07/2011.

Embora o código em vigor estabeleça os requisitos que os peritos devam atender e determine que eles comprovem sua especialidade na matéria sobre a qual deverão opinar, o que se observa na prática é que muitas vezes os juízes não indicam as qualidades do perito, ou tampouco fundamentam sua escolha no ato da nomeação, cabendo às partes a investigação para eventual impugnação ou a solicitação de esclarecimentos ao juiz.

Em resumo, se a parte não provocar o juízo, ela assumirá, com base na presunção, que o perito é qualificado, quando, na verdade, as qualidades deveriam ser expressas a priori.

Note-se que a busca por informações de peritos, nas varas em que tramitam os processos para os quais foram nomeados, não é garantia de obtenção de respostas esclarecedoras sobre sua qualificação, o que no mínimo impõe um ônus desproporcional às partes que prezam pelas garantias constitucionais para exercício do contraditório e da ampla defesa.

Se a lista for realmente adotada, com superveniência da promulgação de um novo código que mantenha o artigo citado, ela deverá ser um meio rápido e eficaz às partes, para o controle da legalidade da nomeação.

Caso entendam que o perito não possui os conhecimentos necessários, espera-se que as partes tenham as informações para impugnar a nomeação de forma mais eficiente, solicitando a substituição por outro mais qualificado ao trabalho, antes do início da produção da prova.

Considerações sobre a necessidade de Produção da Prova Pericial

Os juízes são conhecedores das leis, mas não se espera deles conhecimentos científicos ou técnicos aplicados em outras áreas, como, por exemplo, na matemática, física, química etc.

Michele Taruffo³⁴ aponta que essa é uma questão problemática em todos os sistemas probatórios e uma das consequências de falta do saber específico é que o julgador pode não ter o conhecimento que se requer, para verificar e avaliar alguns fatos em litígio.

A fim de suprir as lacunas que a falta de conhecimentos específicos produzem, os sistemas processuais criaram o instituto da prova pericial (no Brasil, previsto no art.145 do CPC).

³⁴ TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 2008. P. 90.

Recorre-se a peritos para complementar o conhecimento e oferecer ao julgador as informações técnicas e científicas necessárias para decidir o caso.

Devido à evolução da sociedade e do conhecimento de forma geral, a complexidade permeia os relacionamentos e as situações fáticas diariamente.

Não é por outro motivo que as pessoas se especializam cada vez mais, nas mais diversas áreas, seja no direito, em que se percebe a proliferação de bancas muito especializadas em diversos segmentos, seja no campo das ciências exatas e da tecnologia, entre outros.

Em épocas de tantas demandas, em que o tempo é tão escasso, cabe refletir se realmente estamos utilizando a prova pericial como deveríamos.

Será que usando a desculpa da complexidade da vida moderna não estamos desvirtuando a prova pericial de sua finalidade? Será que realmente estamos observando os pressupostos para a realização da prova pericial, ou a temos solicitado e a deferido de forma burocrática outorgando confortavelmente a um não togado tarefa que não lhe compete?

Conforme lembra Samir José Caetano Martins³⁵: “A coleta da prova pericial pressupõe, de acordo com o parágrafo único do art. 420 do CPC: (i) que haja uma alegação fática a esclarecer cuja apreensão demande conhecimentos específicos, que fujam à cultura do homem comum; (ii) que não haja outro meio de prova hábil a alcançar o esclarecimento específico necessário e (iii) que seja factível a realização da perícia”.

Moacyr Amaral Santos³⁶ enfatiza que o objeto da perícia é o fato e não o direito. E não são quaisquer fatos que podem ser objeto da perícia, mas sim aqueles que escapam ao conhecimento ordinário.

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

A previsão legal está no artigo 130 do CPC, que estabelece que cabe ao juiz determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. O art. 420 do mesmo diploma prevê o indeferimento

³⁵ MARTINS, Samir José Caetano. Ob. Cit. P. 99

³⁶ SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Saraiva. Vol.2. 27ª ed. P. 519

da produção da prova quando a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico, quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas, ou a verificação for impraticável.

Em alguns ramos mais especializados do direito, como no direito da Propriedade Industrial, por exemplo, é comum deparar com partes que requerem a produção da prova pericial quando a matéria de fato já foi provada nos autos, em situação na qual, nitidamente, o que se pretende periciar é o próprio direito.

Esse assunto tem sido debatido na doutrina³⁷ e já é compreendido por boa parte dos magistrados³⁸, mas nem sempre as provas dos autos são analisadas, ou é avaliada a real necessidade da perícia no caso concreto. É ainda corriqueira a aceitação de produção de prova pericial em situações desnecessárias, quase como parte de um rito burocrático, cujo despacho pelo deferimento sequer é fundamentado.

Em conflitos de marcas ou aqueles que envolvam concorrência desleal, por imitação ou reprodução de sinais visualmente perceptíveis usados anteriormente por concorrente, ao contrário, a perícia pode ser dispensada, seguindo entendimento da doutrina especializada³⁹ e de acordo com jurisprudência⁴⁰, a qual estabeleceu que os conceitos de imitação, reprodução ou confusão de marca seriam jurídicos e, portanto, independeriam de produção de prova pericial.

