

PREFÁCIO

A comunidade jurídica receberá com ávido interesse a obra *Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro*, do renomado advogado e professor Danilo Knijnik.

O autor possui uma destacada carreira acadêmica e consegue, com raro talento, conciliar uma sólida advocacia com a denodada pesquisa científica; e seus escritos, a um só tempo, são profundos e sintonizados com as perplexidades da aplicação cotidiana do direito.

A obra que agora se apresenta trata de assunto pouco explorado na prática: como lidar com a prova pericial, seja de natureza técnica, seja de natureza científica, em casos complexos ou, num plano mais abstrato, da relação entre a ciência e o processo.

Segundo o autor, uma das marcas atuais do princípio do livre convencimento e da prova judiciária é o que ele chama de risco de não esclarecimento. Juízes se deparam com a contingência, no seu fazer diário, de julgar perante um estado de dúvida, maior ou menor, mas geralmente presente, seja pela complexidade técnica de assuntos introduzidos pela perícia, seja pela eventual discordância entre os experimentados da área.

Para Danilo Knijnik, essa contingência é dificultada por um paradoxo: o juiz nomeia um perito porque não tem conhecimento de determinada arte, técnica ou ciência. Todavia, o sistema lhe dá a incumbência de aceitar ou rejeitar as conclusões desse mesmo *expert*. Tudo se torna mais complexo porque, também segundo o autor, a introdução da ciência no processo não se dá de maneira imaculada, senão que mediante discursos no mais das vezes tendenciosos, que objetivam a satisfação de suas pretensões. Desenvolvendo esse tema, o autor vislumbra uma situação-limite difícil de resolver, qual seja, a hipótese de contradição entre perícias num mesmo processo.

A obra também apresenta uma crítica construtiva sobre certos maneirismos da experiência jurisdicional, utilizados para superar as dúvidas na valoração da prova técnica. O autor cita a repetição exaustiva, em acórdãos e julgados, de que o juiz é o destinatário da prova, decidiu com base em seu livre convencimento e que o *expert* goza da confiança do magistrado que o nomeou. Danilo defende que tais aforismos não passam de fórmulas vazias, portas abertas para o arbítrio. De fato, quem está acostumado à prática judiciária não raro sente a tentação de resolver as

pendências do juízo de fato recorrendo a figuras desse tipo, que o autor rotula de vazias e meramente retóricas, propondo seu abandono.

Na construção de uma solução satisfatória, o autor discute as metodologias consagradas nas decisões de cortes estrangeiras, em especial americanas, passando em revista o acórdão *Frye*, de 1923, e sua progressiva erosão entre os anos de 1983 e 1999 pela trilogia *Daubert-Joiner-Kumho*. Finalmente, examina a formulação proposta pelo art. 473, III, do Código de Processo Civil atual, elegendo método “predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou” como critério orientador da perícia.

Sem dúvida, o ponto alto da obra está no modelo que o autor propõe para superar as dificuldades trazidas pela prova pericial, na terceira parte do livro, caracterizado por um detalhamento impressionante, espécie de *check list* dos quais juízes e advogados seguramente poderão servir-se, diante das difíceis controvérsias periciais.

A par da profundidade acadêmica da obra, fruto de cuidadoso estudo e detida reflexão, o autor traz uma alentada pesquisa de jurisprudência que permite ao leitor cotejar a melhor doutrina com o trato dado pelos tribunais aos temas jurídicos examinados.

Em tempos de uma sociedade mais atenta e que deposita na seara jurídica a expectativa de solução de muitos problemas, a obra é alentadora e fornece o que se propõe desde o início: tratar com profundidade e seriedade da prova pericial, seja de natureza técnica ou científica, apontando soluções seguras.

Como magistrado há mais de 24 anos, tenho a forte impressão de que Danilo nos apresenta uma obra que será muito útil nas atividades acadêmicas e também na atuação prática dos profissionais do direito.

Porto Alegre, 18 de setembro de 2017.

Fernando Quadros da Silva

*Desembargador do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.*

APRESENTAÇÃO

Com frequência inaudita, processo e ciência têm encontro marcado na experiência jurisdicional contemporânea, normalmente por via da prova pericial.

Esse encontro, que não é fortuito, longe está de ser um passeio no jardim, pois diversas razões tensionam esse momento: a complexidade da moderna sociedade de risco, a relatividade das construções científicas, o peso de tendências e inclinações pessoais de cada observador, técnico ou cientista, a limitação e mutabilidade inerente ao conhecimento humano, bem como as exigências especificamente processuais.

Na vida prática, o encontro da ciência com o processo está materializado na perícia. A vocação desta última seria, como parece óbvio, introduzir subsídios, fornecer respostas, resolver problemas. Se a perícia tem essa finalidade – e disso ninguém duvidará – nem por isso sua aparição está isenta de efeitos colaterais, dentre os quais ocupa a primeira fila o assim chamado “*paradoxo pericial*”. Realmente, convoca-se o perito porque assuntos inerentes à ciência estão além da compreensão do juiz, leigo, por definição, naquela área do conhecimento. No entanto, o sistema exige que esse mesmo juiz não só aprecie, como ainda eleja teses científicas eventualmente conflitantes, ou mesmo inacabadas, resolvendo assuntos que até aos cientistas devem soar controvertidos e intermináveis. Ao fim e ao cabo, o julgador – seja ele estatal ou mesmo um árbitro – vê-se na contingência de recorrer ao perito ante a falta de conhecimento especializado. Depois, a este mesmo julgador – desprovido daqueles conhecimentos científicos – pede-se apreciar a qualidade e o acerto da obra do *expert*, podendo até mesmo rejeitar-lhe as conclusões. Ora, como declarou um juiz da Suprema Corte americana, parece que, no final do dia, os juízes são chamados a atuar como “cientistas amadores”. Nem por outra razão já houve quem definisse a prova pericial como uma “empreitada absurda”.

Foi atento justamente a essa contingência que desenvolvemos este livro, na esperança de outorgar o máximo de racionalidade, clareza e objetividade à valoração da prova pericial, em meio a uma realidade fortemente paradoxal. Não se tratou, é bom dizer, de mero diletantismo teórico: o advento do art. 473, inciso III do Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu que o perito deve indicar o “método utilizado, esclarecendo-o” e “demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou”. Subjaz a essa aparentemente simples proclamação, porém, um bocado de história, com a qual importa estarmos familiarizados, para que se compreenda, ao fim e ao cabo,

a significação desse dispositivo e seu real impacto no direito processual brasileiro como um todo, haja vista sua vocação a operar como norma de sobredireito.

Nesse sentido, o livro está dividido em quatro partes, sendo a primeira dedicada à interpretação dos fatos no processo, à luz de certas mutações pelas quais está passando a sociedade contemporânea, identificando-se que a prova judiciária está permanentemente assombrada pelo risco de não esclarecimento, com o qual todos os sujeitos processuais acabam tendo de lidar. A perícia vem para socorrer-la, mas pode igualmente agudizar essa contingência.

A segunda parte é dedicada ao exame dos modelos de prova pericial, passando-se em revista uma conhecida trilogia de casos, julgada pela Suprema Corte americana, que acabou constituindo um referencial importante no estabelecimento da relação da perícia com o processo, definindo-se as características que dela são exigidas para validamente qualificar-se como tal. Os antepassados do art. 437, III do CPC de 2015 são encontrados exatamente nessa trilogia.

A terceira parte é dedicada ao exame da prova pericial propriamente dita, distinguindo-se as formas de sua utilização, suas limitações, a repartição de atribuições entre perito e juiz, bem como fenômenos específicos de extrema importância e aparição prática, como a segunda perícia, a perícia desempatadora, os métodos de superação ou desempate de controvérsias periciais e a audiência de discussão pericial como instrumento de aperfeiçoamento de fixação dos fatos.

A quarta parte é dedicada essencialmente às conclusões, com a apresentação uma espécie de *check list* composto de 21 itens, espécie de menu orientador da valoração concreta, em contraditório, da prova pericial. Este roteiro foi elaborado com a finalidade de auxiliar na resolução das controvérsias periciais que venham a surgir, de forma a evitar o quanto possível qualquer forma de arbítrio ou de subjetivismo na formalização do juízo de fato.