O que se deve verificar é qual seria a melhor solução diante de *hard cases* em que os conceitos jurídicos não possam ser aplicados de antemão. Parece que se excluem

³⁷ Recomenda-se a leitura de CARVALHO, Marcelo Campos e FABRIS, Roner Guerra. “A Prova Pericial nas Ações de Contrafação de Marca”, in Rocha, Fabiano de Bem da. *Capítulos de Processo Civil na Propriedade Industrial*. Lumen Juris. Rio de Janeiro 2009. P. 197 e ss. Ver MENEZES, Paula Oliveira Bezerra de. Perícia em Conflitos de Marcas e Trade-Dress: Transferência da Decisão de Mérito para um Terceiro não Togado?. *Revista da ABPI No. 103*. Nov/Dez. 2009. Fl. 56 e ss.

³⁸ APELAÇÃO CÍVEL – 252672. 6ª Turma. TRF2. ADMINISTRATIVO - REGISTRO DE MARCAS - AGRAVO RETIDO - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - COLIDÊNCIA - NOMES SEMELHANTES - ANTERIORIDADE - IMPOSSIBILIDADE - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. I - Desnecessidade a produção de prova pericial com pesquisa mercadológica quando os dois registros em tela se deram na mesma classe, sendo suficientes à aferição da colidência os elementos trazidos aos autos. II - É vedado o registro de marca que reproduza ou imite, no todo ou em parte, outra anteriormente registrada conforme disposto na Lei nº 5.772/71 e em sua sucedânea de nº 9.279/96. III - Desnecessária a produção de prova pericial mercadológica, notadamente quando as duas marcas são registradas na mesma classe. IV - O público consumidor não pode estar sujeito a possíveis confusões causadas por marcas que não sejam suficientemente diferenciadas. V - Apelações e remessa oficial improvidas. Relator Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER. DJU 07/06/2001.

³⁹ CERQUEIRA, João da Gama Cerqueira. *Tratado da Propriedade Industrial*. Vol. II. RT. São Paulo, 1982. P. 1.128.

⁴⁰ Ver Acórdão em Apelação Cível 86.953-1, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Citado por MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. RT. 2ª Ed. 2011. P. 795.; NEGRÃO, Theotonio; Gouvêa. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37ª Ed. 2005 e em decisões tipo Agravo de Instrumento nº. 2007.035303-6, Rel. Des. Subst. Rodrigo Antônio, 1ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, publicado em 30/09/2008.

dos *hard cases* as situações de reprodução ou imitação de marca ou de *design* perceptíveis num simples olhar, pelo homem comum, na qualidade de consumidor, a quem a lei também se destina a proteger.

Para tanto, é necessário examinar o caso concreto, delimitar o fato objeto da controvérsia, verificar a reputação da marca original, apurar se ela se enquadra em alguma das hipóteses de proteção excepcional, definir o ramo de atuação das empresas, o tipo de público alvo etc.

Sabendo-se dos avanços na área de publicidade e *marketing*, eventualmente, será necessário mais do que um técnico⁴¹, ou mais do que um especialista, para avaliar se o expediente adotado pelo concorrente provoca no comportamento do consumidor a associação, vedada por lei, ainda que inconsciente, com o produto líder de mercado, por exemplo.

É difícil estabelecer regras nessa área e, talvez, nem se queira fixar padrão do que seja proibido, porque a imaginação e o engenho humano seriam capazes de burlá-lo. Todo o arcabouço jurídico é no sentido de justamente evitar a exclusão da ilicitude por meio de burla ao sistema, o que permite a adoção de tipo aberto no campo penal⁴².

Os *hard cases* podem vir autorizar a participação de pessoas que detenham conhecimento científico na área do domínio de conceitos de signos e representação. O estudo das representações visuais e mentais é o tema de duas ciências vizinhas, a semiótica e a ciência cognitiva⁴³, que podem vir esclarecer como o objeto de referência externo refletirá na imagem mental e na sua cognição.

O caso em concreto é que deverá ditar, em casos excepcionais, se do perito se exigem conhecimentos científicos, técnicos ou especializados⁴⁴.

É preciso, portanto, estar alerta para as peculiaridades de cada ramo do direito e participar ativamente nas fases de admissibilidade, produção e valoração da prova, para exercício do controle necessário à evolução em matéria de prova pericial.

Pode ser que a burocratização das perícias se deva ao atual excesso de demandas. Opta-se pelo procedimento que apresente um mínimo de formalidade outorgando às partes ônus que deveria ser distribuído entre elas, juízes e seus auxiliares.

⁴¹. O técnico pode ser aquele que tenha experiência em colidência de marcas ou de símbolos gráficos, notadamente, o agente da propriedade industrial.

⁴² Ver Art. 195, inciso III da Lei 9.279/96 “Comete crime de propriedade industrial quem emprega meio fraudulento, para desviar em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem”.

⁴³ SANTAELLA, Lucia e NÖTH, Winfried. *Imagem. Cognição, semiótica, mídia*. Iluminuras. São Paulo. 2010. P.15.

⁴⁴ Para a definição de conhecimentos científicos, técnicos e especializados ver GRECO, Leonardo. Ob. Cit. P. 272 e ss.

O resultado do excesso de demandas, que não são comportadas por nossas infraestruturas, com poucos juízes para determinado número de cidadãos e com pouco tempo para julgar, mantendo-se a qualidade exigida pelo sistema jurisdicional, são partes insatisfeitas com a obtenção de resultados baseados em laudos que não contam com a credibilidade exigida e sentenças que simplesmente ratificam laudos sem a adequada valoração e fundamentação.

A insatisfação com o poder judiciário é generalizada. Os juízes reclamam do excesso de trabalho, as partes reclamam da morosidade e os advogados encontram dificuldades quando tratam de assuntos especializados, principalmente em comarcas do interior em que há pouquíssimas varas, para não falar das varas únicas.

Seguindo a mesma linha de Luís Fernando de Moraes Manzano⁴⁵, pode ser que a criação de mais Varas e Tribunais especializados traga benefícios aos jurisdicionados.

Seja como for, é necessário repensar o que faremos de nosso sistema judiciário para reprogramarmos metas e restabelecer o prestígio da administração da justiça.

Atendidos os Pressupostos, ou Não, à Perícia!

Uma vez verificados os pressupostos, ou não tendo a parte logrado êxito em mostrar que a perícia era dispensável ante outras provas carreadas aos autos, e deferida a produção da prova pericial, às partes cabe o controle na sua fase de produção iniciando pela escolha do perito.

Embora o perito seja da confiança do juiz, é ônus das partes verificar se ele preenche as qualidades para a perícia a ser realizada.

Como dito, os ramos das ciências, técnicas e os conhecimentos se especializaram. Dependendo do grau de complexidade do fato litigioso, é importante que as partes sejam claras na indicação da perícia e que previamente postulem a produção da prova para o objetivo almejado, qualificando o tipo de profissional mais indicado para a perícia.

A indicação de perícia “com objetivo de”, mas sem indicação do ramo de especialização mais adequado, coloca nas mãos do juiz a tarefa da indicação. Nem sempre o profissional escolhido será o mais adequado ao encargo. Muitas vezes sequer o nome do perito vem acompanhado da sua especialidade.

⁴⁵ MANZANO, Luís Fernando Moraes de. *Prova Pericial. Admissibilidade e Assunção da Prova Científica e Técnica no Processo Brasileiro*. São Paulo: Editora Altas S.A. 2011. P. 231.

Caso isso ocorra, é imperioso que as partes questionem a habilitação do profissional previamente ao início dos trabalhos, impugnando, se for o caso, a nomeação.

Acreditamos, como já mencionado, que a perícia acabou por se transformar numa prática burocrática, com seus ritos próprios. É cômodo não questionar a pessoa de confiança do juiz, é cômodo não controlar a forma como a perícia caminha, relegando o resultado final à sorte e esperando que todos ajam conscienciosamente.

É direito da parte saber da qualificação do perito, no momento de sua nomeação. Para o juiz, que presumidamente conhece o perito, não deveria ser problemático acrescentar essa informação. Por outro lado, se não o faz, à parte interessada restam pouquíssimos dias para investigar e impugnar a nomeação, ou opor embargos de declaração para o esclarecimento.

Impor à parte a nomeação sem esclarecimento e não questioná-la é abandonar o processo garantístico e efetivo e entregá-lo à sorte.

O Perito Formal e o Perito Ideal

A lei elenca as hipóteses de cabimento da perícia e determina requisitos que o perito deva preencher. Não existe uma forma preestabelecida de como o perito é indicado, nem de como se apresenta em juízo. O perito formal é aquele extraído da lei crua.

Na ausência de prescrição de certas formalidades durante toda a fase da prova pericial, entende-se que deveriam ser empregadas formas ótimas de conduta de finalidade prática.

Ora, se o perito é de confiança do juízo, que se indique a qualificação na nomeação. Caso não se faça isso, que se deixe afixado no cartório o currículo do perito.

Outra prática que refletiria a atividade de um perito ideal seria que o próprio, ao propor seus honorários, anexasse seu currículo, dando plena ciência às partes da sua habilitação.

Caminhamos rumo à adoção de técnicas processuais efetivas, buscando o equilíbrio entre forma e finalidades dos atos processuais⁴⁶, com muitos entusiastas que defendem a flexibilização procedimental⁴⁷.

⁴⁶ Ler BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2ª Ed. São Paulo, Malheiros 2007.

Esclarece-se que a proposta não é prescrever formas que sequer estão previstas em lei, mas sugerir práticas que atendam a uma finalidade específica, qual seja, dar conhecimento às partes, sem que a elas recaia o ônus da investigação e questionamento excessivo em prazos mínimos, de requisitos que são previstos em lei (arts. 145 a 146 do CPC).

O conhecimento das qualidades do perito quando da nomeação garante o contraditório e a ampla defesa, a efetividade do processo e sua celeridade, além de revestir o ato de mais seriedade e de respeito com as partes.

Identificação dos Problemas que Afetam o Resultado da Prova Pericial

Conforme estudo recente de 2008, de Déirdre Dwyer⁴⁸, as reclamações sobre a parcialidade dos peritos na Inglaterra remontam à primeira metade do século XIX.

Na década de 1970, nos Estados Unidos, houve um aumento expressivo da preocupação com relação à prova pericial. Muitos sustentavam que a parcialidade dos peritos era proporcional ao valor dos seus honorários, ou, vulgarmente falando, “os peritos diriam aquilo que eram pagos para dizer”, e até mesmo que eles inventariam métodos científicos para produzir resultados que dessem apoio ao caso da parte contratante, constituindo verdadeira má-ciência⁴⁹.