Como já foi dito, e vale ser lembrado, o direito probatório é, de todos, aquele que menos se acomoda ao direito positivo, haja vista sua permeabilidade, historicidade e plasticidade, não raro campo fértil para que tendências personalistas e subjetivistas atuem disfarçadamente. Ao fim das contas, este trabalho representou uma tentativa de reduzir esse último fenômeno, tão deletério à boa resolução dos conflitos cuja solução é atribuída pelo Direito a um terceiro imparcial.

Danilo Knijnik

*Dedico este livro a Maria Claudia e a Juliana,
fonte permanente de inspiração,
amor e esperança.*

*Agradeço ao acadêmico Pedro Hiroshi Watanabe di Gesu,
pela incansável e meticulosa revisão.*

Agradeço aos colegas do Knijnik Advocacia.



SUMÁRIO

PREFÁCIO	9
APRESENTAÇÃO	11
PRIMEIRA PARTE	19
1. Processo e tecnologia	19
2. Interpretação e fatos.....	22
3. O juiz ficto ou o bom juiz. Necessidade de modéstia judicial na questão de fato.....	26
4. O risco de não esclarecimento. Recepção da ciência no processo, pela obra da perícia e de peritos. <i>Deus ex machina</i>	33
5. Responsabilidades e papel do juiz na apreciação da perícia. Normas de sobredireito (arts. 371, 473, III, 477, § 3º, 479 e 480, do CPC).....	38
6. O método pericial e a superação das antinomias.....	41
SEGUNDA PARTE	47
1. Papel e atribuições do juiz contemporâneo diante da prova pericial.....	47
2. Superação da construção original de 1923 pela nova orientação de 1993	53
3. A necessária proteção do convencimento judicial em face do poder altamente persuasivo da perícia	67
4. O paradoxo pericial: uma empreitada absurda?	76
5. Critérios exemplificativos e multifatoriais de valoração. Sua aplicação como forma de realizar a função de guardião. Julgamento do método pericial	87
6. O espectro ampliado dos fatores <i>Daubert</i> de 1995 pelo caso <i>Kumho</i> de 1999. Ciências duras e ciências sociais.....	95
7. Má utilização de métodos e técnicas.....	100
8. Perda ou extravio de prova. Redistribuição judicial do ônus	102
9. Ciências novas e diversidade de métodos.....	109

TERCEIRA PARTE	119
1. Aspectos concretos da prova pericial: uso total x parcial da perícia	119
2. Deveres narrativos do perito e do juiz	130
3. A adequada aplicação do método por aplicadores igualmente competentes ..	132
4. A segunda perícia	139
5. A terceira perícia, ou perícia desempatadora.....	149
6. A necessária (re)valorização do parecer de assistentes técnicos. Contraditório na realização da perícia. Requisitos processuais das impugnações ao laudo pericial	153
7. Soluções de conflitos técnico-científicos e audiência de discussão pericial	159
8. Prova matemática e estatística. Pesquisas de opinião.....	162
9. A verificação da cadeia de custódia do objeto com relevo probatório	169
10. O “controle do controle” ou o reexame da prova pericial pelo STJ	179
11. O <i>standard</i> de revisão <i>in iure</i> das deliberações sobre a admissão e valoração da prova pericial.....	186
12. Catálogo de questões inerentes ao exercício da função de guardião da prova pericial e instrumentos argumentativos para exercício do contraditório	194
CONCLUSÕES	203
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	209
JURISPRUDÊNCIA NACIONAL	217
2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo	217
Supremo Tribunal Federal.....	217
Superior Tribunal de Justiça	217
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.....	219
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	219
Tribunal Regional Federal da 1ª Região	219
Tribunal Regional Federal da 3ª Região	219
Tribunal Regional Federal da 4ª Região	219
Tribunal Regional Federal da 5ª Região	219

JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL	221
Canadá.....	221
Estados Unidos da América.....	221
França.....	222
Itália.....	223
Reino Unido.....	223