Déirdre Dwyer aponta que isso é comum, especialmente, nos Estados Unidos em função do próprio sistema, em que é necessário provar, a cada julgamento, a credibilidade do perito. Tanto as partes almejam comprovar a credibilidade do seu perito, como desacreditar a do outro. Além disso, pode haver pressão política muito forte para impedir a realização de certas perícias, para reduzir as chances de êxito em certos tipos de litígios.

O mesmo autor, citando Edmond e Mercer, explica que o aumento da preocupação com “*junk science*” (má ciência, tradução livre), nos anos 1990, culminando no caso *Daubert*, pode ser visto como uma tentativa de grandes corporações, particularmente da indústria farmacêutica, de enfraquecer as ações para reparação de danos, ajuizadas contra elas.

⁴⁷ TAVARES, Luiz Marcelo Cabral. Perspectivas da flexibilização procedimental na experiência brasileira em face do substitutivo do senador Valter Pereira ao projeto de lei no senado n. 166, de 2010. Revista Eletrônica de Direito Processual. Ano 5. 7º Volume. Disponível em http://www.redp.com.br/arquivos/redp_7a_edicao.pdf. Acesso em 26/06/2011.

⁴⁸ Dwyer, Déirdre M. *The Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge, UK; New York: Cambridge University Press. 2008. P. 228 e ss. O autor é *fellow* da Academia Britânica de Pós-doutorado da Universidade de Oxford e *fellow* pesquisador da Pembroke College.

⁴⁹ Dwyer, Déirdre M. ob. Cit. P. 228

O caso *Daubert*, ainda na leitura dele, poderia ser uma indicação de que as cortes federais americanas entenderam que a parcialidade dos peritos, extensivas à criação de *junk science* para fins de litígio, representavam uma verdadeira ameaça à administração da justiça.

Nos Estados Unidos vigora o sistema dos peritos indicados pelas partes semelhante ao sistema adotado por nós em 1946, mas existe também a possibilidade de o Tribunal nomear peritos de ofício, designar perito indicado pelas partes ou selecioná-lo de maneira autônoma. Michele Taruffo⁵⁰, entretanto, ensina que quase nunca se aplica essa faculdade.

Embora a prova pericial nos Estados Unidos seja apresentada em forma de testemunho, há uma diferença essencial entre a prova testemunhal *per se* e o testemunho do *expert*. Como regra geral, a testemunha não pode expressar sua opinião sobre fatos, enquanto que o *expert* vai exatamente emitir seu entendimento a partir de conhecimentos pessoais sobre os fatos relevantes e responder a perguntas elaboradas pelas partes e pelo Tribunal. Apesar disso, a opinião será baseada em fatos que devam ser comprovados e em dados e informações científicas e técnicas confiáveis.

O sistema de prova pericial na *common law*, em especial aquele adotado nos Estados Unidos, recebeu nas últimas décadas muitas críticas, porque os peritos são sujeitos reconhecidamente parciais, escolhidos e pagos pelas partes, para dar uma opinião que lhes seja favorável. Muitos não apresentam qualificação desejável e, como visto na doutrina pesquisada, a opinião frequentemente não é dotada de credibilidade. Michele Taruffo faz alusão inclusive a uma espécie de "mercado de peritos" que ficam a espera de clientes, com qualificação não muito boa, disponíveis a empregar esforços para favorecer uma ou outra parte.

Aparentemente, essa prática está tão enraizada na cultura americana, entre juízes e advogados, que parece difícil mudá-la.

Na Inglaterra já em 1947 identificaram alguns problemas com relação à parcialidade dos peritos que afloraram nas cortes civis também na década de 1990. Uma série de eventos e publicações culminaram com a revisão do instituto da prova pericial. Lord Woolf criticou muito o uso da perícia como “armas do sistema adversarial”⁵¹. Naquele país as mudanças no tratamento dado à figura do *Expert* vieram com o CPR (*Civil Procedure Rules*, conhecidas como “as Reformas Woolf”), chamando o perito à responsabilidade de atuar de forma independente e em prol da justiça.

⁵⁰ TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires. 2008. P. 91.

⁵¹ Dwyer, Déirdre M. ob. Cit. P. 232

Ambos os ordenamentos não só identificaram problemas que afetam o resultado da prova pericial, como efetivaram alterações no modo como tratavam a prova e propuseram critérios para a sua admissão, visando à obtenção de resultados confiáveis, como aconteceu nos Estados Unidos, em decorrência do julgamento do caso *Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, citado.

As críticas surtiram efeito e as *Federal Rules of Evidence* sofreram emendas nos Estados Unidos no ano de 2000, para adequação à jurisprudência e determinação de *standards* à admissibilidade de provas científicas.

Para a admissão das provas periciais nos Estados Unidos, o *expert* deve se basear em fatos e dados suficientes, utilizar métodos e princípios confiáveis, que se adequem perfeitamente aos fatos do caso concreto⁵².

Para Michele Taruffo⁵³ embora alguns sistemas de produção e valoração da prova pericial sejam diferentes, todos eles apresentam problemas que são comuns entre si.

Um deles é que o campo de aplicação da prova pericial é extenso e ela abordará uma gama de assuntos, sejam gerais, específicos, científicos ou técnicos muito diversificados, daí a necessidade da manutenção de flexibilidade e versatilidade para se lidar com as provas periciais. Afinal, elas devem se adequar a cada tipo de situação, que pode variar muito.

Ele também frisa que as garantias do devido processo legal devem ser observadas no contexto da prova pericial e que a tendência em todos os sistemas é a de que as partes tenham oportunidade de participar ativamente nas atividades do perito⁵⁴.

No Brasil, nosso sistema também enfrenta críticas na doutrina, porque os resultados da prova pericial não recebem controle adequado.

Diogo Assumpção Rezende de Almeida aponta causas da falta de controle sobre o resultado da prova pericial, como, por exemplo, a forma de eleição e nomeação dos peritos, que são pessoas de confiança do juiz⁵⁵, presumindo-se sua idoneidade, imparcialidade e que suas qualidades são aquelas recomendadas para o caso em concreto.

⁵² TARUFFO, Michele. La Prueba. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires. 2008. Pág. 92.

⁵³ Taruffo, Michele (2008): La prueba. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. P. 96

⁵⁴ No Brasil pode ser observada a garantia da participação da parte ou de seus assistentes técnicos nos arts. 425, 431-A e 435 do CPC.

⁵⁵ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Ob. Cit. P. 76.

A confiança que se deposita nos peritos escolhidos pelo juiz acaba por transformá-los nos verdadeiros juízes da causa⁵⁶.

Moacyr Amaral Santos⁵⁷ ensina que, embora reze no art. 131 do CPC que o juiz apreciará livremente a prova, isso não implica a adoção do sistema da livre convicção, mas sim que o juiz tem liberdade de apreciar livremente os elementos de prova, não estando sujeito a seguir regras que atribuam valor qualitativo aos meios de prova. A liberdade não é arbitrária, já que ele deverá indicar na sentença os motivos que formaram seu convencimento.

Embora no ordenamento jurídico pátrio tenhamos optado pelo sistema da persuasão racional para apreciação das provas, observa-se na prática que muitas vezes a prova pericial acaba tendo um peso muito maior do que outras evidências carreadas aos autos, como se vivêssemos sob o sistema de provas tarifadas, em que cada uma tem um valor diferente pré-determinado.

Infelizmente, não é incomum deparar com sentenças que fazem alusão exclusivamente aos resultados da prova pericial, muitas vezes questionados e impugnados, seja pelas próprias partes ou por seus assistentes técnicos, que não merecem qualquer atenção na fundamentação. Ou seja, as sentenças são cegamente baseadas no laudo do perito, sem qualquer justificativa da opção de se ter seguido o laudo, em detrimento de outras provas cabais nos autos, sobre o fato litigioso.

Enquanto nos Estados Unidos os *Experts* são tratados como mercenários inescrupulosos, resultando nas regras rígidas de exclusão, a solução na Inglaterra foi restaurar as noções de conduta decente e atuação justa do perito, exemplo a ser seguido⁵⁸.

Em que pese a deficiência no controle da produção da prova, é necessária a retomada de valores e de consciência de todos os envolvidos no processo sobre o papel da prova pericial na busca da verdade, chamando cada um a ser fiel às suas obrigações e deveres perante a justiça.

Quesitos como Forma de Controle da Elaboração do Laudo, o Laudo em Si, Laudo e seus Efeitos e Impugnação

⁵⁶ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil. Processo de Conhecimento*. Vol. II. Rio de Janeiro. Forense. 2010. P. 275.

⁵⁷ SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 27ª Ed. Saraiva. 2011. P. 425.

⁵⁸ Dwyer, Déirdre M. ob. Cit. P. 347

Embora alguns sistemas de produção e valoração da prova pericial sejam diferentes, eles pretendem resolver problemas que são comuns a todos, que em duas palavras seriam a credibilidade e a confiabilidade da prova.

Michele Taruffo frisa que as garantias do devido processo legal devem ser observadas no contexto da prova pericial e que a tendência é que as partes tenham oportunidade de participar ativamente nas atividades do perito. Outro princípio comum nos sistemas de *civil law*, presente no direito brasileiro (art. 436 do CPC), é que o resultado da prova pericial, por mais persuasivo que seja, não vincula o julgador. É a ele que cabe valorar a prova⁵⁹.

No Brasil pode ser observada a garantia da participação da parte na perícia ou de seus assistentes técnicos nos arts. 425, 431-A e 435 do CPC .

É fácil imaginar que os assistentes participem de uma vistoria, um exame ou que estejam presentes para avaliar determinada situação, por exemplo, acompanhar uma diligência para exame de paciente em leito hospitalar, para vistoriar serviços realizados ou estados de coisas, acompanhar testes laboratoriais, isso tudo parece viável.

Mas há perícias que não dependem necessariamente de uma pesquisa prévia de campo, ao contrário, o laudo será elaborado na conveniência do perito, sem que, para isso, seja necessário ouvir ou interagir com outras pessoas.

Esse tipo de perícia é comumente realizada na área da Propriedade Industrial em avaliação de conflito de marcas. Basicamente, o perito fará a análise que o juiz faria, ou seja, apreciará as marcas sucessivamente, sem confrontá-las, a fim de verificar se a impressão causada por uma recorda a impressão deixada pela outra⁶⁰, seguindo o critério de apreciação das semelhanças entre as marcas e não das suas diferenças. O que o perito deve observar é a impressão deixada pelas marcas no seu conjunto e não nos detalhes.

Nos Estados Unidos, como visto, para a admissão de provas periciais o *Expert* se baseará em fatos e dados suficientes, utilizará métodos e princípios confiáveis e esses se adequarão perfeitamente aos fatos do caso concreto.

O recurso à ciência para colheita e informação de dados sobre fatos em juízo aumentou muito nas últimas décadas. A proliferação de casos que invocavam a prova científica foi demasiada, despertando na comunidade jurídica, em especial nos Estados

⁵⁹ TARUFFO. Ob. Cit. Pág. 96.

⁶⁰CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*, 2ª ed. Editora RT, São Paulo 1982, P. 919.

Unidos, o interesse em investigar o que seria ciência e que tipo de ciência poderia ser admitida e usada em ações judiciais.

Michele Taruffo discorre que a ideia comum de ciência como fonte de prova judicial mudou. Segundo ele, tradicionalmente o uso probatório da ciência consistia em provas periciais no campo da medicina, química, engenharia e às vezes física e matemática. Apenas algumas ciências exatas eram consideradas. Todas as outras, exceto algumas matérias técnicas como a mecânica e a construção, eram julgadas a partir do conhecimento calcado na cultura média do julgador.

O autor prossegue expondo que hoje o panorama das ciências que podem oferecer provas judiciais é completamente diferente.

As ciências são cada vez mais especializadas e sofisticadas e não abordam somente a área de ciências exatas, incluindo-se nesse rol a genética, toxicologia, epidemiologia, bioquímica; mas humanas e sociais também, como a sociologia, economia, psicologia etc., consideradas possíveis fontes de prova no processo civil.

O aumento considerável dessas fontes trouxe ao mercado novos peritos e novos problemas, como, por exemplo, a dificuldade de se controlar a qualidade da perícia.

Outro aspecto, além da problemática da credibilidade da perícia na pessoa do perito, foi separar a boa ciência da má ciência. A má ciência, *junk science*, ou pseudociência carece de validade científica e não pode servir de fonte confiável de prova para determinar ocorrência do fato controverso.

Michele Taruffo ainda exemplifica essas ciências más como a grafologia, máquinas da verdade etc. Até mesmo as provas que consistem em exame de DNA, consideradas científicas, estão sendo reavaliadas e podem ser impugnadas segundo o autor.

A profusão e busca desenfreada pela prova científica que apresentava falhas, por se tratar de prova complexa e delicada, por não se saber se o resultado alcançado seria confiável, se os peritos eram qualificados, se os resultados induziriam em uma valoração errada da prova, se os julgadores seriam enganados por elas acerca dos fatos postos em discussão, despertou a atenção dos operadores do direito e foi no caso *Daubert*, nos Estados Unidos, que a questão foi analisada profundamente.

O caso *Daubert vs Merrell Dow Pharmaceuticals* de 1993 é apontado pela doutrina como o caso marco dessa reflexão.

Nesse caso a Suprema Corte Americana estabeleceu alguns critérios de que o juiz deveria se utilizar como “filtro” de admissibilidade de provas, para permitir a produção de provas que se baseiem em ciência válida. Os critérios foram a) a falseabilidade da teoria e da técnica aplicada; b) o conhecimento da margem de erro; c) a publicação de dados em revistas científicas com *peer review*; d) a aceitação geral de tais dados por parte da comunidade científica relevante.

Vale anotar que, ainda que bem fixados, tais critérios não deixam de ser objeto de discussão e merecem estudo à parte, a exemplo dos comentários de Luís Fernando de Moraes Manzano sobre a limitação do processo de revisão científica, *peer review* e publicações⁶¹.

Em artigo publicado na conhecida revista especializada em ciências e medicina – Nature – Peter A. Lawrence⁶² faz um apelo aos autores, revisores e editores para que ajudem a proteger a qualidade das pesquisas, que se encontram comprometidas pela superveniência de interesses comerciais e políticos, pela pressão da comunidade científica na publicação, a qualquer preço, nas revistas mais lidas, para fins de pontuação em índices de *performance* pessoal e consequente ascensão profissional. Segundo o crítico, considera-se a publicação em si mais importante do que a mensagem científica que deveria estar presente nela.

No caso *Daubert*, a Corte ressaltou que as provas científicas só deveriam ser admitidas quando para apurar fatos litigiosos e quando relevantes para a decisão sobre esses fatos. Os critérios foram discutidos, criticados e interpretados, mas a linha adotada em *Daubert* foi confirmada em outras decisões da Suprema Corte. Tanto foi assim que em 2000 as regras 702 da *Federal Rules of Evidence* (Lei Probatória Federal) foram alteradas.

⁶¹ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Ob. Cit. São Paulo. Atlas. 2011. P. 202 e ss. “O processo de revisão científica tem as suas limitações. Um “relatório dos amigos” em *Daubert*, elaborado em homenagem a vários cientistas, notou que o sistema de revisão científica não é voltado a revelar a “verdade” e a publicação não significa que o conteúdo do artigo tenha “aceitação geral” ou represente um consenso na comunidade acadêmica. Além disso, eles observaram que os boletins de revisão científica não refazem nem verificam as experiências; tampouco eles asseguram que a informação contida no artigo seja válida ou, de outra parte, que represente “boa ciência”. Eles também assinalaram que frequentemente apenas dois árbitros são selecionados e esses indivíduos despendem uma média de “2,4” horas revisando cada manuscrito. Mesmo com estas limitações, entretanto, a revisão científica permanece sendo um importante guardião da confiabilidade da prova pericial. O significado da expressão *peer review* é pouco entendido pela própria doutrina estadunidense. *Peer review* nada mais é do que a publicação em periódicos de referência, como, nos Estados Unidos, as revistas *Science*, *Nature* e o *Journal of the American Medical Association*. Não significa que um segundo examinador revisou o trabalho do primeiro. Além do mais, a publicação, por si, não é o mesmo que publicação em jornal de referência. Ademais, publicações como o *Journal of Forensic Sciences*, embora sejam objeto do processo de revisão científica, não são lidas fora da comunidade científica forense e, portanto, não se submetem à revisão da comunidade científica acadêmica”.

⁶² LAWRENCE, Peter A. *The Politics of Publication*. Nature. Vol. 422. 20 de março de 2003. Em www.nature.com/nature.

Segundo a doutrina, os critérios lançados no *Daubert* realmente demonstram que naquele caso específico os problemas mais sérios com relação à prova científica foram confrontados, servindo de guia para outros sistemas jurídicos. Foram abordados os problemas de validade, credibilidade e o uso correto da ciência como fonte de prova.

Tais critérios foram muito importantes para estabelecer parâmetros objetivos para a admissibilidade da prova, afinal, nos Estados Unidos o juiz tem a incumbência de ser um *gatekeeper* no que se trata de admissibilidade de provas, ou de apreciação da confiabilidade da prova⁶³.

Mas a questão de suma importância nos sistemas de *civil law* é a valoração que o juiz faz posteriormente, com base no resultado do trabalho do perito. Nesses sistemas, é nessa etapa que o juiz vai avaliar a validade da prova científica.

Nessa esteira, as partes podem e devem efetivamente controlar a credibilidade da prova desde a sua propositura, controlando a finalidade para fins de admissibilidade, e durante a fase da produção, através de quesitos ou quesitos suplementares, já que o prazo para apresentação de quesitos é igualmente exíguo para certas circunstâncias.

Poderiam constar como quesitos perguntas formuladas ao perito sobre a metodologia usada, sobre se a mesma poderia ser testada, sobre a margem de erro e sua aceitação na comunidade especializada no assunto, na mesma linha do teste *Daubert*, usado nos Estados Unidos como controle de admissibilidade da prova pericial.

É primordial também examinar se o fato litigioso é objeto real de prova pericial, ou acabar-se-á por tornar mais frequentes as delegações das tarefas do juiz ao perito.

Conclusão

É compreensível que os patronos das partes usem técnicas processuais diversas na defesa dos interesses de seus clientes.

Por outro lado, o contraditório e ampla defesa garantem ao advogado da parte adversa a oportunidade de questionar a admissão, produção da prova pericial, de questionar a qualificação do perito, bem como o resultado veiculado no laudo pericial.

Além disso, contamos com um juiz que deve dirigir o processo da forma mais eficiente e eficaz possível ao lado dos auxiliares da justiça, de quem se espera igualmente comprometimento e seriedade nos trabalhos a seu encargo, sendo seu dever ter consciência da sua responsabilidade de modo a prestar o melhor serviço possível.

⁶³ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Ob. Cit. São Paulo. Atlas. 2011. P. 207.

Defende-se o mesmo entendimento de Samir José Caetano Martins⁶⁴ no sentido de que as partes devem adotar a postura de controlar a prova pericial, não só no que diz respeito à qualificação do perito, mas em todas as etapas da prova, como mencionado acima.

Claro que não se tem como prever quais os tipos de perícia serão demandadas no judiciário, mas talvez a especialização do magistrado em áreas específicas do saber jurídico, contribuísse para o resultado de decisões mais legítimas, no sentido de que analisariam melhor os pressupostos de realização da perícia, seu cabimento, a produção, a adequação perito – objeto da perícia, visando a não delegação da decisão a um não togado etc.

A pretensão não era esgotar o tema, mas fomentar a reflexão sobre o compromisso dos operadores do direito com a produção idônea da prova pericial, com o aperfeiçoamento e minimização das falhas que o instituto pode apresentar.

Propõe-se a retomada da adequação de comportamento e atitude dessas personagens essenciais à administração da justiça em prol da obtenção da demonstração da verdade real, de forma eficiente e fundamentada.

Referências Bibliográficas:

- Academy of Experts (2004): CPR Code of Guidance for Experts and those Instructing them. Online em <http://www.academy-experts.org/docs/CodeofGuidance.PDF>, atualizado em 26/08/2004, acesso em 20/07/2011.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A Prova Pericial no Processo Civil. O Controle Ciência e a Escolha do Perito*. Rio de Janeiro: Renovar. 2011.
- ALVIM, J.E Carreira . *Código de Processo Civil Reformado*. 3ª Ed. Del Rey. 1996.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas: *Lições de Direito Processual Civil*. 9ª, revista e atualizada segundo o Código Civil de 2002. I.
- CERQUEIRA, João da Gama Cerqueira. *Tratado da Propriedade Industrial*. Vol. II. RT. São Paulo, 1982.
- DWYER, Déirdre M. *The Judicial Assessment of Expert Evidence*. Cambridge, UK. New York: Cambridge University Press. 2008.

⁶⁴ MARTINS, Samir José Caetano. Ob. Cit. P. 171. “O melhor entendimento é o de que a parte deve impugnar a nomeação no prazo de cinco dias contados da data em que teve conhecimento da decisão (aplicando-se o art. 185 do CPC na falta de prazo específico). Não se pode admitir que a parte, comodamente, aceite a nomeação de perito que sabe ou deva saber (pois lhe cabe interpelar o juiz, via embargos de declaração para esclarecer qualquer dúvida) não deter a capacitação técnica necessária e resolva, diante do laudo pericial, tumultuar o processo suscitando tardiamente um incidente motivado unicamente pelo fato de as conclusões do laudo pericial não lhe convirem”.

- EMSON, Raymond N. *Evidence*. 3rd. Basingstoke; New York: Palgrave Macmillan. 2006.
- ENGLAND, Paul. *Expert Privilege in Civil Evidence*. Oxford: Hart. 2010.
- FEDERAL RULES OF EVIDENCE :: TITLE 28A — JUDICIARY AND JUDICIAL PROCEDURE (APPENDIX) :: US Code :: Codes and Statutes :: Law :: Justia. Online em http://law.justia.com/codes/us/title28a/28a_5_.html, acesso em 6/04/2011.
- GAMBA, Paul. *Protocol for the Instruction of Experts to give Evidence in Civil Claims*. 2009. Em http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/form_section_images/practice_directions/pd35_pdf_eps/pd35_prot.pdf, updated on 19/08/2009, acesso 19/07/2011.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil. Processo de Conhecimento*. 1ª Ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense. 2010.
- LAWRENCE, Peter A. *The Politics of Publication*. Nature. Vol. 422. 20 de março de 2003. Legislativo. Civil Procedure Rules da Inglaterra. Em <http://www.justice.gov.uk/news/index.htm>, atualizado em 19/07/2011, acesso em 19/07/2011.
- MADURO, Flávio Mirza et al. *Ensaio sobre Justiça, Processo e Direitos Humanos II. Notas sobre a questão da verdade no direito processual*. 1ª. Petrópolis: Universidade Católica de Petrópolis. 2009.
- MANZANO, Luís Fernando Moraes de. *Prova Pericial. Admissibilidade e Assunção da Prova Científica e Técnica no Processo Brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. RT. 2ª Ed. 2011.
- MARTINS, Samir José Caetano. *A Prova Pericial Civil*. Bahia: Ius Podivm. 2008.
- MENEZES, Paula Oliveira Bezerra de. *Perícia em Conflitos de Marcas e Trade-Dress: Transferência da Decisão de Mérito para um Terceiro não Togado?*. Revista da ABPI No. 103. Nov/Dez. 2009.
- MURRAY, Andrew C. . *The Law of Expert Evidence: What Every Prospective Expert Witness Needs to Know*. Lerner LLP Barristers and Solicitors. Presented at the Advocate's Society National Expert Witness Academy. 2011. Em <http://www.lerner.ca/content/The%20Law%20of%20Expert%20Evidence%20What%20Every%20Prospective%20Expert%20Witness%20Needs%20to%20Know.pdf>, acesso em 18/07/2011.
- NEGRÃO, Theotônio; Gouvêa. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37ª Ed. 2005
- Revista da ABPI Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Edição Especial (2007) (89).
- ROCHA, Fabiano de Bem da et al. *Capítulos de Processo Civil na Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.
- SANTAELLA, Lucia e NÖTH, Winfried. *Imagem. Cognição, semiótica, mídia*. Iluminuras. São Paulo. 2010.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª. Ed. Vol. IV: Forense. 1977.

- _____. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 27^a. São Paulo: Saraiva (2). 2011.
- TAVARES, Luiz Marcelo Cabral. Perspectivas da flexibilização procedimental na experiência brasileira em face do substitutivo do senador Valter Pereira ao projeto de lei no senado n. 166, de 2010. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Ano 5. 7^o Volume. Disponível em http://www.redp.com.br/arquivos/redp_7a_edicao.pdf. Acesso em 26/06/2011.
- TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 2008.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto: *Curso de Direito Processual Civil*. 27^a Ed. I: Revista Forense.

O ABUSO DO PROCESSO POR INTERMÉDIO DA DEFESA HETEROTÓPICA

Rafael de Oliveira Rodrigues

Procurador do Estado de São Paulo, lotado na Procuradoria Fiscal, especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP e especialista em Direito Tributário pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo.

Resumo: O sistema processual confere aos seus usuários um plexo de situações equivalentes a direitos subjetivos que devem ser exercidas dentro de limites. Ao ultrapassá-los, o sujeito incorre em abuso do sistema, fato que não merece acolhida. Dentro dessa ordem de ideias, no específico caso dos meios autônomos de defesa do executado, faz-se importante estabelecer limites de atuação e verificar casos em que o executado exorbita esses lindes, caracterizando essas situações como abusivas do processo.

Abstract: The procedural system gives its users a complex of situations the equivalent legal rights that must be exercised within limits. By overcoming them, the subject incurs abuse of the system, a fact that can not be accepted. Within this order or ideas, it is important to establish limits of performance and see where it goes beyond these limits, featuring such situations as abusive process.

Palavras-chave: Abuso do processo, formas de defesa do executado, defesa heterotópica, princípio da proporcionalidade.

1. Introito

O direito processual, assim como o direito material, deve ser exercido dentro de limites, de forma a evitar que se incorra em abusos, que devem ser expurgados.

No caso do processo, o ordenamento coloca a disposição do sujeito uma série de meios ou instrumentos que devem ser utilizados de forma a melhor atender às suas estratégias.